

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

En Madrid, a 6 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.B.M., en nombre y representación de Siemens Healthcare, S.L.U., (en adelante Siemens) contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe por la que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos para bioquímica general e inmunoquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente: (BIQ) PAPC 2017-1-8, lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de diciembre de 2016 se publicó el anuncio de licitación del citado contrato en el DOUE, el 27 de diciembre en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 4 de enero de 2017 en el BOE y el 12 de enero de 2017 en el BOCM, con un valor estimado de 5.130.618,48 euros, IVA excluido y dividido en seis lotes, y con posibilidad de subcontratación en un porcentaje máximo del 20%, sin que conste que deba indicarse en la oferta la parte del contrato que se pretenda subcontratar.

Con fecha 18 de enero de 2017, tuvo entrada en el registro de este Tribunal

recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de Siemens contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, (PPT) que fue estimado mediante la Resolución 44/2017, de 8 de febrero, obligando *“a modificar el PPT en cuanto a las exigencias técnicas del lote 4, y el PCAP en cuanto a la supresión de la mención de la forma de baremar los criterios objetivos teniendo en cuenta la mejor oferta, y la procedencia de concretar y aclarar las expresiones que definen los criterios de valoración objetivos de los lotes 1, 2 y 3, en los términos del fundamento de derecho sexto”*.

Mediante Resolución de 27 de febrero de 2017, de la Dirección-Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, se procede a la modificación de los pliegos y a la apertura de un nuevo plazo de licitación.

El PPT, establece lo siguiente:

- En la cláusula 3.1, último párrafo, relativa a las especificaciones de los equipamientos y de los productos, *“Se deberá presentar obligatoriamente la ficha de seguridad de todos los reactivos necesarios para conseguir los parámetros solicitados. Dicha ficha de seguridad deberá estar redactada en lengua española y fechada. Las fichas de seguridad deben cumplir las condiciones establecidas en el R.D. 374/2001, de 6 de Abril, relativo a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, e incluir obligatoriamente la información especificada en el anexo XI del R.D. 99/2003”*.

- En la cláusula 9 del PPT, entre otras obligaciones, se establece que *“Los proveedores deberán aportar toda la documentación técnica necesaria para la evaluación de los productos y equipos ofertados (catálogos, fotos, bibliografía, soportes científicos, etc.) y se deberá indicar en ellos el número de orden y lote al que pertenecen del expediente y si se trata de oferta base o variante (...). Escrito en el que se detalle la imprecisión de los parámetros a los que se concursa basado en*

los programas externos de Calidad razonada por alguna Sociedad Científica o Entidad sin ánimo de lucro.

La no inclusión de esta documentación será motivo de exclusión del procedimiento del licitación, la subsanación de la misma se podrá hacer en el plazo de 3 días hábiles a partir de su comunicación por el hospital”.

Por otra parte el PCAP, en su cláusula 12, relativa a la forma y contenido de las proposiciones, dispone que se deberá presentar en sobre nº 1 la documentación administrativa que relaciona, y en el sobre nº 2 *“la documentación técnica que se exija, en su caso, en el apartado 9 de la cláusula 1, en orden a la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación del contrato especificados en el apartado 8 de la citada cláusula, así como toda aquella que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio.*

Cuando se establezcan criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en este sobre se incluirán dos sobres: (2-A y 2-B).

En el sobre 2-A se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, indicados en el apartado 8 de la cláusula 1.

En el sobre 2-B se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas”.

Según indica el apartado 8 de la cláusula 1, para el lote 1 los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (sobre 2B) son:

“- 1.- Los analizadores deben proporcionar la trazabilidad analítica necesaria mediante un sistema que gestione los datos. Dicho sistema permitirá conocer, pasado el tiempo, los resultados de calibración y de control de calidad que estaba vigente cuando se llevó a cabo una determinación, así como información de los reactivos (lote y nº de envase), así como la gestión y trazabilidad del control de

calidad de al menos los últimos años y para todos los de reactivos utilizados 0 ó 4 Puntos.

Si se cumple con todos los requisitos.....4 Puntos.

NO 0 Puntos.

- 2.- Existencia en el sistema preanalítico de un sistema de gestión de la calidad de la muestra que permita detectar entre muestras normales, hemolizadas, lipémicas e ictéricas. Asimismo deberá detectar el volumen de muestra presente en el tubo, así como chequear que el color del tapón coincide con la información del tipo de muestra del código de barras 0 ó 4 Puntos.

Si se cumple con todos los requisitos4 Puntos.

NO 0 Puntos”.

Por otra parte, la cláusula 1 apartado 5.2, prevé que se deberá incluir en el sobre 1A, la documentación que relaciona, advirtiendo que tanto su no inclusión como la aparición de información relativa a los criterios técnicos objeto de valoración, será motivo de exclusión, debiendo ser *“omitido u ocultado de forma que no sea legible”*.

