



Recurso nº 35/2011

Resolución nº 36/2011

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

En Madrid, a 13 de Julio de 2011

VISTO el recurso interpuesto por Don J.I.Z. en representación de la empresa Horiba ABX Ibérica sucursal en España de Horiba ABX, S.A.S. presentado ante el órgano de contratación el día 17 de junio de 2011, formulando recurso especial contra la adjudicación del lote número 6, del contrato PACP 2011-1-30 para “Suministro de Reactivos para Bioquímica General e Inmunoquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, el Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución de 14 de febrero de 2011, de la Dirección Gerencia del Hospital, órgano de contratación por delegación 29/2010, de 13 de octubre, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, se aprobó el expediente de contratación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios para adjudicación del contrato PACP 2011-1-30 para “Suministro de Reactivos para Bioquímica General e



Comunidad de Madrid

Inmunoquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, autorizado por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria el 28 de enero de 2011.

Segundo.- El órgano de contratación remitió el recurso especial en materia de contratación formulado por la empresa Horiba ABX Ibérica Sucursal en España de Horiba ABX, S.A.S, contra la adjudicación del lote número 6, en el que solicita la revisión de la valoración otorgada a la empresa respecto de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor y en la que resulto excluida por no alcanzar el mínimo exigido, y solicita la anulación de la adjudicación.

Con el escrito de interposición del recurso el órgano de contratación remitió el expediente de contratación que tuvo entrada el 21 de junio de 2011 en el Tribunal. El expediente es ampliado con el informe preceptivo el día 24 de junio de 2011 y el día 5 de julio el órgano de contratación remitió documentación complementaria.

Tercero.- Recibido el expediente, el Tribunal con fecha 5 de julio de 2011, concedió plazo de cinco días hábiles para alegaciones a los interesados en el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316.3 de la ley LCSP.

Finalizado el plazo se han recibido alegaciones de la Empresa Siemens Healthcare Diagnostic SL que resultó adjudicataria y que reitera lo manifestado por el órgano de contratación en cuanto al error en un cuadro de valoración remitido y acompaña los informes de valoración con los cuadros de 5 de abril y de 11 de abril y el informe de 20 de junio de Director de Gestión del Hospital.

Igualmente en cuanto que solo Siemens cumplía la característica de los equipos de doble lectura para serie blanca mediante laser y citoquímica por método peroxidasa, manifiesta que el pliego describía las características mínimas por lo que las empresas podían incluir en sus ofertas equipos con características similares siempre que el nivel de tecnología fuera igual o superior al descrito.



Comunidad de Madrid

Cuarto.- El Tribunal acordó el día 7 de julio de 2011 mantener la suspensión de tramitación del expediente de contratación

Quinto.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP) y Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El anuncio de licitación fue publicado en DOUE el 15 de febrero de 2011, en el BOE de 24 de febrero de 2011 y BOCM de 25 de febrero de 2011.

La cláusula 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares remite al Anexo I apartado 8 donde establece los criterios de adjudicación de los que corresponden 60 puntos al criterio precio mediante la aplicación de la fórmula que se transcribe, 10 puntos al criterio de dotación también evaluable mediante fórmula y 30 puntos a criterio de valoración técnica en base a lo siguiente: *“Método operatividad compatibilidad y conectividad; Ratios cumplimiento de normas y recomendaciones académicas; Calidad del producto (del sustrato, del soporte) Calidad del aparato y/o sistema de simplicidad, manipulación prestaciones, conexiones, funcionamiento, manteniendo resistencia y características técnicas Se tendrá en cuenta para su valoración, también las condiciones establecidas específicamente en el punto 3.2 del pliego de prescripciones técnicas”*.

El punto 3.2 del pliego de prescripciones técnicas contiene las características técnicas mínimas que deben reunir los equipos, respecto de cada lote y referido al lote número 6, sobre analizador de hematología relaciona 17 características.



Comunidad de Madrid

El pliego de cláusulas administrativas establecía que para pasar a la siguiente fase de valoración, los criterios correspondientes a valoración técnica debían obtener un mínimo del 50% de la puntuación asignada a estos criterios.

