

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la empresa Izasa Cientif S.L.U. (en adelante Izasa), contra la exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de microscopio de fluorescencia multidimensional invertido de campo ancho con módulo de medición de flujo de calcio (340/380 nm) para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente FIB 2021/009 de la Fundación Investigación Biomédica Hospital Universitario 12 Octubre, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio de 30 de junio de 2021 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria de la licitación del contrato de suministro de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato asciende a 135.000 euros, con un plazo de ejecución de 30 días.

Segundo.- La fecha límite para la presentación de ofertas fue el 15 de julio de 2021, presentándose a la licitación 4 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 22 de julio de 2021 la comisión de evaluación designada en el procedimiento comunica el resultado de la evaluación de la documentación presentada por los licitadores, con el resultado de que la única empresa que cumple con todos los criterios técnicos especificados en los pliegos es Leica Microsistemas S.L.U. (en adelante Leica). Las otras tres empresas fueron excluidas por no cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP). Los requisitos especificados en el PPTP se consideran esenciales y la falta de cumplimiento de cualquiera de ellos, determina la exclusión del procedimiento, incumpliendo la recurrente los dos siguientes:

Iluminador de fluorescencia LED (rango mínimo de 435-645 nm) con torreta de filtros motorizada de al menos 3 filtros de fluorescencia (mínimo con DAPI, FITC y TRICT).

Módulo de deconvolución de imágenes (incluido Z-stack, 2D y 3D). Debe permitir eliminar los puntos fuera de foco en tiempo real.

Tercero.- Con fecha 20 de agosto de 2021 la representación de Izasa interpone ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión del contrato de suministro de referencia, adoptado por la comisión de evaluación de la Fundación el 22 de julio de 2021, publicado en el perfil de contratante el 2 de agosto, por considerar que el producto ofertado cumple con las características técnicas exigidas en el PPTP que rige el suministro, solicitando en consecuencia la nulidad de su exclusión con retroacción de las actuaciones, para que pueda procederse a la valoración de la oferta presentada y, previos los trámites oportunos, a la adjudicación del contrato a Izasa.

Asimismo, solicita medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato hasta la resolución del presente recurso, alegando que los errores ostensibles y manifiestos en relación con la valoración del cumplimiento de las características técnicas exigidas en el PPTP le generarían daños y perjuicios irreparables de continuar el procedimiento al verse privada de resultar adjudicataria del contrato.

Cuarto.- El 2 de septiembre de 2021 la Fundación para la Investigación Biomédica Hospital 12 de Octubre (en adelante la Fundación o FIBH12O) remitió el expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

El órgano de contratación en su informe solicita la desestimación del recurso interpuesto por la recurrente.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida cautelarmente por acuerdo de 26 de agosto de 2021 de este Tribunal, a partir del momento inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato, sin que el órgano de contratación pueda decidir sobre la misma hasta que este Tribunal haya resuelto sobre el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación “*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*”, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado se adoptó el 22 de julio de 2021, se publicó en el perfil de contratante el 2 de agosto, y el recurso se presentó por la recurrente ante el Tribunal el 20 de agosto de 2021, sin que le haya sido notificada la exclusión, ni se haya producido la adjudicación del contrato, y por tanto dentro del plazo de quince días hábiles previstos en el artículo 50.1.c) de la LCSP, al computarse su inicio a partir del día siguiente a aquel en que haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite cualificado, exclusión de la oferta de la recurrente, que determina en sí mismo la imposibilidad de continuar el procedimiento, en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 de euros. El acto por tanto es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si ha sido conforme a derecho la exclusión de Izasa del procedimiento de adjudicación del contrato, analizándose a continuación los dos supuestos de incumplimiento del PPTP.

La recurrente manifiesta que la oferta presentada cumple con las características técnicas exigidas en el PPTP, considerando su exclusión no ajustada a Derecho.

