

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 7 de junio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto don I.R.S. y don F.M.G., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L., contra la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 17 de abril del 2018, por la que se adjudica el contrato “Suministro de productos consumibles para la realización de técnicas analíticas dentro de un sistema de automatización total (CORE)”, número de expediente: A/SUM-010247/2017 (125/2017), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 7, 12, 16 y 21 de diciembre de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con precios unitarios por determinación analítica. El valor estimado del contrato es 10.076.262,46 euros y la duración 24 meses desde la formalización del contrato.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron dos empresas, una de ellas la recurrente.

De acuerdo con la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto el suministro de productos consumibles para obtener las determinaciones analíticas descritas en el Anexo A del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), así como la cesión de los equipos necesarios para obtener las determinaciones dentro de un Sistema de Automatización total CORE.

En su apartado 2.3, el PPTP especifica que *“el licitador dispondrá de medios humanos, físicos y logísticos necesarios para mantener el funcionamiento de la instrumentación en perfectas condiciones y para asesorar sobre el material fungible ofertado y en concreto para:*

- Conexión on line a la base de datos con la información de aplicaciones necesaria, con carga de datos actualizada a tiempo real independientemente de la hora a la que se precise”.

Comprobado por el órgano de valoración técnica que tanto la recurrente como la adjudicataria cumplen las especificaciones técnicas exigidas, la Mesa de contratación celebrada el 16 de marzo de 2018, de acuerdo con los informes técnicos para la valoración de los criterios automáticos de adjudicación, atribuye a la oferta de la recurrente 0 puntos y a la de Abbott 20 puntos, al ser la oferta que ocupa menos espacio, lo cual comprueba la recurrente en ese mismo acto mediante consulta del plano aportado por Abbott y con su consentimiento expreso.

Posteriormente se procede a la apertura y lectura pública de las ofertas económicas presentadas por cada una de las empresas, clasificándose las ofertas por orden decreciente, resultando en primer lugar la de Abbott Laboratories, S.A., comunicándose el resultado a ambas licitadoras.

Finalmente el 2 de abril de 2018, la Mesa de contratación acuerda por unanimidad de sus miembros, proponer la adjudicación del contrato a favor de Abbott, y posteriormente el día 17 de abril de 2018, se dicta Resolución de adjudicación a favor de la misma, que se publica el día 25 de abril en el Perfil de contratante y se notifica a la recurrente el mismo día.

Consta en el expediente que Roche ha solicitado vista del expediente en dos ocasiones, llevándose a efecto los días 26 de marzo y 24 de abril de 2018.

Tercero.- El 18 de mayo de 2018, la representación de Roche Diagnostics, S.L., presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, contra la adjudicación del referido contrato.

En el recurso se solicita la nulidad de la resolución de adjudicación toda vez que la oferta de la adjudicataria no cumple con las prescripciones técnicas mínimas recogidas en el PPT por el que se rige la convocatoria, debiendo ser excluida de la licitación.

Con fecha 24 de mayo de 2018, se remite a este Tribunal copia del expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en el que solicita la desestimación del recurso.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado escrito Abbott, oponiéndose al recurso y defendiendo el cumplimiento de su oferta de las prescripciones técnicas exigidas pues argumenta

que el *“documento aportado de contrario como prueba y argumento de su impugnación se refiere a un analizador (Advia Centaur XPT) que no es el que se ha ofertado en esta licitación: el analizador marca Siemens ofertado por Abbott es el Advia Chemistry XPT, que es un analizador para la realización de ensayos de bioquímica mediante técnicas de fotometría y potenciometría; por el contrario, el Advia Centaur XPT a que hace referencia el recurso de Roche (y que no se ha ofertado en esta licitación) es un analizador que realiza ensayos de inmunoensayo, con una técnica totalmente diferente, que es el inmunoanálisis quimioluminiscente, y unas funcionalidades diversas. Por tanto, el argumento (principal argumento) y prueba invocados por Roche en su recurso son totalmente irrelevantes para el caso que nos ocupa, y no acreditan incumplimiento alguno”*. Además alega que Abbott adjuntó como anexo dentro de la documentación técnica de su oferta, documentación que sí incluye y describe las funcionalidades solicitadas.

Quinto.- Con fecha 22 de mayo de 2018, el Tribunal ha acordado mantener la suspensión del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la adjudicación del contrato fue resuelta con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Roche Diagnostics, S.L., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o*

puedan resultar afectados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP), pues se trata de un procedimiento en el que existen solo dos licitadoras admitidas y la exclusión de la adjudicataria, le colocaría en posición de poder serlo.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo importe es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1.a) y 40.2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la Resolución de adjudicación se produjo el 18 de abril de 2018, siendo notificada y publicada el día 25 de abril, por lo que el recurso presentado el día 18 de mayo, se interpuso en plazo.

Quinto.- El recurso alega que Roche ha tenido la oportunidad de acceder al expediente y ha comprobado que Abbott ha ofertado sus propios analizadores para las pruebas de Inmunología, y para las pruebas de Bioquímica, mediando un acuerdo comercial, y ha ofertado equipos Advia XPT de la empresa Siemens, para 33 parámetros, correspondientes a los números de orden 3 al 9, 11, 13 al 16, 18 al 20, 22 al 23, 25 al 26, 28 al 31, 33 al 34, 36, 38 al 44, 46 al 47.