Sexto.- En el recurso la empresa Horiba ABX Ibérica Sucursal en España de Horiba ABX, S.A.S, alega que ha recibido la notificación de la adjudicación el día 1 de junio de 2011 y con ella se le ha remitido un cuadro con la puntuación del Lote número 6 efectuado por la Jefa del Servicio de Bioquímica que sirve de base a la valoración por la Mesa de Contratación y en este documento observa que la puntuación de la empresa Siemens que ha resultado adjudicataria obtiene la misma valoración que Horiba, por lo que debería haber sido igualmente excluida por no alcanzar la puntuación exigida en el pliego. Acompaña el cuadro en el que resultan todas las empresas con la misma valoración.

Igualmente alega que la doble lectura para la serie blanca con laser y citoquímica por método de peroxidasa, que han de cumplir los equipos, es una característica que solo cumple Siemens lo que supondría una situación privilegiada en la que resulta vulnerado el principio de igualdad ya que no se puede incluir una característica técnica que solo cumple una firma comercial y el método de peroxidasa es específico de la casa Siemens.

Solicita la suspensión de la tramitación del expediente de contratación que se anule la resolución de adjudicación y se declare desierta la adjudicación de lote 6.

Séptimo.- En el informe del órgano de contratación, relativo al recurso especial, comunica al Tribunal que con fecha 8 de abril de 2011 la Mesa de contratación hizo público el informe de valoración de la documentación técnica de la empresas presentadas al Lote numero 6, correspondiente a los criterios evaluables mediante juicio de valor en la que resultaron excluidas, entre otras, la empresa Horiba ABX Ibérica.



Comunidad de Madrid

La Mesa de Contratación en su reunión de 10 de mayo de 2011 formula propuesta de adjudicación y el Director Gerente mediante Resolución de 31 de mayo de 2011 resuelve la adjudicación, en la que relaciona las empresas que han resultado no adjudicatarias y las excluidas, notificándose a la empresa recurrente el día 1 de junio de 2011.

En la notificación de la adjudicación incluye un cuadro firmado por la Jefe del Servicio de Bioquímica sin fechar y en el que aparecen todas las empresas con la misma valoración que no alcanza el mínimo exigido en los pliegos para superar la primera fase.

Octavo.- La empresa interpone el recurso especial el día 17 de junio de 2011, ante el órgano de contratación.

Noveno.- El órgano de contratación en el informe del Director de Gestión de 20 de junio de 2011, que remite al Tribunal, informa que respecto del lote 6 se había interpuesto recurso especial por la empresa Roche contra la valoración efectuada a su oferta y que el órgano de contratación considerándose competente resolvió el recurso especial mediante Resolución de 13 de mayo de 2011 y lo notificó a las empresas que habían concurrido al citado lote 6, concediéndoles trámite de alegaciones.

En la documentación remitida a la empresa Horiba sobre la resolución del citado recurso se acompañaba el informe justificando la valoración de los lotes 1 al 4 y 6 pero se unía un cuadro relativo al lote 6 con puntuación errónea. La propuesta de valoración correcta según manifiesta es la que sirvió a la Mesa de Contratación para la valoración de fecha 5 de abril y la presentada el 11 de abril a la Mesa, en base a la cual ésta en su reunión de 10 de mayo de 2011 realizó la propuesta de adjudicación.

En el expediente consta la justificación de la puntuación asignada a los lotes 1 al 4 y 6. y las actas de la mesa de contratación de 8 de abril y 10 de mayo que en



Comunidad de Madrid

base a los informes de la valoración efectuados por la Jefe del Servicio de Bioquímica se asignaban 14 puntos a la empresa recurrente y 30 puntos a la que resulto adjudicataria.

En cuanto al fondo del recurso consta igualmente la Resolución de 13 de mayo de de 2011, del órgano de contratación resolviendo el recurso interpuesto por Roche, que fue remitida a los licitadores mediante correo electrónico el 18 de mayo.

