

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

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.T.T., en representación de la empresa Grifols Movaco, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda de fecha, 10 de enero de 2019, por la que acuerda la adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas en el Servicio de Inmunología” Lote 11 y número de expediente GCASU 2018-93, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 22 de septiembre, en el BOCM de fecha 3 de octubre y Plataforma de Contratación Públicas de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de septiembre, todos ellos del año 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 3.531.124,68 euros y su duración es de 2 años.

Segundo. - A la presente licitación se presentaron 12 licitadores entre ellos la recurrente. Al lote 11 solo se presentaron dos licitadoras Menarini Diagnostic y Grifols Movaco, S.A. (en adelante, Grifols).

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, la Mesa de contratación celebrada el día, 22 de noviembre de 2018, acuerda excluir de la licitación del lote 11 la propuesta efectuada por Grifols en base al incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, (en adelante, PPT) y propone la adjudicación del lote 11 del contrato a Menarini Diagnostic.

Dicha propuesta fue aceptada mediante Resolución del Gerente del HUPH de fecha, 9 de enero de 2019, donde se adjudican los lotes de 1 a 10, dejando en suspenso la adjudicación del lote 11 por la interposición de recurso especial en materia de contratación por parte de otra licitadora.

El recurrente solicitó y tuvo acceso al expediente en la sede del órgano de contratación el 25 de enero de 2019.

El 31 de enero de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Grifols en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta por incumplimiento de los requerimientos técnicos solicitados, basándose en un error de apreciación de la propuesta por parte de los servicios técnicos que informaron a la Mesa de contratación.

Mediante Resolución nº 97/2019, de 12 de marzo, este Tribunal desestima el recurso interpuesto por Grifols, considerando debidamente excluida de la licitación su oferta.

Con fecha, 19 de marzo de 2019, se acordó y notificó la adjudicación a los interesados, siendo publicada al día siguiente en la Plataforma de Contratación

Pública de la Comunidad de Madrid dicha adjudicación.

Tercero.- El 9 de abril de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Grifols en el que solicita la anulación de la adjudicación del contrato a Menari Diagnostic, al no cumplir su oferta con los requerimientos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El 15 de abril de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 transpone 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el, 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del lote 11, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se recibe escrito de alegaciones en este Tribunal con fecha 7 de mayo de 2019.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que si bien fue excluida de la licitación que persigue la declaración del procedimiento como desierto y por tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* al (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el, 19 de marzo de 2019, practicada la notificación el mismo día y publicándose en la Plataforma de Contratación de la Comunidad de Madrid el día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el, 9 de marzo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación del contrato por entender la recurrente que la oferta presentada por la adjudicataria no cumple los requisitos mínimos establecidos en los PPT, pretendiendo en consecuencia la declaración del procedimiento como desierto.

Alega que el incumplimiento se basa en la determinación cuantitativa de niveles séricos de la etanercept del reactivo ofertado.

Reconoce que en el momento de acceso al expediente el día 25 de enero, ya pudo comprobar este extremo en la oferta presentada por Menarini.

Pretende que en base a dicho incumplimiento de condiciones debe ser anulada la adjudicación del lote 11 del contrato que nos ocupa, efectuada en fecha 19 de marzo, en base a un posible incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en los pliegos de condiciones.

El órgano de contratación manifiesta, tal y como se expresaba el informe técnico de fecha, 21 de noviembre de 2018, revisado al objeto de informar el presente recurso, que la oferta presentada por la adjudicataria cumple con todos los requisitos exigidos en los PPT.

Indica también que el motivo de recurso invocado consistente en el incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por los PTT a los reactivos objeto de suministro por parte de la oferta presentada por la adjudicataria, se debería haber invocado a la formulación del recurso que dio lugar a la Resolución nº 52/2019 de este Tribunal, de manera que no es posible entrar a conocer de nuevo sobre esta cuestión dado que sobre la misma se habría producido el efecto de cosa juzgada administrativa.

En este sentido ese Tribunal ya desde su Resolución 31/2011, considera que el efecto de cosa juzgada es de plena aplicación al ámbito administrativo, de acuerdo con las Sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995 y 12 de junio de 1997, cuando afirma que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva(o prejudicial) como negativa (o excluyente de*

la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos”.

Comprueba este Tribunal que el motivo del recurso actual no es el mismo que el motivo del recurso resuelto mediante Resolución nº 52/2019, constatado asimismo que los requisitos exigidos en los PPT y la oferta presentada por la adjudicataria eran sobradamente conocidos por la recurrente, toda vez que tuvo acceso al expediente de contratación en fecha 25 de enero de 2019, (con anterioridad a la interposición del recurso que pretendía la anulación de la adjudicación por haber sido excluida del procedimiento) no había adjudicación cuando recurrió. No conteniendo dicho recurso referencia alguna al incumplimiento de los requisitos exigidos por los PPT también por parte de la oferta de la adjudicataria.

Este Tribunal desde su Resolución 13/2013 de 23 de enero, mantiene el criterio de que si se plantea una determinada cuestión que no fue alegada en un recurso previo *“no se da la identidad subjetiva necesaria para la consideración de cosa juzgada. Sin embargo se trata de una cuestión derivada del mismo expediente de contratación que no ha sufrido, en este punto, modificación respecto de lo inicialmente en él contenido. Se trata, por tanto, de una cuestión que pudo ser examinada y alegada como pretensión en el recurso anteriormente formulado, y no habiéndolo hecho hay que considerar que fue consentido y no cabe en momentos sucesivos del procedimiento, abrir nuevo plazo para invocar de forma sucesiva cuestiones que fueron consentidas, pues sería extemporáneo y únicamente cabe admitir recurso sobre cuestiones que afecten a la continuación del procedimiento o aquellos aspectos que fueron modificados como consecuencia de la resolución”.*

Por su parte el adjudicatario sostiene que estamos ante un recurso extemporáneo, toda vez que la adjudicación del lote 11 se resolvió en fecha 9 de enero de 2019.

