

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

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sysmex España, S.L., contra la adjudicación a Menarini Diagnostics, S.A., del expediente Nº PA SUM 21-041, convocado para la contratación del “suministro del material necesario (reactivos, controles, calibradores, fungibles, etc.) y cesión de equipos para pruebas de orinas con sedimentos para el laboratorio de análisis clínicos del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el BOCM el 3 de diciembre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia. El 24 de noviembre se publica en el DOUE.

El valor estimado de contrato asciende a 498.760 euros y su plazo de duración será de dos años.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el al Apartado 8 del Cuadro de Características – Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en concreto a los criterios cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas específicas que el licitador que obtenga la mayor puntuación después de sumar las obtenidas en cada uno de los ítems, obtendrá la puntuación de 40, la de menor puntuación 0 y el resto si hubiera más de dos licitadores, 20 puntos:

“El licitador que obtenga la mayor puntuación después de sumar las obtenidas en cada uno de los ítems, obtendrá la puntuación de 40 (si hubiera un empate en puntuaciones máximas, todos obtendrían 40 puntos), la de menor puntuación 0 y el resto si hubiera más de dos licitadores, 20”.

Hay 20 criterios a valorar, con tres puntuaciones posibles:

- Mínima, con los parámetros exigibles: 0 puntos.
- Media, con parámetros adicionales: 5 puntos.
- Máxima, la mejor opción global: 10 puntos.

Las puntuaciones de los licitadores en la adjudicación fueron:

Lote	Empresa licitadora	Criterio Precio	Evaluables forma autom. p/aplicación de fórmulas	TOTAL
1	MENARINI DIAGNÓSTICOS, S A.	45,50	40,00	85,50
1	ROCHE DIAGNOSTICS, S L.	56,31	20,00	76,31
1	SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U.	53,88	20,00	73,88
1	SYSMEX ESPAÑA, S.L.	50,37	20,00	70,37
1	BECKMAN COULTER, S.L.U.	47,40	0,00	47,40
1	ARKRAY ESPAÑA, S.A.	60,00	20,00	80,00

Tercero.- El 11 de abril de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, en el cual se impugna la valoración de Menarini Diagnostics, S.A., (en adelante Menarini) en el punto controvertido y la del mismo recurrido. Se

suplica: *“Que se declare la nulidad de la Resolución de Adjudicación en atención a la errónea valoración de los criterios de adjudicación de la proposición presentada 24 por la actual adjudicataria y de esta parte, retrotrayendo las actuaciones al momento procedimental oportuno todo ello, en atención a la realidad de las ofertas presentadas y a los criterios de adjudicación y extremos sujetos a valoración efectivamente contemplados como tal en el expediente de referencia”.*

A resultas del mismo, el Jefe del Servicio de Laboratorio Clínico realiza una revisión de las puntuaciones sobre los motivos del recurso, asignando finalmente a la recurrente 135 puntos y 140 a Menarini, frente a los 135 y 155 de la valoración recurrida, revisión asumida por el órgano de contratación.

Cuarto.- El 4 de mayo de 2022, 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 transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), en el que asume la nueva valoración del Jefe de Servicio de Laboratorio.

Quinto.- En fecha 13 de mayo Menarini, presenta escrito de alegaciones.

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 empresa licitadora, *“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”* (artículo 48 de la LCSP).

Legitimación que dimanaría del peculiar criterio de atribución de puntos transcrito en antecedentes, y pese no encontrarse en segundo lugar. No existe una asignación de puntos mediante distribución proporcional entre todos los licitadores. De superar al adjudicatario en la calificación tendría 40 puntos y todos los demás licitadores 20. La puntuación de Sysmex no depende de la del resto de licitadores, que no han recurrido, sino exclusivamente de la del primero: si no lo es, tiene 20 puntos necesariamente, salvo que fuera el último, que se iría a 0 puntos. Si lo supera por el recurso, salta a 40 puntos y es el primero. Resto de licitadores, que no han impugnado la puntuación de Menarini, probablemente porque no la alcanzan con su puntuación: 122, 90, 95, 115.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 21 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso el 11 de abril se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación de un contrato de suministros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, se motiva en varios aspectos sobre la valoración propia y la de Menarini. Habida cuenta, la admisión de varios de ellos por el informe técnico, solo cabe ocuparse de aquellos en los que disiente.