En esta Resolución se van analizando los puntos del informe de valoración, a los distintos lotes y, entre otros, se refiere a la valoración de la característica correspondiente a la doble lectura del lote número 6, aclarando que esta tecnología no se exigía en el pliego de prescripciones técnicas, sino la realización del conteo de hematíes, leucocitos y plaquetas valorándose las distintas tecnologías aplicadas y señala que *“Esta valoración de tecnologías lleva a que se sepa que la no utilización de la lectura por difracción de luz laser, sino por impedancia, no permite diferenciar poblaciones por volumen y concentración perdiendo calidad a la hora de diagnóstico, los citogramas que se obtienen.”*, continua aclarando *“ que la doble lectura para la serie blanca por método de peroxidasa aumenta la calidad de conteo y de la diferenciación celular, facilitando la acreditación de la hematimetría”*, y añade: *“la actividad peroxidasa de las células leucocitarias permite la discriminación entre la celularidad blástica mieloide y linfoide aportando una información de extrema relevancia para el diagnóstico y tratamiento. Además presenta otras ventajas asociadas”* y seguidamente relaciona otra serie de ventajas en términos científicos.

Décimo.- El licitador recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 314.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso aunque el anuncio remitido por el órgano de contratación no aparece registrado.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Horiba ABX Ibérica sucursal en España de Horiba ABX, S.A.S., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación, en el marco de un contrato de suministro dividido en lotes, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 310 LCSP.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal fijado en el artículo 314.2 a) de la Ley de Contratos del Sector Público, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 31 de mayo de 2011, practicada la notificación el día 1 de junio, y presentado el anuncio de interposición el día 3 de junio y el recurso, el 17 de junio de 2011.

Tercero- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso éste se ha interpuesto contra la adjudicación del lote número 6 por considerar que la empresa fue excluida indebidamente por la valoración otorgada a su oferta.

En primer lugar alega que debería haberse excluido a la empresa que ha resultado adjudicataria en virtud de un informe de valoración en el que todas las



Comunidad de Madrid

empresas obtenían la misma puntuación que no alcanzaba el mínimo exigido según un cuadro de valoración que aparece firmado sin fechar.

Respecto de esta alegación el órgano de contratación informa que se trató de un error de transcripción y que los informes correctos fueron hechos públicos en las reuniones de la Mesa de contratación de 8 de abril y de 10 de mayo, en esta última elevando propuesta de adjudicación con la puntuación que aparece en los mismos, distinta a la del informe erróneo, y en los que la adjudicataria obtiene la máxima puntuación.

Este Tribunal comprueba que en el expediente constan los informes de la Jefe del Servicio de Bioquímica de fechas 5 de abril y 11 de abril, que fueron presentados a la Mesa para la valoración de las ofertas, efectuada en las reuniones citadas de los días 8 de abril y en la de 10 de mayo en la que se propone la adjudicación, de lo que puede concluirse que el cuadro remitido con idéntica valoración para todas las empresas se debió a un error de transcripción.

En cuanto a la puntuación otorgada a la empresa recurrente, en el informe de 15 de junio de 2011, emitido conjuntamente por la Dirección de Gestión y por el Servicio de Bioquímica del Hospital, que consta en el expediente general que fue emitido para resolución del recurso especial interpuesto por otra de las empresas licitadoras a los lotes 1 al 4 y 6, de este contrato expresan, entre otros extremos, los argumentos y la valoración efectuada en su momento por la Mesa de Contratación.

En este informe se examinan los distintos puntos correspondientes a las alegaciones del recurso sobre la valoración de los aspectos técnicos y en relación con el lote 6, expresamente y sobre utilización de doble lectura para serie blanca, se manifiesta que no se exigía en exclusiva, realizando una extensa argumentación sobre la valoración de estas tecnologías que se recoge en la Resolución de 13 de mayo de 2011, del órgano de contratación resolviendo el recurso interpuesto por Roche contra la valoración, que fue notificada a las empresas licitadoras a dichos



Comunidad de Madrid

lotes, y en la que se acompañaba un cuadro fechado 5 de abril de 2011 con la valoración correcta como se expone anteriormente en la relación de los hechos.

La resolución del recurso especial y la documentación adjunta, compuesta de dos cuadros resumen, fue remitida a la empresa Horiba mediante correo electrónico constando su retransmisión el día 18 de mayo de 2011 aunque no la fecha de recepción.

Por otra parte hay indicios de que la empresa podría haber conocido la valoración correcta relativa al lote 6, ya que la Mesa de contratación el día 8 de abril hizo pública en la misma sesión la valoración de la documentación técnica correspondiente a los criterios valorables mediante juicio de valor de las ofertas relativas a los contratos PAPC 2011-1-31 y PAPC-2011-1-30 a los que había licitado la recurrente y la empresa Horiba con fecha 28 de abril interpuso recurso especial contra el acto de valoración técnica efectuada por la mesa de contratación el día 8 de abril de 2011 respecto del Lote 4 del contrato PAPC-2011-1-31(Suministro de reactivos de técnicas varias).

