

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

En Madrid, a 26 de julio de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por don I.R.S. y don F.M.G., en representación de Roche Diagnostics, S.L., (en adelante ROCHE) contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela, de fecha 13 de junio del 2017, por la que se adjudica el contrato “Suministro de reactivos para el laboratorio de bioquímica e inmunoquímica”, número de expediente: P.A. HCCR-2/2017-SU, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 14 de marzo de 2017 se publicó en el DOUE y en el perfil del contratante, el 17 de marzo en el BOCM y el 27 de marzo en el BOE, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 769.156,59 euros.

**Segundo.-** El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en su apartado 2.3 establece, respecto del equipamiento: *“El adjudicatario suministrará en régimen de cesión el aparataje, equipamiento y materiales necesarios para la realización de la analítica que*

*se adjudique, asimismo se hará cargo de actualizar y/o reponer los mismos en el supuesto de cambio o mejora de tecnología, sin coste adicional para el Hospital.*

*Las especificaciones del equipamiento solicitado son orientativas, por lo que las Empresas licitadoras podrán incluir en sus ofertas, equipos con características similares siempre que el nivel tecnológico y sus prestaciones funcionales sea igual o superior al descrito.*

*Así mismo, deberán ofertar el número de equipos necesarios para la realización de las determinaciones señaladas en los lotes y asegurar la actividad diaria en caso de avería de un equipo.*

*Los licitadores deberán aportar propuestas de mejora tecnológica para la funcionalidad del laboratorio, las cuales se valorarán en los criterios de adjudicación.*

*La dotación adicional al equipamiento como por ejemplo congeladores, centrifugas... que facilite la realización de la actividad será cedida igualmente y se incluirá en la oferta una descripción detallada de la misma.*

*En los analizadores de sobremesa, se suministrarán los equipos con una mesa adecuada para el montaje en caso que se determine por parte del Hospital.*

*Las empresas adjudicatarias deberán aportar con la cesión del equipamiento el manual de instrucciones en castellano incorporando la siguiente documentación relativa al mismo:*

- *Descripción técnica del equipo y mantenimiento.*
- *Manual de uso e instrucciones.*
- *Información sobre los instrumentos o accesorios adecuados para ser utilizados con el producto.*
- *Año de fabricación del equipo ofertado, condición de “nuevo” y vida útil.*
- *Precauciones.*
- *Descripción en caso de disponer de algún tipo de elemento acumulador de energía.*
- *(baterías/pilas), identificación del fabricante, referencias,...*
- *Normas de obligado cumplimiento a los que esté sometido el equipamiento en cuanto a la seguridad y protección en el trabajo.*
- *Aportación de manuales completos de usuarios y técnicos en castellano.”*

En el apartado 4 el PPT en relación con las características técnicas dispone que *“Las proposiciones que hagan los licitadores, para ser admitidas, deben comprender todas y cada una de las técnicas analíticas señaladas en el lote sin omitir ninguna, y el equipamiento necesario para realizarlas, de lo contrario quedarán excluidas.*

#### **LOTE 1. ANALIZADOR BIOQUÍMICA E INMUNOQUÍMICA**

*Equipamiento necesario: dos equipos. Estos equipos no tienen que ser idénticos (preferiblemente de manejo similar), pero sus reactivos deben ser compatibles en los diferentes sistemas ofertados. Uno de ellos debe estar integrado con el equipo de inmunoquímica en una sola plataforma. El segundo equipo debe cubrir como mínimo todo el catálogo de urgencia.”*

Por otra parte el PCAP, en su cláusula 1, apartado 8.2, establece los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, cuya ponderación cifra en hasta 20 puntos, con la siguiente distribución:

Sistema que permita ampliación de módulos de Bioquímica o Inmunoquímica para adaptarse en los cambios en las cargas de trabajo, hasta 10 puntos.

Volumen de muestra para técnicas de Bioquímica menor de 30 microlitros, hasta 4 puntos.

Volumen de muestra para técnicas de Inmunoquímica menor o igual a 50 microlitros, hasta 5 puntos.