Revisado el expediente por este Tribunal tal y como se desarrolla en los antecedentes de esta resolución, la adjudicación del lote 11 se acordó por el órgano

de contratación en fecha 19 de marzo de 2019, por lo que este recurso esta presentado en plazo.

Resuelta la primera cuestión de admisión del recurso presentado por Grifols, corresponde entrar a estudiar el fondo del asunto planteado que es el incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados por la oferta propuesta por la adjudicataria.

Concreta el recurrente dicho incumplimiento en la carencia de una curva patrón y controles positivos y negativos incluidos y la necesidad de que dichos controles deban estar valorados e indicar el rango de los resultados, considerando que el código SAP: 307543 *“determinación cuantitativa de los niveles séricos de etanercept”* propuesto por la adjudicataria no cumple este requisito.

El órgano de contratación reitera lo en su día informado respecto a la admisión de la propuesta de Menarini, donde el técnico responsable comprobó la adecuación de la propuesta con los requisitos técnicos exigidos.

Por su parte Menarini en se escrito de alegaciones manifiesta que tal y como consta en el certificado de control de calidad aportado junto con el resto de documentación, a la licitación este producto. En dicho certificado consta el rango de medición con el siguiente textual: *“Pues bien, conviene al interés de esta parte remarcar que el supuesto incumplimiento del PPT puesto de manifiesto por la recurrente en su escrito de recurso no es una cuestión que pueda ser objeto de error o interpretación pues resultan evidentes, como a continuación se acreditará.*

En efecto, los kits de diagnóstico clínico basados en la técnica ELISA son aplicables para la detección de multitud de parámetros de uso clínico, algunos de los cuales requieren la simple detección del analito mientras que, por el contrario, otros precisan una cuantificación mucho más concreta.

A su vez, resulta común que los distintos diseños de kit incluyan controles positivos y negativos que permitan una cuantificación muy específica, siendo éste el caso de las determinaciones analíticas para monitorización de fármacos biológicos

cuyo suministro se licita a través de la presente convocatoria. La cuantificación correcta de dichos fármacos es crítica y tiene consecuencias clínicas considerables. Al objeto de asegurar que dicha cuantificación es correcta, los kits ELISA poseen curvas con diferentes calibradores con un valor asignado. Así, los kits incluyen controles positivo y negativo, que pueden ser de dos tipos:

o Controles valorados: aquéllos que tienen un valor asignado por el fabricante y un intervalo o rango de aceptación. Por ejemplo, 5 mg/l y con un intervalo posible entre 4 y 6 mg/l. En el proceso, el fabricante valora dicho control como si fuera una muestra con el kit varias veces y realiza una media de los diversos resultados para definir el valor a asignar al control, estableciendo un intervalo máximo/mínimo que refleje la variabilidad aleatoria asociada a diferentes determinaciones, usando para ello herramientas estadísticas, por ejemplo, aceptando una variabilidad de +/- 2 desviaciones estándar. Así se asegura que en el procesamiento de muestras, la cuantificación resulta adecuada si el control se encuentra en el intervalo o rango determinado.

o Controles sin valorar: aquéllos que no tienen asignado un valor ni intervalo de concentraciones aceptación, aunque se especifiquen diversas maneras para establecer que han sido correctamente procesados, indicando que el control positivo debe ser positivo y el negativo, negativo, o que deben ser mayores o menores de un calibrador determinado, pero en ningún caso existe ninguna asignación de un valor a dicho control, ni ninguna horquilla de valores superiores o inferiores aceptados.

*Los Pliegos requieren expresamente que ‘los controles deberán estar valorados e indicar un rango de normalidad de los resultados’, cumpliendo íntegramente la solución ofertada por **MENARINI DIAGNÓSTICA S.A.** dicha condición, pues sus controles presentan tanto valores asignados, como rango de normalidad (o de aceptación), ya que por rango (o intervalo) se entiende una horquilla formada por dos valores máximo y mínimo, no un límite a partir del cual el control se ajusta independientemente de cuál sea su valor.*

*Todo ello viene corroborado por el Certificado del Control de Calidad que se incluye en los kits ofertados por mi representada y que adjuntamos al presente escrito de recurso como **Documento N° 1**, en donde claramente se muestran*

parámetros de calidad asociados al lote de producto, entre ellos los intervalos de aceptación de los controles 'Low' y 'High' como a continuación se puede observar en el enmarcado en rojo realizado sobre un extracto del documento mencionado:

Performance characteristics

Intra-Assay CV: ≤15%

Inter-Assay CV: ≤15%

Spike recovery: Between 85-115%

Low Control: 0,15-0,20%µg/ml

High Control: 1,8-2,5µg/ml”.

A la vista de las manifestaciones del órgano de contratación y del adjudicatario nos encontramos ante un debate técnico que este Tribunal solo puede enjuiciar en base a la evidencia de los rangos transcritos y que debe ceder a la apreciación técnica del Hospital.

Podemos traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, “*nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no

puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”* tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa.

En el presente caso, la justificación y motivación por parte de órgano de contratación se considera clara, exhaustiva y certera, al coincidir con las manifestaciones del adjudicatario y suficiente por lo que se puede considerar que carece de arbitrariedad. Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 en materia de contratación interpuesto por don E.T.T., en representación de la empresa Grifols Movaco, S.A., (Grifols) contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda de fecha, 19 de marzo de 2019, por el que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas en el Servicio de Inmunología” Lote 11 y número de expediente GCASU 2018-93.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.