

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don A.P.B., en nombre y representación de VWR INTERNACIONAL EUROLAB, S.L., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, de 18 de junio de 2015, por la que se adjudica el contrato “Adquisición de reactivos para el Instituto de Genética Médica Molecular”, nº de expediente: 2014-0-50, lote 4, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 24 y 28 de enero de 2015, se publicó respectivamente en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de suministro de reactivos para el Instituto de Genética Médica Molecular del Hospital La Paz, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El contrato tiene un valor estimado de 1.302.043,75 euros, un plazo de ejecución de veinticuatro meses y se divide en ocho lotes, de los cuales solo es objeto de recurso la adjudicación del lote 4, “reactivo para limpieza de impurezas y contaminantes en reacciones de PCR imprescindibles para la posterior secuenciación automática.”

Interesa destacar que de acuerdo con la cláusula 1.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) el objeto del lote 4, “Reactivo para limpieza de impurezas y contaminantes en reacciones PCR imprescindible para la posterior secuenciación automática”, debía cumplir con las siguientes características: “*Tipo de envase solicitado: 500 reacciones. Kit para realización de todo el proceso en un único paso*”.

A la licitación convocada para el lote 4 se presentaron 4 licitadoras entre ellas, la recurrente. Consta en el informe de valoración técnica respecto del producto ofertado por la adjudicataria, ref. NM.ESX-500, que cumple las prescripciones técnicas.

Una vez valoradas las ofertas realizadas por cada una de las licitadoras, el 18 de junio de 2015, se dicta Resolución de adjudicación del contrato a la empresa, Diagnóstica Longwood, S.L. lo que se comunica a la recurrente mediante notificación remitida el 26 de junio siguiente.

Segundo.- Con fecha 24 de julio de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 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) el 21 del mismo mes, se presentó recurso especial ante este Tribunal, que ese mismo día requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente y el informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el recurso, se solicita que se anule la decisión de adjudicación del Lote 4, que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior de la realización de la valoración de los criterios de adjudicación, no procediendo a valorar aquellas propuestas que no cumplan con las prescripciones técnicas aprobadas, al incumplir el producto ofertado por la adjudicataria las exigencias del PPT. En concreto aduce que el kit ofertado está compuesto por las dos enzimas Exonucleasa I y Fosfatasa alcalina, separadas en dos tubos, tal y como se indica en el protocolo aportado por

dicha empresa junto con su oferta, lo que implica que el producto ofertado por Diagnostica Longwood, S.L., la adjudicataria del contrato, necesita dos pasos de pipeteo, y no uno, como se solicitaba en los pliegos.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, que tuvo entrada en este Tribunal junto con el expediente administrativo el día 3 de agosto de 2015, indica que previa petición recibida el día 9 de julio se da acceso a la misma al expediente el 16 de julio siguiente a conveniencia de la recurrente, por lo que solicita la inadmisión del recurso por extemporaneidad.

Asimismo, afirma que la oferta presentada por la empresa Diagnostica Longwood, S.L. cumple perfectamente con las prescripciones técnicas requeridas en el pliego, en cuanto que se realiza el proceso en un solo paso, aunque para la preparación del reactivo sea necesario la mezcla de dos enzimas, ello no impide la purificación en un único paso solicitado en los pliegos, puesto que hay que tener en cuenta que puede haber reactivos que no favorecen la purificación o limpieza en un solo paso y requieren técnicas añadidas como la aplicación de columnas de purificación o centrifugados adicionales, ese tipo de reactivos es lo que se pretendía evitar en la concurrencia y que no llegaron a presentarse, razón por la cual todas las empresas cumplieron con las especificaciones técnicas.

Tercero.- Con fecha 29 de julio, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días para formular alegaciones, habiéndose recibido escrito de alegaciones de la adjudicataria en las que de forma comparativa con el producto de la recurrente y aportando los protocolos originales del mismo afirma que la ejecución de la técnica de purificación de productos de PCR

se hace con 1 único paso (sin necesidad de pasos de lavados, centrifugaciones, filtraciones, etc.) con cualquiera de los dos productos. Es decir, la reacción se produce tras una sola intervención, o un solo paso. Explica asimismo que la recurrente pretende confundir la presentación comercial de los reactivos en dos tubos con su utilización en el montaje de la reacción, no siendo la forma de presentación óbice para que la técnica de análisis se realice en un paso, como exigen los pliegos, ya que la mezcla de las dos enzimas se hace una sola vez antes de la primera utilización del kit, sin comprometer la estabilidad del producto como se garantiza en el protocolo que aporta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto 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.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 (...)”*.