Por último, el apartado 9 de dicha cláusula 1, advierte que la ausencia de la documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato “sobre 2B” (podrá implicar la no validez de la oferta).

Segundo.- A la licitación del lote 1, presentaron ofertas 3 empresas, resultando adjudicataria Roche Diagnostics, S.L., y excluidas por incumplir las prescripciones técnicas Siemens y Abbot Laboratories, S.A.

Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe de 28 de junio de 2017 se adjudica el contrato de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación (acta nº22 de 27 de junio), siendo notificada la adjudicación a los interesados el 3 julio de 2017 y publicada en el Perfil del Contratante de la Comunidad de Madrid el mismo día.

Tercero.- El 21 de julio de 2017, previo anuncio ante el Hospital el día 14, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Siemens en el que solicita que *“declare la nulidad de la Resolución de Adjudicación así como la exclusión de ROCHE del Lote 1; (ii) subsidiariamente, anule la exclusión de SIEMENS del Lote 1 con la consiguiente retroacción de actuaciones al momento previo a la valoración de las ofertas”*, en aras al principio de transparencia y al de igualdad.

El 26 de julio de 2017, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), que se limita a solicitar del Tribunal su pronunciamiento exclusivamente sobre las cuestiones planteadas en el recurso respecto del lote 1, teniendo en consideración el informe técnico de 25 de julio de 2017, emitido por el Jefe del Servicio de Análisis Clínicos de HUG, que se reafirma en el cumplimiento de las exigencias de los Pliegos por la adjudicataria y en el incumplimiento por la recurrente de las tres exigencias técnicas que relaciona en el apartado 3.2 de su recurso.

Cuarto.- Con fecha 26 de julio de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal 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.

Se ha recibido, el 3 de agosto de 2017, el escrito de alegaciones de Roche adjudicataria del lote 1, en las que opone la falta de legitimación, mala fe y temeridad de la recurrente -actual proveedora del suministro- y en las que contradice todos los argumentos de la impugnación en los términos que se expondrán al analizar el fondo del recurso, por lo que solicita su inadmisión y, en caso contrario, su total

desestimación con la imposición de las correspondientes penalidades previstas en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto contra la adjudicación del lote 1 por una licitadora excluida al no cumplir las prescripciones técnicas, discutiéndose la legitimación de esta última, extremo que ha sido alegado por la recurrente y rebatido por la adjudicataria por lo que merece especial consideración.

Defiende Siemens su legitimación al tratarse de una persona jurídica excluida *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) por lo que con la eventual estimación de la pretensión de exclusión de la adjudicataria en el lote 1, este resultaría desierto y le permitiría concurrir en la nueva licitación que necesariamente habría de convocar el Hospital, al tratarse de suministros sanitarios imprescindibles para la práctica facultativa. Cita, entre otras, la Resolución 508/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que recoge la jurisprudencia sobre la configuración de la legitimación activa en torno a un concepto amplio de interés legítimo, así como las Resoluciones 119/2017 y 193/2014, de este Tribunal.

Sostiene que la decisión de su exclusión no es firme y que concurre en este caso un interés cualificado ya que las mismas razones que motivaron su exclusión son aplicables a las ofertas de Roche, por lo que en aras al principio de igualdad, debería admitirse su legitimación.

Por su parte alega Roche, que Siemens carece de legitimación, toda vez que las alegaciones referidas en su recurso carecen de fundamento y son claramente incongruentes con los actos previos realizados por la misma en la impugnación precedente de los Pliegos, que fue desestimada por este Tribunal. Añade que solo impugna la adjudicación sin que formule alegación ni pretensión alguna en orden a dejar sin efecto su exclusión de tal suerte que la misma se convierte en consentida y firme, no existiendo por tanto un interés cualificado.

Insiste en el hecho de que Siemens en su momento reconoció, en el ámbito del recurso interpuesto contra los pliegos, que Roche era la única que cumplía con las prescripciones solicitadas en el PPT, si bien el Tribunal consideró probado que había otras empresas que las podrían cumplir, confirmando la legalidad de los pliegos, de forma tal que tampoco concurre, por tanto, un interés ni legítimo, ni personal y directo, conforme exige la normativa y reconoce la doctrina, trayendo a colación para ello numerosa jurisprudencia. Ello porque, aun quedando desierta la licitación, *“la posibilidad de que el contrato vuelva a licitarse no puede ser considerada, ni mucho menos, como un beneficio que repercuta de forma real y actual en su esfera jurídica, toda vez que no puede llegar a saberse con certeza si se volvería a licitar el contrato. Pero además, de convocarse una nueva licitación esta deberá en todo caso ser similar a la anulada, y teniendo en cuenta que los pliegos que rigen la presente licitación ya fueron impugnados por SIEMENS, habiéndose desestimado todas sus pretensiones, excepto un punto que fue objeto de rectificación debido al reconocimiento del propio órgano de contratación, es indudable que la nueva licitación se convocaría en las mismas condiciones del expediente actual, que lógicamente SIEMENS no cumpliría, lo que implicaría que no pudiera ser admitida en la licitación y, mucho menos, resultar adjudicataria del mismo”*, solicitando la inadmisión del recurso.