Plan de formación inicial y su continuidad aportado para el personal sanitario y técnico (horas anuales) superior a 15 horas, hasta 1 punto.

Indicando a continuación que *“Las ofertas presentadas deberán cumplir con las especificaciones técnicas que como mínimas se recogen en el pliego de prescripciones técnicas, así como con las condiciones establecidas en el mismo, quedando excluidas de la licitación las ofertas que no lo hagan.”*

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

**Tercero.-** Con fecha 19 de mayo de 2017 tuvo lugar la Mesa de Contratación para el acto público de lectura del informe técnico y para la apertura de la documentación económica, asistiendo los representantes de las dos empresas licitadoras.

En dicho informe figuran las siguientes puntuaciones de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

- Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U.: 5 puntos.
- Roche Diagnostics, S.L.: 20 puntos.

A resultas de lo cual Ortho Clinical Diagnostics Spain, solicita una revisión del informe técnico, acordándose por la Mesa de contratación solicitar a la responsable del laboratorio la revisión del informe en dicho apartado, lo que efectúa el 22 de mayo de 2017, el que concluye que *“Una vez revisada la documentación técnica de la empresa Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U., en relación con el primer criterio técnico: ”Sistema que permita ampliación de módulos de Bioquímica o Inmunoquímica para adaptarse a los cambios en las cargas de trabajo, no es posible adjudicar los puntos porque en el proyecto presentado al concurso no incluyen la tecnología necesaria para una ampliación por módulos. Estos puntos sólo se pueden aplicar sobre la tecnología presentada explícitamente al presente concurso en la documentación”.*

El 23 de mayo de 2017, Roche solicita tener acceso al sobre nº 2 de documentación técnica de Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U que tien lugar el 31 de mayo de 2017, con la salvedad de los apartados declarados confidenciales por ésta última.

El día 13 de junio de 2017, el Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja emite resolución de adjudicación a Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U lo que se notifica en esa misma fecha a ambas licitadoras, publicándose en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid el día siguiente.

**Cuarto.-** Con fecha 4 de julio de 2017, previo anuncio al órgano de contratación, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de ROCHE contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela por la que se adjudica el expediente de contratación a Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U.

El recurso alega incumplimientos de las condiciones técnicas por la empresa adjudicataria y alega la Resolución de este Tribunal 28/2017, 1 de febrero por la que se excluyó su oferta de una licitación con el mismo objeto por incumplir la prescripciones técnicas. Por todo lo cual, en aras al principio de igualdad de trato, solicita la nulidad de la Resolución por la que se adjudica el contrato y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración y se excluya a la empresa ORTHO.

**Quinto.-** El órgano de contratación remitió al Tribunal el 7 de julio de 2017, copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. En el informe se reafirma en el cumplimiento de las condiciones técnicas de la oferta realizada por Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U. por los motivos alegados en el informe de la Responsable del Laboratorio de Bioquímica e Inmunoquímica, manifestando que se ha actuado con objetividad, y respetando los principios exigidos por la normativa de la contratación pública, entre ellos el de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores.

Hace constar que la Resolución nº 28/2017, de 1 de febrero, de ese Tribunal dictada en el ámbito de la presente licitación pero en otro expediente de contratación, en la que quedó excluida la oferta de Roche por incumplir las prescripciones técnicas y se desestimó la pretensión de admisión de la oferta solicitada por la empresa Ortho, no justifica que se deba excluir a la empresa Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U. en este nuevo procedimiento, dado que se ha elaborado un nuevo pliego de prescripciones técnicas y los informes técnicos de la Responsable del Laboratorio de

Bioquímica e Inmunoquímica han ratificado que la oferta presentada por la empresa propuesta como adjudicataria cumple las condiciones técnicas exigidas en el pliego.