Afirma el recurrente que la virtualidad de la discrecionalidad técnica con la que cuenta la Administración debe ser matizada puesto que, aunque la misma parte de una presunción de certeza, apoyada en la especialización y en la imparcialidad de los órganos establecidos para la realización de las valoraciones, ésta se ha fundamentado en patentes errores.

Entrando en materia, refiere el Jefe de Servicio de Laboratorio sobre el punto relativo al *“criterio sistemático, volumen de muestra”* que se mantiene la puntuación

de Sysmex España, S.L., (en adelante Sysmex) porque el volumen de 1 ml no es aplicable a los tubos que utiliza el Hospital, adjudicados también por concurso. Sin embargo, la de Menarini decrece 5 puntos.

El citado profesional, manifiesta que si bien es cierto el volumen de 1 ml, en las especificaciones de la oferta técnica de Sysmex, se expresa que el mismo corresponde a un tipo muy concreto de tubo, cuyas características en cuanto a volumen, diámetro interno en boca y fondo y altura, se transcriben de la oferta técnica, en otros casos es posible que sea necesaria un volumen de muestra superior a 1 ml. Según el Jefe de Servicio, el Hospital no utiliza este tipo de tubos que requiere la oferta de Sysmex. Cosa que, por otra parte, se reconoce por el recurrente, cuando afirma que los únicos casos en que sería necesario más volumen de muestra serían cuando se utilizasen otros tubos distintos a los de 10 ml descritos en su oferta, que son los más habituales para este tipo de muestras. Todo ello hace que se le mantenga la puntuación de 5, porque será necesario un volumen de muestra > 1 ml.

Menarini, se indica que el volumen necesario es 1 de ml, pero efectivamente, refiere en la documentación, que es preciso un volumen muerto que amplía ese volumen de 1 ml, por lo que necesitaría un volumen muerto superior. En este sentido efectivamente se le debería haber otorgado a la empresa recurrida una puntuación de 5 puntos en vez de los 10 puntos asignados en el informe técnico realizado de fecha 7 de marzo.

Sysmex mantiene su puntuación, y Menarini se rectifica a 5.

Esta es una valoración, que se encuentra amparada por la competencia técnica del órgano de contratación, al no aportar el recurrente ningún argumento que manifieste arbitrariedad o error en la misma.

Procede desestimar esta alegación.

En segundo lugar, en cuando al criterio sobre información de los distintos tipos de elementos distintos identificables (cuantos más elementos, mayor puntuación) y la tecnología utilizada para su identificación, se afirma por Sysmex que aporta más elementos que Menarini, debiendo obtener la máxima puntuación. Según el informe del jefe de Laboratorio, 10 de los parámetros de Sysmex son de investigación y no son evaluables, porque su relevancia clínica no se ha acreditado todavía. Se mantiene la puntuación.

Se mantienen las puntuaciones de los dos.

Es un razonamiento del Servicio amparado por la discrecionalidad técnica, que no es revisable.

Igual acontece con el tercer criterio impugnado y no admitido por el Jefe de Servicio, el criterio sedimento, presentación de imágenes de todo el campo y no solo de zonas recortadas. Según el Servicio, no cumple el criterio de presentación de imágenes en todas las posibles situaciones de la práctica del laboratorio (quedarían excluidas las pruebas urgentes). Es una apreciación que no es susceptible de revisión, manteniéndose las puntuaciones.

Sobre el criterio *“otros test, estimación de osmolaridad urinaria”*, mantiene la puntuación de nivel medio el Servicio porque tal como indica Sysmex en el propio recurso, la osmolaridad se oferta como parámetro de investigación. No explica el recurrente por qué era la mejor opción, y le correspondían 10 puntos. Se mantienen las puntuaciones del informe anterior.

En el quinto punto del recurso, *“criterio Otros Test. Posibilidad de aplicación a líquidos biológicos”*, se estima la revisión de la puntuación, dando la razón a la empresa recurrente, manifestando que, aunque el Jefe de Servicio de Análisis Clínicos, es conecedor por la práctica habitual que el equipo de la mercantil recurrida Menarini, es aplicable a líquidos biológicos, es cierto que la propuesta de la citada

empresa no aporta evidencias en la documentación presentada. Sysmex mantendría 10 puntos y Menarini, 0.