Debe admitirse la legitimación de la recurrente, excluida de la licitación por incumplir las prescripciones técnicas, para impugnar la adjudicación del lote 1, conforme a la doctrina sentada por los tribunales administrativos en materia de contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en

numerosas resoluciones de este Tribunal, valga por todas la Resolución 68/2016, de 21 de abril de 2016, toda vez que queda acreditado un interés directo y cierto al tratarse de la licitación para la adquisición de un suministro imprescindible para la realización de la práctica médica. En este caso *“la posibilidad de que con la estimación del recurso el procedimiento quede desierto y se lleve a cabo una nueva licitación cuando se trata de una hipótesis real o bastante probable es un motivo adicional para reconocer legitimación activa. Ante esa hipotética nueva licitación el recurrente podría obtener el beneficio de concurrir presentando una nueva oferta que se adapte a las condiciones exigidas en los pliegos y finalmente obtener el contrato”*. En este caso la adquisición de los reactivos para las determinaciones analíticas guarda relación con la actividad principal y esencial del Hospital y la necesidad de su adquisición no solo es probable sino obligada. Que la declaración de desierto comportaría un nuevo procedimiento de las mismas características excede la mera suposición de lo posible, toda vez que, hay suficientes razones para creer que así sucederá, sin que resulte indubitado que con idénticos requisitos la recurrente no pudiera ofertar un producto adaptado a las exigencias de la nueva licitación, lo que nos lleva a reconocer legitimación a la recurrente.

En el mismo sentido cabe mencionar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, dictada en el asunto C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, que en el apartado 36 dice *“procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Por otro lado se afirma en el recurso que los lotes 2 y 3 estaban diseñados para favorecer a Roche, tal como se ha demostrado con el resultado del procedimiento, pues varias de las especificaciones técnicas de los productos o sistemas requeridos solo los tiene disponibles dicha compañía. Cabe indicar respecto de dicha afirmación, que si bien el objeto del recurso es únicamente la adjudicación del lote 1, la indicada afirmación no puede ser objeto de consideración por este Tribunal, que ya se pronunció al respecto en el recurso especial interpuesto contra los pliegos.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 28 de junio de 2017, notificada el 3 de julio y publicada en el perfil de contratante el mismo día 3, e interpuesto el recurso el 21 de julio de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, debe indicarse que como primer motivo del recurso se alega el incumplimiento de las especificaciones generales relativas a la forma y presentación de la oferta, al no figurar, según se aduce, completa la documentación que debía aportarse con la misma en los términos de la cláusula 3.1 y 9 del PPT, en el sobre 1B, todo lo cual pudo comprobar la recurrente en el acto de vista del expediente que tuvo lugar el 19 de junio de 2017.

Alega la recurrente que todas las fichas de los productos y equipos de Roche están disponibles en su página web (https://pim-eservices.roche.com/eLD_SF/es/es/KeywordSearch), y que son las mismas que la licitadora aportó en formato electrónico en su oferta, entre las cuales no figuran ni la de los reactivos ADA (nº orden 35) y ni la del Serum Index Gen 2,

ROCHE. Añade que ello no solo supone un incumplimiento del PPT sino que en el caso del Serum Index Gen 2, el mismo ni siquiera está incluido en su oferta, por lo que no lo podría suministrar, por lo que estando obligados a licitar a la totalidad de los productos de cada lote, el órgano de contratación debió de excluir tal oferta.

El órgano de contratación, en el informe técnico al recurso sostiene que Roche aportó toda la documentación requerida y explica que las fichas de productos están en formato electrónico, pero que al contener datos que revelarían criterios automáticos, se incluyeron en otro CD distinto, en el sobre 2B junto con la documentación para valorar los criterios automáticos, y no en el sobre 1B. Además afirma que la adjudicataria también ha aportado la documentación necesaria respecto a la imprecisión en los términos exigidos por el PPT y que las fichas de seguridad no están incluidas en el capítulo de documentación técnica obligatoria para los licitadores del PPT, sino en su capítulo 3.1 que recoge características y obligaciones de cara a la ejecución por el adjudicatario. Por todo lo cual entiende se ha cumplido la obligación establecida en el PPT. Por último explicita que los índices séricos no son un parámetro de los relacionados en el pliego (ver PPT pp. 2-4) sino uno de los requisitos a realizar por el analizador de Bioquímica (ver Especificaciones de los equipos de Bioquímica en pág.10 del PPT “Determinar índices séricos cuantitativos, expresado en unidades de concentración (por ejemplo mg/dL) (hemólisis, ictericia y lipemia, HIL) mediante test con marcado CE”. Añade que las plataformas modulares COBAS 8000 que ha ofertado Roche permiten determinar los índices séricos cuantitativos expresados en unidades de concentración (hemólisis, ictericia y lipemia) mediante test con marcado CE según figura en la página 25 del documento de cumplimiento del Pliego Prescripciones Técnicas y Especificaciones generales del licitador.