En primer lugar, alega que su oferta incluye el iluminador LED marca Cool LED modelo pE-340 Fura (referencia 312PE340FR-L-20), que posee un rango de trabajo desde 340 hasta 750 nanómetros, como se acredita en el catálogo que adjuntó a la oferta técnica. El citado iluminador pE-340 Fura posee tres LED, uno centrado en 340 nanómetros, otro centrado en 380 nanómetros y un tercer LED con transmisión entre aproximadamente 410 y 750 nm. *Por otro lado, la oferta incluye una torreta motorizada séxtuple (código 280MEV51030) junto a tres filtros para DAPI, FITC y TRITC, y adicionalmente un bloque de filtros para FURA II.* Por ello, mantiene que su oferta cumple con la característica técnica exigida en el PPTP.

En segundo lugar, alega que también cumple con la característica técnica *“Módulo de deconvolución de imágenes (incluido Z-stack, 2D y 3D). Debe permitir eliminar los puntos fuera de foco en tiempo real”*, al incluir las referencias: 280MQS42690 módulo de deconvolución 2D y 280MQS42750 módulo de deconvolución 3D. El software incluido en la oferta (referencia 280MQS31001) permite la realización de experimentos Z-stack. El software incluye asimismo un módulo de denoising y de deconvolución 3D y 2D a tiempo real. El módulo de deconvolución 2D permite eliminar los puntos fuera de foco en tiempo real. También se incluye el módulo Clarify que permite la detección de la señal fuera de foco en imágenes widefield para la obtención de imágenes en fluorescencia de alto contraste en fluorescencia en las que se ha eliminado el blur.

Concluye indicando que quedan debidamente acreditados, los ostensibles y manifiestos errores que contiene el Acuerdo de exclusión de Izasa, en relación con la valoración del cumplimiento de las características técnicas exigidas en el PPTP, y que la decisión impugnada vulnera los principios de libertad de acceso a las licitaciones y libre concurrencia, principios básicos recogidos en el artículo 1 de la LCSP, a los que debe ajustarse cualquier procedimiento de contratación pública.

Por su parte el órgano de contratación informa que el recurso recibido se ha puesto a disposición de los expertos que elaboraron el informe del que derivó la exclusión de la empresa, emitiendo un nuevo informe técnico en el que mantienen y ratifican las causas de exclusión, rebatiendo las alegaciones de Izasa.

Así respecto al Iluminador de fluorescencia LED, los técnicos mantienen que el equipo de Izasa no cumple porque presenta el mismo único iluminador tanto para el rango de fluorescencia indicado como para las medidas de flujo de Calcio (Fura-2 340-380nm). En el documento que incluye las prescripciones técnicas a cumplir por el equipo a adquirir, este criterio aparece en dos apartados separados e independientes y, por tanto, así debía estar incluido en la propuesta ofertada. Se solicitaba un iluminador para flujo de Calcio (Fura-2 340-380nm) y otro iluminador con su torreta de filtros para el rango estipulado en este punto (435- 645nm), los dos para utilizarse en un solo equipo.

El iluminador ofertado por Izasa utiliza un solo LED para cubrir todo el rango del espectro visible, una solución con grandes limitaciones, tanto en lo que se refiere a la calidad del espectro como en la potencia, puesto que cualquier iluminador alternativo utiliza un mínimo de 3 LEDs para cubrir dicho espectro. Por esta razón, en los requisitos técnicos se pidieron *“específicamente iluminadores independientes”*, uno para las medidas de calcio y otro para 4 longitudes de onda superiores con sus correspondientes torretas de filtros, reflejados en apartados separados. El hecho de ofrecer un solo iluminador LED permite al licitador ofertar con un precio sustancialmente inferior, en detrimento de la calidad del equipamiento,

ya que no se podría obtener el mismo nivel de prestaciones en los proyectos de investigación.