**Sexto.-** Con fecha 12 de julio de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación.

**Séptimo.-** Por la Secretaría del Tribunal, el 7 de julio, se dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose formulado por la empresa Ortho Diagnostics, de cuyo contenido se dará cuenta al analizar el fondo del asunto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

**Segundo.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Roche para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. A la licitación concurrieron dos empresas, la recurrente y Ortho Medical Diagnostics. La exclusión de la adjudicataria pondría a la recurrente en condiciones de serlo.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que este se ha interpuesto contra el acto de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a

regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la resolución de adjudicación se adoptó el 13 de junio de 2017, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso el 4 de julio de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Quinto.-** Se alega por la recurrente que la oferta de Ortho Clinical no debió ser admitida a la licitación por considerar que el producto ofertado incumple las prescripciones técnicas exigidas, en concreto el equipo “de respaldo”.

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 PPT 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 definan 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 PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

Sostiene la recurrente que a tenor de lo dispuesto en los Pliegos tanto el Analizador “principal” de Bioquímica e Inmunoquímica como el de “respaldo” han de cumplir las especificaciones mínimas requeridas, y en concreto este último deberá *“cubrir como mínimo todo el catálogo de urgencia”*. Añade que si bien el pliego no ha definido cuál es el catálogo de urgencia de la praxis normal de los contratos con



objeto similar al que nos ocupa, se entiende que éste incluye aproximadamente hasta una decena de parámetros enzimas y sustratos de bioquímica.

Afirma que el equipo de respaldo ofertado por Ortho es el Vitro 350® incumple las siguientes puntos.

1. Detección de nivel de muestras, medición de índices séricos y detección de coágulos.

Advierte respecto de los índices séricos que el incumplimiento ha sido reconocido por la propia empresa en el informe que ha remitido al *College of America Pathologists*, que elabora un censo público que es público a través de su url, que identifica y acompaña imagen. En cuanto a la no detección de los coágulos, se desprende del manual de equipo de usuario (pág. 8-14).

2. El equipo Vitros 350® no puede actuar de respaldo ante avería para el perfil de urgencias ya que no detecta la hemólisis de las muestras, es decir no es capaz de procesar índices séricos siendo este índice más significativo y de mayor prevalencia en los pacientes de urgencias que en la rutina ordinaria.

Además tampoco dispone de marcado CE de conformidad para índices séricos, incumpliendo el apartado 7 del PPT que exige “Todo el material y equipamiento ofertado deberá de disponer del marcado CE”.

3. Inventario de reactivos y consumibles con aviso configurable de bajos niveles.

Afirma que según comprueba en el capítulo 2 del manual de usuario, el equipo Vitros 350® la alarma no es configurable para bajos niveles sino que viene preconfigurada de fábrica.

4. Bajo volumen de muestra y diferentes contenedores de muestra

Señala que el manual de usuario advierte que en la pág. 8-13 el volumen mínimo de llenado es crítico pudiendo incurrir, en caso de no observarse, en error en la dispensación de la muestra y en el resultado de los análisis.

Frente a los 4 incumplimientos enumerados, el órgano de contratación opone que según consta en el informe de la Responsable del Laboratorio de Bioquímica e Inmunoquímica del Hospital Central de la Cruz Roja, lo único que debe cumplir el segundo aparato es *“cubrir como mínimo el catálogo de urgencia”* lo cual sí cumple. Advierte que los 19 requerimientos técnicos a que se refiere el PPT solo operan para el aparato integrado de bioquímica e inmunoquímica, no al segundo. El PPT lo que pide es:

*“Equipamiento necesario: dos equipos. Estos equipos no tienen que ser idénticos (preferiblemente de manejo similar), pero sus reactivos deben ser compatibles en los diferentes sistemas ofertados. Uno de ellos debe estar integrado con el equipo de inmunoquímica en una sola plataforma. El segundo equipo debe cubrir como mínimo todo el catálogo de urgencia.”* En cuanto al punto de acreditación de marcado CE de los productos para determinar los índices séricos, tampoco ha sido motivo de exclusión, ya que se ha visto que dicha determinación es realizada en el equipo de la empresa Ortho por medición directa sobre la muestra íntegra, sin utilizar reactivos, por lo que no se puede pedir acreditación de éstos al no usarse.