Sostiene que no ha aportado ninguna prueba documental explícita del cumplimiento del parámetro *“Conexión on line a la base de datos”* sino que se limitó a afirmar en general que su oferta lo cumple mediante el *“Abbott Link”* y que Siemens dispone del *“SRS”*, es decir Servicio Remoto de Siemens. Si bien el SRS de Siemens permite cierta conexión a la base de datos, en los equipos Advia XPT, esa conexión no permite la descarga de las aplicaciones en el analizador, o lo que es lo mismo, no permite la carga de las aplicaciones en el analizador, como se

puede comprobar en varios documentos de Siemens consultados en su página que reproduce en el recurso relativos a la columna 6 ADVIA 2400/1800/XPT Systems.

Añade que evidencia del incumplimiento es que en otra licitación convocada por el Hospital de Getafe en la que se exigía el mismo requisito que en los pliegos que rigen esta licitación Siemens los impugnó por considerarla una funcionalidad exclusiva de Roche y sería contrario a toda lógica pensar que Siemens impugna una exigencia basándose en el argumento de que la misma es exclusiva de una determinada casa comercial, a pesar de disponer de equipos que puedan cumplir con dicho requisito. Cita al efecto la resolución 44/2017.

Concluye que a falta de la oportuna acreditación del cumplimiento del parámetro exigido y ante la evidencia cierta de un incumplimiento que, si se espera a que se materialice, generaría serios inconvenientes al Hospital y la resolución del contrato con Abbott, se debe anular la resolución de adjudicación y excluir la oferta de Abbott.

El órgano de contratación opone que las evidencias aportadas por Roche corresponden al folleto del Sistema de Inmunoensayo de Siemens Advia Centaur XPT (página 6), pero ese no es el ofertado sino que Abbott ha presentado un Sistema de Bioquímica Advia Chemistry XPT que sí cumple perfectamente con las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, tal como se puede comprobar en la hoja 14 y 15 del Anexo de Características Técnicas del Equipamiento, así como en el punto 2.3.4, de la página 19 del documento denominado Requisitos y Cumplimiento del PPTP, en el que literalmente afirma que cumple dicha exigencia técnica de realizar las actualizaciones a través de Conexiones remotas “Remate update” (On line) en tiempo real y la descarga de aplicaciones con la correspondiente descarga de archivos y monitorización “Intranet download available”. El servicio remoto de aplicaciones cubriría la conexión online a la base de datos con la información de aplicaciones y la actualización de software y la monitorización proactiva cubriría la descarga de datos actualizados y en tiempo real. Su funcionamiento se ha podido contrastar con otros hospitales que tienen

instalados los sistemas Advia Chemistry XPT y Servicio Remoto de Siemens (SRS), como por ejemplo el Hospital Universitario de Ciudad Real, Hospital Universitario de Tarragona, Hospital Clínico de Barcelona, Hospital Clínico de Málaga, Hospitales de Murcia u Hospital Universitario Reina Sofía entre otros.

Procede recordar que, como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal del PPTP y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas,

ni obviarlas durante el proceso de licitación y que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPTP está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Comprueba el Tribunal que en la oferta técnica de Abbott figura que el sistema de gestión ofertado es el Sistema de automatización Flexlab, que es un Sistema abierto, que permite la conexión de proveedores terceros al sistema y es modular y flexible.

Abbott ha declarado confidenciales entre otros los siguientes documentos de su oferta técnica; Requisitos y Cumplimiento del PPTP y el Anexo de características técnicas, ninguno de los cuales ha podido consultar el recurrente. En dicho documento, en su apartado 3.2 describe las características distintivas del sistema ADVIA® Chemistry XPT, destacando que *“está especialmente diseñado para los laboratorios de gran volumen de muestras y que La conectividad con Siemens Remote Service (SRS) permite el **control remoto** de los sistemas Siemens”* y consta también que *“El sistema ADVIA Chemistry XPT **monitoriza las calibraciones, controles y resultados de pacientes a tiempo real**. Los resultados se visualizan para cada muestra cuando el análisis se ha completado. Los resultados de los pacientes se pueden imprimir desde la pantalla “Monitor a tiempo real” y se pueden monitorizar las lecturas de absorbancia, de buffer y blancos de reactivos. Las alarmas de errores se visualizan en esta pantalla para la notificación a tiempo real de error al operador. El sistema reporta el resultado al LIS cuando el análisis se ha completado para cada muestra”*.

Lo que coincide con la declaración de cumplimiento de requisitos del PPT que realiza Abbott en la página 19 de su oferta, tal y como indica en su escrito de alegaciones.

Como se reconoce en la Resolución 456/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en la que se concluye que *“(…) para*

decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado”, todo ello sin perjuicio del control de los elementos reglados de la actividad discrecional, como son si se han seguido los trámites procedimentales establecidos, la competencia, si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

En este caso, existe un informe técnico de fecha 24 de febrero emitido por el Director Médico del Hospital en que se declara que *“tanto la empresa Abbott laboratorios, S.A. como la empresa Roche Diagnostics, S.L. cumplen satisfactoriamente con todos los parámetros exigidos en los Pliegos de condiciones técnicas del expediente P.A 125/2017”.*

Teniendo en cuenta además que tanto en el escrito de la adjudicataria como en el informe al recurso se explica que el sistema ofertado no es el que afirma el recurrente y que la decisión del órgano de contratación admitiendo la oferta de la adjudicataria está debidamente motivada y acreditado documentalmente el cumplimiento del requisito, y que esto último lo ha comprobado el Tribunal, se debe desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don I.R.S. y don F.M.G., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L., contra la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 17 de abril del 2018, por la que se adjudica el contrato “Suministro de productos consumibles para la realización de técnicas analíticas dentro de un sistema de automatización total (CORE)”, número de expediente: A/SUM-010247/2017 (125/2017).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada el 22 de mayo de 2018.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.