En el sexto motivo, *“criterio Equipos. Equipo con control remoto desde otros ordenadores”* se revisa la puntuación de Sysmex y se mantiene la de Menarini, con un razonamiento técnico inimpugnable en esta vía: *“Revisada la información disponible a partir de la impugnación. Se considera que Sysmex sí dispone de la tecnología y se le asignan el valor medio (5 puntos), pero por el número de conexiones de visualización y la opción de poder validar de manera simultánea en 5 equipos, Menarini se valora como la mejor opción global y mantendría la puntuación. Sysmex pasaría de 0 a 5 puntos Menarini mantendría la puntuación de mejor opción”*.

En el séptimo motivo del recurso, *“creación de un banco de imágenes en el software del equipo o en el middleware”*, se mantiene la puntuación, porque *“la capacidad de almacenamiento de imágenes de Menarini es significativamente superior a la de Sysmex”*. Afirma el recurrente, que en la memoria del adjudicatario no hay evidencia de esa mayor capacidad de almacenamiento de imágenes. Según el informe técnico, la referencia del texto no es correcta, pero en la ficha técnica, página 12, figura una capacidad de almacenamiento de hasta 750.000 imágenes, frente a las 10.000 de Sysmex. Se aporta una captura de pantalla. Procede desestimar esta alegación. Se mantienen las puntuaciones.

En el punto 8, *“criterio Equipos/Middleware. Posibilidad de diseño de algoritmos de cribado”*, se corrige la puntuación, conforme a las alegaciones del recurrente. Sysmex obtendría 10 puntos, mientras Menarini mantendría sus 10.

En el 9 del recurso, *“control de calidad interno ofertado, características”*, por el recurrente se insta la rebaja de la puntuación de Menarini a 0 puntos (la suya inicial es de 10).

Por el Jefe de Servicio se modifica la puntuación de Sysmex: *“se mantiene la puntuación de nivel medio (5 puntos) para Menarini. El control de Sysmex incluye*

muchos parámetros y por eso se valoró como la mejor opción global, sin embargo en la revisión hemos comprobado que su control no incluye cristales que sí están incluidos en los criterios exigibles. Con respecto a la puntuación de Sysmex, se le asignan 0 puntos ya que no cubre uno de los parámetros exigibles a nivel de control ofertado”.

Existen tres parámetros exigibles, según el informe de valoración:

“Tipo criterio evidencia valorable:

Exigible sistemático Orina por química seca. Debe incluir los siguientes parámetros mínimos: pH, glucosa, proteínas, hemoglobina, cuerpos cetónicos, bilirrubina, urobilinógeno, nitritos, leucocitos, densidad.

Exigible sedimento Identificación y cuantificación de hematíes, leucocitos y células.

Exigible sedimento Identificación cuali-cuantitativa de otros elementos: cilindros, cristales, otro”.

El parámetro exigible en tercer lugar, se omite en la oferta técnica de Sysmex según el informe técnico.

En el recurso Sysmex solo refiere a los dos primeros parámetros, que transcribe, afirmando que Menarini adolece de “control para células”, por lo que su puntuación debe ser 0. Sin embargo, la captura de pantalla que se aporta de la oferta técnica de Menarini sí incluye control para células.

Textualmente dice Sysmex:

“En los criterios exigibles se pide para el sedimento la identificación y cuantificación de hematíes, leucocitos y células:

Exigible SISTEMÁTICO Orina por química seca. Debe incluir los siguientes parámetros mínimos: pH, glucosa, proteínas, hemoglobina, cuerpos cetónicos, bilirrubina, urobilinógeno, nitritos, leucocitos, densidad.

Exigible SEDIMENTO Identificación y cuantificación de hematíes, leucocitos y células”.

Y el Jefe de Servicio, recoge del propio escrito de Sysmex:

“Sysmex, cuando hace referencia a criterios exigibles solo recoge dos líneas del listado de criterios cuando son tres, la tercera incluye cilindros y cristales. Sysmex no es capaz de identificar tipo de cristales en uno de los dos sistemas ofertados y además en su control de calidad ofertado no recoge ese parámetro”.