Todo lo anterior debería conducir a computar el plazo de presentación del recurso desde dicho día (8 de abril de 2011), sin embargo, al no constar en el expediente la asistencia de la empresa recurrente al acto público mencionado, se ha dado trámite al recurso interpuesto contra la adjudicación del Lote 6, si bien su motivo es la valoración que se dio a la oferta correspondiente a dicho lote.

Quinto.- Sobre las alegaciones referidas a la puntuación respecto de la doble lectura de serie blanca el Tribunal debe remitir por la especialidad de la materia a lo que la Doctrina y Jurisprudencia admiten en relación con los informes de especialistas y la discrecionalidad técnica.

En este sentido se recoge lo sentado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto



Comunidad de Madrid

reconoce “ *la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos* “ y continúa: “*la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado.*”

Las Sentencias del mismo Tribunal Constitucional, 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo, sostienen que la existencia de discrecionalidad técnica no supone desconocer derechos a la tutela judicial efectiva ni el principio de sometimiento pleno de la Administración Pública 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, pero reconocen que no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos con fines determinados como ocurre “ *en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico formulado por un órgano especializado de la Administración*”

La doctrina jurisprudencial sentada entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2003, (RJ/2003/4413) refiriéndose a un acuerdo de adjudicación de un concurso y los criterios de valoración aplicados manifiesta que se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones solo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción “*iuris tantum*”, salvo que esta quede desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error debidamente acreditado por parte del que lo alega.

En este caso, la motivación resulta expuesta de forma precisa en el informe,



Comunidad de Madrid

de 15 de junio de 2011, sobre la característica de la doble lectura para serie blanca que motiva la mayor puntuación concedida a la adjudicataria y de la que resulta que la Administración ha seleccionado esta oferta considerando el interés público perseguido sin vulnerar la legalidad, optando por la oferta que en su conjunto ha considerado más ajustada a las condiciones del pliego.

Sexto.- En cuanto a la alegación señalando que la doble lectura para la serie blanca con laser y citoquímica por método de peroxidasa es una característica que solo cumple la adjudicataria Siemens por lo que considera que resulta vulnerado el principio de igualdad.

La Resolución del órgano de contratación de 13 de mayo y el informe de 15 de junio de 2011, emitido conjuntamente por la Dirección de Gestión y del Servicio de Bioquímica del Hospital, en cuanto a la doble lectura, aclara que esta tecnología no se exigía en el pliego de prescripciones técnicas sino la realización del contaje de hemátíes, leucocitos y plaquetas valorándose las distintas tecnologías aplicadas. y señala las ventajas que se obtienen por este sistema que se transcriben en la exposición de los hechos que motiva la mayor valoración de la empresa que resulta adjudicataria.

Sobre el principio de igualdad la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517) manifiesta que no basta con alegar la desigualdad sino que es preciso justificar como se ha producido.

En relación con el principio de igualdad de trato la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, manifiesta que *“el hecho de que solo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los requisitos aplicados por dicha entidad para determinar la oferta más ventajosa económicamente no puede por sí solo constituir una violación del principio de*



igualdad de trato”.

En consideración con lo anterior, en el presente caso este Tribunal considera que el informe técnico emitido sobre la valoración de la oferta en relación con la característica de la doble lectura de la serie blanca no ha incurrido en arbitrariedad ni ha vulnerado el principio de igualdad ya que todas las ofertas han sido valoradas con los mismos criterios y en relación con el Lote 6 la valoración ha sido motivada de manera justificada.

Tampoco se considera que la resolución del órgano de contratación adjudicando el contrato haya incurrido en desviación de poder ya que el ejercicio de sus potestades no ha sido dirigido a fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311.2 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Horiba ABX Ibérica sucursal en España de Horiba ABX,S.A.S. contra la adjudicación del lote número 6, del contrato PACP 2011-1-30 para “Suministro de Reactivos para Bioquímica General e Inmunoquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, efectuada por Resolución de 31 de mayo de 2011 del Director Gerente, por considerarla ajustada a derecho.

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



Comunidad de Madrid

en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 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 319 LCSP.