Roche por su parte afirma en el trámite de alegaciones que la copia que adjunta Siemens de varias fichas técnicas, no se corresponden con las fichas técnicas aportadas en el ámbito de la licitación, destacando la gravedad del hecho de que todo el análisis comparativo en que se sustenta el recurso se basa en una falsedad documental. Recuerda la consolidada doctrina relativa a la discrecionalidad

técnica del órgano de contratación y sostiene que la pretensión de la recurrente no es demostrar la existencia de un error en la valoración, sino proponer al órgano de contratación una evaluación alternativa dirigida a la satisfacción de los propios intereses de Siemens, con el fin de retrasar la adjudicación del expediente durante el mayor espacio de tiempo posible, ya que esta situación es la única que le reporta un beneficio directo, en la medida en que al ser la actual proveedora de los productos objeto de la licitación, en el ínterin seguiría ejecutado el contrato, por lo que considera incurre en temeridad.

Opone respecto de la falta de documentación alegada por la recurrente, que conforme a lo manifestado en la Resolución 985/2015, de 23 de octubre, del TACRC, *“no puede exigirse que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones contenidas en el pliego, procede la exclusión”* por lo que en ningún caso se podría estimar su pretensión, y a mayor abundamiento insiste en que la documentación está completa.

Para la resolución del recurso debemos partir de la conocida doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia que considera que los pliegos constituyen la ley del contrato y que su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta.

Como ha señalado en otras ocasiones este Tribunal, en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables.

Debe tratarse en primer lugar, dados los efectos que tendría sobre la totalidad de la oferta, la falta de inclusión en la misma del Serum index Gen 2, y del reactivo ADA, invocadas por la recurrente.

Respecto del Serum Index Gen 2, tal y como afirma el órgano de contratación, el mismo no es un reactivo incluido en la relación de productos del lote 1 en el PPT, sino una especificación del analizador de bioquímica que ya está incluido en la oferta en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2.1.3 del PPT, que especifica que el precio unitario por determinación analítica incluye, entre otros conceptos el “suministro de los reactivos, controles, y calibradores y demás fungibles precisos para realizar dicha técnica” y el “arrendamiento y mantenimiento integral de los dispositivos/equipos/analizadores precisos para realizar dichas técnicas incluyendo repuestos, accesorios y consumibles”. El PPT establece como especificaciones de los equipos de bioquímica que los mismos deben *“Determinar índices séricos cuantitativos, expresado en unidades de concentración (por ejemplo mg/dL) (hemólisis, ictericia y lipemia, HIL) mediante test con marcado CE”*.

La recurrente oferta plataforma modular COBAS 8000 que permite determinar los índices séricos cuantitativos expresados en unidades de concentración (hemólisis, ictericia y lipemia) mediante test con marcado CE tal y como consta en la página 9 del documento de cumplimiento del PPT y especificaciones generales del licitador, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

En cuanto a la falta de aportación de la documentación técnica del reactivo ADA se comprueba que entre la documentación presentada por Roche en el sobre 1B figura un documento en soporte papel en el que se detalla la relación de 78 productos ofertados y la de los 98 que adicionalmente se requieren para realizar las pruebas. En dicha relación consta en el número de orden 35 (ADA kit 12754). Dicha relación se completa con un CD con documentación técnica en la que figuran las fichas ordenadas de los productos ofertados numeradas, observando un salto en la relación numérica de las fichas -que no contempla la ficha nº 35-. De manera que frente a lo alegado por la adjudicataria, que no indica en qué documento o soporte

incluyó la ficha del producto ADA, no consta la aportación de tal ficha técnica, en dicho sobre.

Sin embargo en la Resolución de adjudicación a Roche del lote 1 sí figura la relación completa de las 78 determinaciones analíticas a suministrar con indicación de las cantidades y sus precios unitarios correspondientes, entre las que efectivamente se incluye en la quinta posición:

024723 ADENOOSINADESAMINASA (ADA) –KIT 650 DET.

De todo lo anterior se puede inferir que si bien la oferta ha sido realizada a la totalidad del lote tal y como exige el Pliego, no se acompaña la ficha técnica del número de orden 35 del lote 1. Esto no obstante de acuerdo con la cláusula 9 del PPT aunque la no inclusión de esta documentación será motivo de exclusión del procedimiento de licitación, se permite la subsanación que podrá hacerse en el plazo de 3 días hábiles a partir de su comunicación por el Hospital.