Menarini también manifiesta en alegaciones que el pliego exige identificación cuali-cuantitativa de cilindros, cristales y otros, que la oferta de Sysmex omite.

Tras esta revisión, el criterio control de calidad interno ofertado pasa de 5/10 (Menarini/Sysmex) puntos en la valoración impugnada a 5/0 (Menarini/Sysmex) puntos en la revisión. De mantener Sysmex los 10 puntos de este criterio, sumaría en total 145 frente a los 140 de Menarini, mientras antes de la revisión la puntuación total era de 135 frente a 155 (Sysmex/Menarini).

Globalmente considerada la revisión realizada deja a Sysmex con los 135 puntos que tenía y sigue en la misma situación de no adjudicatario y con 20 puntos en la valoración técnica. Sí baja la puntuación de Menarini de 155 a 140, pero por encima de Sysmex, razón por la cual conserva sus 40 puntos de valoración técnica.

Dice el propio órgano de contratación, *“razonados y debidamente corregidos los errores, no cambiaría el resultado práctico de la valoración por cuanto el recurrente quedaría con idéntica puntuación a la obtenida inicialmente y el declarado adjudicatario, por mayor puntuación, seguiría siéndolo, aún con quince puntos menos”.*

Esta revisión a la baja de la puntuación del recurrente en el punto 9 no es admisible sea confirmada en vía de recurso por este Tribunal, por mor del principio de congruencia y la prohibición de la *“reformatio in peius”*: artículos 88.2 y 119.3 LPAC.

Dice el artículo 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *“3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial”.*

Y el 88.2 sobre el contenido de la resolución en los procedimientos administrativos:

“2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede”.

Por otra parte, de asumir esta revisión a la baja de esta puntuación en vía de recurso especial en materia de contratación, se hurtaría al recurrente Sysmex la posibilidad de impugnar esta nueva valoración respecto del punto 9, tal y como ha hecho respecto de todas las demás.

La no asunción de la revisión de la puntuación a Sysmex en este punto 9 deja imprejuizado el mismo, a diferencia de los demás, cuya rectificación tras su revisión se valida por esta resolución.

El órgano de contratación solicita que *“se admita el informe de revisión adjunto al presente escrito y a su amparo, acuerde declarar válida la adjudicación realizada a favor de MERARINI DIAGNÓSTICOS, con amparo en los artículos 50 y 51 de la ley 39/2015 de 1 de octubre del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas”.*

Cuando solicita el órgano de contratación que se mantenga la adjudicación admitiendo la revisión de las puntuaciones, porque, no obstante los errores en el

informe técnico la puntuación total sigue siendo la misma y el resultado final también, acogiéndose al principio “*favor acti*”, establecido en los artículos 49 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), omite que no corresponde a este Tribunal convalidar el acto defectuoso u erróneo, subsanando los vicios de que adolezca, sino al propio órgano de contratación que tomando por pie la revisión realizada de las puntuaciones debería dictar un nuevo acuerdo de adjudicación sobre las nuevas puntuaciones, y que produciría efectos desde su fecha de publicación o notificación.

La adjudicación recurrida se motiva en las puntuaciones del informe técnico publicado como anexo al acta de la mesa de contratación de 16 de marzo. De revertir el acto por modificación de las puntuaciones, por errores del informe técnico que admite el órgano de contratación, procedería nueva adjudicación con publicación de esas mismas valoraciones distintas que la motivan, para que sean susceptibles de impugnación por los interesados legitimados para ello.

Procede estimar el recurso anulando la adjudicación con retroacción de actuaciones para nueva valoración y nueva adjudicación conforme a lo ya informado por el órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de legal de Sysmex España, S.L., contra la adjudicación a Menarini Diagnostics, S.A., del expediente N° PA SUM 21-041, convocado para la contratación del “suministro del material necesario (reactivos,

controles, calibradores, fungibles, etc.) y cesión de equipos para pruebas de orinas con sedimentos para el laboratorio de análisis clínicos del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, anulando la adjudicación con retroacción de actuaciones para nueva valoración de las proposiciones de Sysmex España, S.L., y Menarini Diagnostics, S.A., conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho quinto.

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

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento ex 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.