En sus alegaciones Ortho Clinical ratifica lo manifestado por el órgano de contratación e insiste en que no existe cláusula o apartado alguno en los pliegos rectores del procedimiento que determine que uno de los equipos deba dar soporte en caso de avería del otro equipo, ni que ambos equipos hayan de realizar las mismas pruebas o cumplir con las mismas especificaciones técnicas y que lo único que exige es *“asegurar la actividad diaria en caso de avería de un equipo”*, que ambos equipos no tienen por qué ser equipos idénticos, aunque sí es preferible que sean de manejo similar, siendo la única exigencia de un equipo respecto al otro que sus reactivos sean compatibles en los diferentes sistemas ofertados. En cuanto al catálogo de urgencia

es detallado por la revista Química Clínica, editada por la Sociedad Española de Medicina de Laboratorio (SEQC ML), concretando las magnitudes biológicas que tienen interés de medirse en modo urgente, cubriendo el equipo secundario ofertado por esta casa comercial todo el menú de pruebas recomendadas que aparecen en el listado de técnicas analíticas incluidas en el Apartado 3.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, acompañando como documentación acreditativa de lo manifestado el extracto publicado en la revista Química Clínica editada por la Sociedad Española de Medicina de Laboratorio y el listado de pruebas realizadas por el equipo secundario ofertado.

En cuanto a la acreditación CE afirma que los índices séricos de hemolisis, lipemia e ictericia, se obtienen por la tecnología Microsensor incorporada en el equipo integrado Vitros 5600. Así, una muestra de suero o plasma, es medida directamente en la punta de pipeta antes de ser desechada (aprovechando el volumen muerto necesario para el correcto pipeteo de la misma) siendo atravesada por un haz de luz, que al ser medido a diferentes longitudes de onda con diferentes filtros ópticos se calculan los diferentes índices séricos asociados a esa muestra, sin necesidad de ningún reactivo y sin interferir en el flujo normal de trabajo del equipo. Por ello la acreditación CE de los índices séricos viene implícita en la acreditación CE del equipo integrado Vitros 5600, y también del Vitros 350.

Comprueba este Tribunal en primer lugar, que del tenor literal del apartado 4 del PPT se concluye que los dos equipos a suministrar no tienen que ser idénticos sino preferiblemente de manejo similar, exigiendo:

- en ambos casos, que sus reactivos deben ser compatibles en los diferentes sistemas ofertados.
- que solo uno de ellos debe estar integrado con el equipo de inmunoquímica en una sola plataforma.
- que el otro (el segundo o de “respaldo”) debe cubrir como mínimo todo el catálogo de urgencia.

El PPT incorpora una nota de flexibilidad que permite que se presenten a la licitación equipos que, aun no correspondiendo exactamente a lo descrito en el PPT, incorporen soluciones técnicas equivalentes que igualen o superen el nivel tecnológico exigido por el órgano de contratación. El analizador de bioquímica e inmunoquímica precisa de dos equipos que no tienen que ser idénticos aunque se prefiere que sean de manejo similar.

Tal como afirma el informe del órgano de contratación la totalidad de condiciones técnicas son exigibles para el aparato integrado pero no para el segundo aparato “de respaldo”.

En cuanto al precedente de la Resolución 28/2017, de 1 de febrero, de este Tribunal, por la que se excluían las ofertas de la recurrente y la adjudicataria de un procedimiento, es pacífica cuestión que las controversias suscitadas en un expediente de contratación diferente, concretamente el P.A. HCCR 9/2016-SU para la contratación del suministro de reactivos para los laboratorios de bioquímica, hematología y microbiología, en nada afecta al desarrollo de un expediente de contratación distinto, con diferentes pliegos rectores del procedimiento y diferentes equipos ofertados por ambas casas comerciales.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 interpuesto por don I.R.S. y don F.M.G., en representación de Roche Diagnostics, S.L., (en adelante ROCHE) contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja San José y

Santa Adela, de fecha 13 de junio del 2017, por la que se adjudica el expediente de contratación “Suministro de reactivos para el laboratorio de bioquímica e inmunoquímica”, número de expediente: P.A. HCCR-2/2017-SU.

**Segundo.-** Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en sesión del Pleno del día 12 de julio de 2017.

**Tercero.-** 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 47.5 del TRLCSP.

**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 49 del TRLCSP.