En cuanto al Módulo de deconvolución de imágenes, la eliminación de puntos fuera de foco a “tiempo real” debe permitir que el procesado de la imagen y la adquisición se realicen simultáneamente. Esto significa que, al tomar imágenes en serie, la velocidad a la que se obtengan las imágenes procesadas debe ser igual a la velocidad a la que se obtengan las imágenes en crudo. El proceso externo es la adquisición de imagen y, el proceso interno, el procesado de la misma para generar la imagen sin señal fuera de foco. El procesado no debe añadir ningún tiempo. Cuando se están haciendo 50 imágenes por segundo en adquisición, el sistema debe ser capaz de devolver las 50 imágenes por segundo procesadas, no de manera más lenta. Según Izasa esto se consigue mediante su algoritmo de deconvolución 2D, pero estos algoritmos, bien conocidos en el mercado, no son capaces actualmente de generar imágenes procesadas a la misma velocidad que se realiza la adquisición de las mismas. Por lo tanto, lo que Izasa llama “*tiempo real*” atiende a la realización del procesado durante la adquisición, y no a la obtención inmediata del resultado, y por tanto tampoco cumple el segundo requisito técnico.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que conforme a lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, corresponde al órgano de contratación determinar las características técnicas de los productos objeto de suministro con la finalidad de que respondan a las necesidades requeridas para su adquisición. Las ofertas presentadas por los licitadores deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, tanto administrativos como técnicos, siendo doctrina asentada que estos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y al órgano de contratación, de tal forma que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido, como expresamente prevé el artículo 139.1 de la LCSP al determinar que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el*

empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna...”, como igualmente recoge el PCAP del contrato de suministro en su cláusula 9 relativa a la presentación de proposiciones, pliego que no ha sido objeto de impugnación. Asimismo, la cláusula 2 del citado PCAP al establecer el régimen jurídico aplicable al contrato recoge que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares.

Este Tribunal a la vista del expediente de contratación y de lo alegado por las partes considera que Izasa no cumple con las características técnicas exigidas en el PPTP, por lo que procede desestimar las alegaciones formuladas por la recurrente siendo acorde a lo dispuesto en la LCSP y en los pliegos la exclusión del procedimiento acordada por la entidad contratante, sin que sea admisible el que el suministro se adecue solo parcialmente a los requerimientos exigidos en los pliegos, que son los mismos para todos los licitadores y los precisos para la obtención de los fines que con la adquisición del producto pretende obtener la Fundación.

Las características técnicas recogidas en el PPTP constituyen prescripciones de carácter obligatorio conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y 125.1 de la LCSP, cuyo incumplimiento debe suponer la exclusión del licitador, por ser las reglas de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definir sus calidades. Concretamente en los contratos de suministro fijan los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como 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 fijar el contenido de la relación contractual, correspondiendo al órgano de contratación su determinación, de acuerdo con lo establecido en el ya citado artículo 28 de la LCSP, y sin que quepa relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Este Tribunal no aprecia error en la evaluación técnica en lo que respecta al incumplimiento por la recurrente del del PPTP, tratándose además de una cuestión de carácter eminentemente técnico, en la que debe primar el principio de discrecionalidad técnica de la entidad contratante y presunción de acierto en sus informes, sin que este Tribunal por su formación jurídica cuente con conocimientos especializados en la materia que puedan oponerse a lo informado por los técnicos de la Fundación.

Por todo lo expuesto este Tribunal, estimando que se ha producido un incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos que regulan la contratación del suministro por parte del recurrente, y en aplicación del criterio consolidado de excluir las ofertas presentadas que no se adecuen a lo establecido en el PPTP, considera que procede desestimar el recurso presentado por Izasa de conformidad con lo previsto en los pliegos que rigen la contratación del suministro objeto de impugnación, así como en lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Izasa Scientif S.L.U., contra la exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de microscopio de fluorescencia multidimensional invertido de campo ancho con módulo de medición de flujo de calcio (340/380 nm) para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente FIB 2021/009 de la Fundación

Investigación Biomédica Hospital Universitario 12 Octubre, adoptada por la Comisión de evaluación de la Fundación el 22 de julio de 2021.

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 del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro, adoptada cautelarmente por este Tribunal el 19 de agosto de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 59.1 de la LCSP.