Así tanto las fichas de los productos, como la restante documentación técnica requerida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146.1 TRLCSP, son por su propia naturaleza y porque así lo prevé la cláusula 9 del PCAP, subsanables, habiendo considerado el órgano de contratación admisible que la misma se aportara en el sobre 2B, todo ello dentro del plazo de presentación de ofertas.

Siendo por tanto la oferta completa y a pesar de haber presentado parte de la documentación técnica requerida en los sobres 1B y 2B, y no habiendo impedido al órgano de contratación comprobar si los suministros cumplen las prescripciones técnicas, este Tribunal considera que debe desestimarse el recurso por este motivo, sin perjuicio de la mención de la posibilidad de subsanación de la ficha.

Sexto.- Como segundo bloque de incumplimientos se esgrimen cinco motivos relativos a la inobservancia de las prescripciones técnicas. Cabe recordar, antes de analizar los concretos incumplimientos, en relación al objeto del contrato, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP es el órgano de

contratación quien debe determinar las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, determinando al efecto la naturaleza y extensión de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato proyectado.

La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de dichas prescripciones 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. En concreto, en el caso de los contratos de suministro, deben incluirse 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8550) que alude, a su vez, a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, establece que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el principio de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Cabe recordar que en este caso, a efectos de la resolución del recurso, la función del Tribunal no es determinar las propiedades de un producto sanitario ni su mejor o peor adecuación, en este caso, a los procesos analíticos a realizar para evaluación y diagnóstico clínico, cuestión que como hemos dicho corresponde al órgano de contratación al definir mediante la redacción de las prescripciones técnicas la mejor manera de satisfacer las necesidades que se pretenden satisfacer con la contratación que se propone y así se justifica en el informe a que se refiere el artículo 22 del TRLCSP. Pero no se puede pretender exonerar de control que, una vez definidas esas condiciones técnicas, el procedimiento de contratación se lleve a cabo con adecuación de lo que previamente se ha señalado a los licitadores que sería condición técnica para la admisión de sus ofertas, y siendo ello objetivable y susceptible de revisión por la mera comprobación de lo ofertado con lo requerido en

el PPT no se trata de una cuestión que se pueda amparar en la discrecionalidad técnica para eliminar el control, sino una cuestión jurídica que es susceptible de garantía de legalidad y de cumplimiento de los principios a que debe ajustarse la contratación pública.

Procede por tanto analizar cada uno de los motivos alegados por la recurrente.

En primer lugar sostiene que la oferta del adjudicatario incumple el PPT, en relación con lo establecido en el apartado 3.2, que exige *“Reactivos preparados o listos para su uso que no requieran manipulación por parte del usuario y compatibles en los diferentes sistemas analíticos ofertados para ahorrar tiempo y evitar errores por la preparación manual”*.

1. Reactivos listos para su uso.

Alega Siemens que la adjudicataria ha ofertado varios reactivos que no están listos para usar, sino que requieren de una manipulación previa por parte del usuario, como es el caso de ADA de Biosystem, referencia Biosystem 12754, con referencia de Roche 3509150001 y número de orden 35, cuya presentación es líquida pero hay que mezclar dos componentes del mismo y trasvasarlo a los contenedores de reactivos Cobas C Pack y la colinesterasa intraeritrocitaria, con referencia 11877763216 y número de orden 31, que necesita mezclar dos componentes. En otros dos no se especifica si están listos para usar (el B2 microglobulina ofertado por Roche, con el número de orden 36 y con la referencia de Roche 11660551216 y los reactivos de inmunoglobulinas cadena Lambda ofertadas por Roche con referencia 6749992190 (número de orden 74) y las inmunoglobulinas cadena Kappa ofertadas por Roche con la referencia 6749976190 (y número de orden 75).

El órgano de contratación, en su informe al recurso explica que todos los reactivos ofertados por Roche incluido el ADA están listos para su uso porque en este aunque según indica su página oficial hay que mezclar dos componentes del

mismo, este proceso lo lleva a cabo el analizador que mezcla los reactivos y la posterior agitación por ultrasonido dentro de la cubeta de reacción.

En los mismo términos constan las alegaciones de Roche, que además destaca que uno de los motivos de exclusión de SIEMENS fue que su reactivo CK y Amonio no están listos para su uso, circunstancia no rebatida por Siemens ya que precisan de un proceso previo de reconstitución con agua destilada, tal y como se recoge en el informe de valoración firmado por el Jefe de Servicio de Análisis Clínicos.

Comprueba el Tribunal que en la documentación técnica que figura en el sobre 1B (página 8), se indica que la plataforma analítica modular COBAS 8000 ofertada con sus módulos c702 y c502, realiza de forma automática con reactivos listos para su uso más de 100 magnitudes y en la página 10 que el sistema permite determinar índices séricos cuantitativos expresados en unidades de concentración (hemólisis, ictericia y lipemia) mediante test marcado CE y que todos los reactivos ofertados para las plataforma analíticas son listos para su uso.

De acuerdo con lo anterior cabe desestimar el recurso al no acreditar la recurrente que los reactivos no estén listos para usar, ni la incompatibilidad de los reactivos con el sistema. Por otro lado no se aprecia vulneración del principio de igualdad en la exclusión de la oferta de Siemens, porque al menos en cuanto al reactivo de CK y Amonio se requiere la preparación de la muestra con agua destilada, por lo que al no cumplir este parámetro, siendo por tanto su exclusión justificada, no se da la necesaria identidad de razón para considerar la existencia de un trato desigual ante situaciones iguales que implicaría la vulneración del principio invocado.

2. Compatibilidad de los reactivos.

Alega también que algunos de los reactivos ofertados no son compatibles con los diferentes sistemas analíticos ofertados por Roche. Afirma que los analizadores ofertados por Roche para las determinaciones licitadas en el lote 1 son los

analizadores de bioquímica Cobas c701 y Cobas c502, para las determinaciones de espectrofotometría, turbidimetría y potenciometría indirecta, que se presentan en unos contenedores de reactivos denominados Cobas C Pack específicos para cada uno de los modelos de analizadores que no son compatibles ni intercambiables.

El órgano de contratación alega en cuanto a la compatibilidad de los reactivos para los analizadores de bioquímica Cobas c701 y Cobas c502 afirma que *“Roche oferta 2 plataformas Cobas 8000 que integran diferentes módulos analizadores que son capaces de funcionar juntos gestionados por un único Core y un único software. Es por ello que todos los reactivos ofertados son compatibles pues están diseñados para funcionar juntos en un único sistema que integra todos los parámetros solicitados en el PPT”*.

Comprueba el Tribunal que en la documentación técnica que figura en el sobre 1B (página 8) se indica que la plataforma analítica modular COBAS 8000 ofertada con sus módulos c702 y c502 realiza de forma automática con reactivos listos para su uso más de 100 magnitudes; que utiliza el mismo software (página. 9); permite determinar índices séricos cuantitativos expresados en unidades de concentración (hemólisis, ictericia y lipemia) mediante test marcado CE y que todos los reactivos ofertados para las plataforma analíticas con listos para su uso, compatibles entre los sistemas analíticos y en formato cassette para conseguir máxima estabilidad y una transferibilidad total de resultados entre distintos módulos y equipos (página 10). En el apartado de condiciones generales oferta para el lote 1 una solución CCM (Cobas Connection Modules) que cuenta con un sistema pre analítico conectado *on line* los sistemas Cobas 8000 ofertados en ese lote.

En la página 13 se indica que garantiza la compatibilidad total los reactivos así como que los resultados sean completamente transferibles entre las plataformas ofertadas.

De acuerdo con lo anterior cabe desestimar el recurso en relación con este motivo, al no acreditar la recurrente la incompatibilidad de los reactivos con el sistema.

3. En tercer lugar sostiene Siemens, que Roche no presenta lo exigido en el apartado 3.2 del PPT, relativo al *“detalle la imprecisión de los parámetros a los que se concursa basado en los programas externos de calidad de la SEQC del último año disponible”* para el reactivo ADA (Adenosin Aminasa), siendo además este motivo el de exclusión de su oferta.

Explica el órgano de contratación que la prueba para la imprecisión de este parámetro no está incluida en el programa de Garantía Externa de la calidad de Bioquímica (suero) de la SEQC, y que obviamente el PPT solo se refiere a aquellas pruebas concursadas que la SEQC evalúa, como acredita aportando los Programas XXXV, XXXVI y XXXVII de garantía externa de la calidad de Bioquímica (suero) de la Sociedad Española de Bioquímica Clínica y de Patología Molecular de los años 2014, 2015 y 2016.

La adjudicataria añade a lo anteriormente afirmado por el órgano de contratación que el motivo de exclusión de Siemens fue precisamente porque no aportó ninguna documentación respecto de la Ceruloplasmina de NSCC, que sí se encuentra entre los parámetros evaluados por la Sociedad Española de Química Clínica (SEQC), por lo cual no hay identidad de supuestos.

Comprueba el Tribunal que toda la documentación requerida en el apartado 9 del PPT se adjunta en un CD que incluye un archivo con el detalle de imprecisión de los parámetros, los resultados de control externo SEHH 2015-Lotes 1 y 3. Por otro, resulta acreditado que la SEQC no evalúa el parámetro ADA, por lo que no puede en buena lógica presentarse documentación alguna al respecto.

Siemens en su oferta no aportó información de la SEQC sobre la determinación con Ceruloplasmina de NSCC y alega al respecto que el tratamiento

recibido por su oferta es discriminatorio al ser este uno de los motivos de inadmisión de su oferta. El órgano de contratación no se pronuncia sobre el pretendido trato discriminatorio, solo Roche al señalar que se trata de casos distintos puesto que la técnica de Ceruloplasmina se encuentra entre los parámetros evaluados por la SEQC, Siemens no aportó información alguna. En este caso en los anexos aportados por el órgano de contratación tampoco aparece la técnica de la detección de la Ceruloplasmina, específicamente aunque sí de proteína. Esto no obstante en la documentación aportada por Roche sobre el detalle, la imprecisión de los parámetros a los que se concursa consta en el documento Programa de Calidad de la SEQC 2014 para Proteínas la Ceruloplasmina.

Por lo tanto queda acreditada que las situaciones fácticas distintas no permiten considerar vulnerado el principio de igualdad.

4. Determinación de los índices séricos cuantitativos mediante test con marcado CE.

En cuarto lugar Siemens sostiene que la oferta de Roche incumple también las especificaciones del apartado 3.2 del PPT relativa a *“Determinar índices séricos cuantitativos, expresado en unidades de concentración (por ejemplo mg/dl) (hemólisis, ictericia y lipemia, HIL) mediante test con marcado CE”*, toda vez que de acuerdo con la información técnica del reactivo Serum Index Gen. 2 de Roche, este sistema tiene por función la realización de un *“test in vitro destinado a la determinación semicuantitativa del índice lipémico, del índice hemolítico y del índice icterico en muestras de suero y plasma humanos en los sistemas cobas c”*, por lo tanto se trata de un sistema semicuantitativo, no cuantitativo.

Advierte el órgano de contratación que precisamente en el recurso que la misma recurrente interpuso contra los Pliegos de esta licitación afirmaba justo lo contrario, *“únicamente existe una empresa en el mercado que dispone de equipos de bioquímica con las características del lote 1, que puedan además determinar índices séricos de la forma descrita: Roche Diagnostics, S.L.”*, habiendo quedado en aquel momento demostrado que no era la única. Roche alude igualmente a las

afirmaciones que Siemens realizó en el anterior recurso y concluye que esta alegación es claramente contradictoria con la anterior, además de no ser cierta.

Considera este Tribunal en primer lugar que la simple circunstancia del reconocimiento previo por parte de Siemens de que Roche dispone del producto no implica necesariamente que sea ese precisamente el ofertado. Resulta necesario por ello comprobar el cumplimiento de esta exigencia en la oferta de la adjudicataria.

Explica el órgano de contratación que el motivo de recurso esgrimido por Siemens se debe a un error conceptual, puesto que en ocasiones se transcriben los artículos publicados conceptos como semicuantitativos o cualitativos, explicando prolijamente y con referencias a publicaciones especializadas esta cuestión. En resumen señala que si los resultado de los índices séricos son un número, expresando la medición de una cierta magnitud (ej. hemoglobina), con determinadas unidades que se especifican cuidadosamente (ej. mg/dl), eso es un resultado cuantitativo, lo cual además se certifica con el marcado CE (Declaration of Conformity), como ocurre con la oferta de Roche.

En las fichas de productos aportadas por Siemens como medio de prueba del carácter no cuantitativo de las determinaciones, consta respecto del reactivo Tina-quant IgG Gen.2 *“Test in vitro para la determinación cuantitativa”* (doc. 15) y respecto del Tina-quant Soluble Transferrin Receptor (doc. 14) *“Test in vitro para la determinación cuantitativa del receptor soluble de la transferrina (sTfR) en suero y plasma humanos en los sistemas Roche/Hitachi cobas c”*. Resulta indubitada la referencia al carácter cuantitativo de las determinaciones a la vista de la propia documentación aportada por la recurrente por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

5. Estabilidad de las calibraciones.

En quinto lugar Siemens opone que el apartado 3.2 del PPT exige *“estabilidad de las calibraciones por lotes de reactivos”*, y en la mayoría de reactivos de inmunoquímica ofertados por Roche al lote 1, la estabilidad de las calibraciones de

los equipos ofertados no es por lote de reactivo sino que, tal como indican los inserts correspondientes se recomienda repetir la calibración cada un número determinados de días distintos según los reactivos (1 ó 7).

Rebate el órgano de contratación con su informe técnico que todos los reactivos de inmunoquímica ofertados por Roche, disponen de una curva máster de calibración integrada en el código de barras del kit. Una vez que se introduce el reactivo en el analizador correspondiente, el único requisito para poder trabajar con él es llevar a cabo una calibración a dos puntos que será válida para todos los kits de ese mismo lote. Por tanto, no existe obligatoriedad de realizar ninguna calibración, más que la de lote. El resto serían recomendaciones de calibración que no indican en ningún caso necesidad u obligatoriedad.

Todo lo cual es ratificado por Roche y aclara que Siemens confunde tiempo de estabilidad y de calibraciones, y además insiste en que en el caso de la recurrente sus calibraciones sí son obligatorias, por lo cual ha sido excluida.

Comprueba el Tribunal que en las especificaciones de los equipos de inmunología consta que las plataformas analíticas ofertadas tienen una estabilidad de calibración por lotes de reactivos (lote a lote).

Así para el producto Tina-quant Antistreptolysin O consta respecto del Intervalo de:

“Calibraciones. Calibración a dos puntos.

- *con cada lote de reactivos.*
- *si fuera necesario según los procedimientos de control de calidad”.*

Y respecto del producto Serum Index Gen.2, se indica:

“Calibración. Calibrador H2O Modo de calibración Lineal.

Intervalo de calibraciones. Calibración en blanco.

- al cambiar el lote de reactivos”.

En estos casos resulta clara la calibración por referencia al cambio de lote de reactivos por lo tanto el cumplimiento del PPT.

Respecto del producto Anticuerpos contra la peroxidasa tiroidea se indican en la ficha varios casos de calibración, pero con carácter general, se indica que se realizará: *“Cada reactivo Elecsys contiene un código de barras que incluye información específica para la calibración del lote de reactivos”* y que *“la calibración del lote de reactivos”, “con cada estuche de reactivos”, “cada día si se emplea el mismo estuche”* o *“cuando sea necesario”*. Se trata en este supuesto de tres opciones de calibración entre las que cabe la del lote de reactivos por lo que no se aprecia incumplimiento del PPT.

6. Puesta en marcha de los equipos.

Por ultimo sostiene Siemens que el PPT exige para los equipos de bioquímica, *“puesta en marcha automática de los analizadores por temporizador y mantenimiento automático sin intervención del usuario”*, y los equipos ofertados por Roche no cumplen con este requisito ya que el analizador ofertado por Roche (Analizador modular serie Cobas 8000) sí requiere procedimientos manuales a realizar cada día, como indica en página 679 del manual del operador, insistiendo en su falta de aportación, lo que determina la exclusión de Roche de la licitación.

El órgano de contratación indica que tanto los mantenimientos como la puesta en marcha de los analizadores son completamente independientes del usuario y se realizan automáticamente, según consta en la Información presentada en el CD de los criterios automáticos, (sobre 2B), que figura en el expediente remitido a este Tribunal. En el mismo sentido afirma Roche que la puesta en marcha de los equipos ofertados es totalmente automática, siendo las referencias al mantenimiento manual meras recomendaciones de uso, no obligatorias, ni imprescindibles para el correcto funcionamiento del equipo.

En la página 11 documentación técnica del sobre 1B, se indica que la puesta en marcha y el mantenimiento de las plataformas, es totalmente automática y

configurable según sistemas de trabajo e incluso programable mediante temporizador sin intervención alguna por parte del usuario, además incluye un soporte remoto de control.

Por todo lo anterior este Tribunal considera acreditado el cumplimiento de todos los requisitos debiendo desestimar el recurso por los motivos alegados.

Séptimo.- Solicita la recurrente subsidiariamente que para el caso de que no se estime la nulidad de la resolución de adjudicación, se anule su exclusión del lote 1, con la consiguiente retroacción de actuaciones al momento previo a la presentación de ofertas, al haber sido excluida su oferta, según aduce por algunos de los motivos presentes en la oferta de Roche y que no se han considerado causa de exclusión.

Este Tribunal ha ido comprobando en relación con cada incumplimiento que las circunstancias fácticas de ambas ofertas concurren con el objeto de verificar que se había producido un trato discriminatorio, esto es desigual para ofertas iguales, caso por caso. Resta únicamente pronunciarse respecto de la alegada vulneración del principio de igualdad en cuanto la exigencia de puesta en marcha automática de los analizadores por temporizador y mantenimiento automático sin intervención del usuario. En este caso señala la recurrente que Abbot ha sido excluido por no cumplir el requisito por lo que considera vulnerado el principio de igualdad.

En este caso como aduce la adjudicataria Roche, la recurrente no está legitimada para alegar vulneración del indicado principio respecto de Abbot que no ha recurrido su exclusión, al no ser titular de la situación jurídica que le permitiría tal invocación, puesto que de la apreciación de una eventual vulneración del principio indicado, ningún beneficio ni perjuicio se depararía a Siemens.

Octavo.- Por último solicita la adjudicataria que se imponga una multa por mala fe a la recurrente por considerar que la única finalidad del recurso es dilatoria, al ser ella misma la actual proveedora de los reactivos, objeto del contrato al Hospital de Getafe.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

Es cierto que la pretensión de la recurrente es objeto de desestimación. Ello sin embargo no permite concluir, que su único interés sea dilatorio, por el hecho de ser la actual adjudicataria puesto que de obtener la anulabilidad de la adjudicación por los motivos que expone, podría como hemos señalado más arriba obtener una eventual adjudicación del lote 1 en una futura licitación, lo que además le legitima para la interposición del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 doña M.B.M., en nombre y representación de Siemens Healthcare, S.L.U., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe por la que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos para bioquímica general e inmunoquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente: (BIQ) PAPC 2017-1-8, lote 1.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 26 de julio.

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.