Habiéndose producido la remisión de la notificación de la Resolución de adjudicación a la recurrente el día 26 de junio de 2015 y siendo interpuesto el recurso el día 24 de julio, de acuerdo con lo expuesto y sin atender a otro tipo de consideraciones, procedería declarar la extemporaneidad y consiguiente inadmisión del recurso. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que fecha 7 de julio se solicitó por la recurrente acceso a la documentación integrante del expediente administrativo, lo que no tuvo lugar hasta el día 16 del mismo mes, (según indica el órgano de contratación a conveniencia de la empresa concretándose la cita por teléfono) una vez ya transcurrido el plazo para la interposición del recurso que concluía el día 14 anterior.

Como ha señalado este Tribunal, entre otras en su Resolución 169/2014, de 1 de octubre, el recurso especial en materia de contratación es un recurso administrativo que presenta como características ser de carácter precontractual, rápido y eficaz, con el objeto de permitir la adopción de una resolución sobre una decisión ilegal con anterioridad a la perfección del contrato. A ello cabe añadir que con carácter general el plazo de interposición del recurso es improrrogable, siendo un presupuesto de buena ordenación del procedimiento y una garantía esencial de seguridad jurídica.

Siendo el acto de adjudicación el acto recurrible, en el cual se puede invocar cualquier defecto de tramitación o que afecte a los actos de trámite no susceptibles de recurso, es posible que sea necesario el examen del expediente para poder invocar dichos defectos. A veces el conocimiento de las características de la proposición puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

La posibilidad de acceso al expediente es un trámite no previsto en la regulación del recurso especial. Sin embargo tal derecho, además de por la normativa general de procedimiento administrativo y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que

también regula su ejercicio, viene amparado, en el ámbito de la contratación pública, por el principio general de transparencia y por el derecho efectivo a la interposición de un recurso fundado cuyo ejercicio debe ser garantizado.

La concesión del acceso al expediente en los últimos días del plazo de interposición del recurso o una vez transcurrido este supondría la vulneración del derecho al recurso, pero por otra parte, el carácter improrrogable de aquél determinaría que no deba computarse de nuevo el plazo de interposición, una vez concedido el acceso, pues ello supondría la indeterminación del plazo de interposición del recurso especial, que a su vez impide que el órgano de contratación conozca la fecha final del efecto suspensivo anejo a la interposición del recurso contra la adjudicación y originaría una disparidad de plazos según la fecha de acceso de cada uno de los interesados.

Este Tribunal en el caso de recursos interpuestos en plazo en los que se solicita el acceso al examen del expediente, viene reconociendo el derecho de acceso, ampliando el plazo de presentación del recurso de forma expresa de manera que se garantiza, de una parte la interposición dentro del plazo suspensivo de un recurso contra la indefensión que tal situación produce y de otra parte el derecho a un recurso contra la cuestión de fondo.

La jurisprudencia de Unión Europea señala que el plazo suspensivo de la perfección del contrato cuando cabe recurso contra los contratos sujetos a regulación armonizada debe facilitar el tiempo suficiente para que los licitadores afectados puedan examinar la decisión de adjudicación y valorar si es procedente el recurso (sentencia del TGUE de 9 de septiembre de 2010, asunto T-387/08, Evropaïki Dynamiki-Proigmena) y asimismo reconoce su carácter preclusivo. La posibilidad de interponer recurso después de transcurrido el plazo de caducidad supone admitir que los órganos de contratación no conocerán si se ha presentado recurso durante el plazo suspensivo de la formalización. Por tanto, podrán llegar a la perfección del contrato sin tener la información suficiente para valorar la

permanencia o levantamiento de la suspensión automática. Para el recurrente implicaría la posibilidad de formular recurso una vez transcurrido el pazo suspensivo, es decir sin las garantías de las medidas provisionales que avalen una resolución eficaz.

La regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a la Directiva 89/665/CEE en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento y del Consejo. A este respecto, procede recordar que el artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. De ello resulta que el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Universale-Bau*, dictada en el asunto C-470/99, apartado 78 y sentencia de 28 de enero de 2010, en el asunto *Uniplex*, C-406/08, apartado 32 y la STJUE de 8 de mayo de 2014, dictada en el asunto C-161/13).

De acuerdo con lo anterior, en el mismo sentido que lo han interpretado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, este Tribunal considera que siempre y cuando el recurso se base en lo examinado en el expediente por tratarse de cuestiones no reflejadas en la resolución notificada,

procede la interrupción del plazo de interposición del recurso desde la fecha de solicitud hasta la puesta a disposición del expediente en que se reanuda.

De esta forma habiéndose solicitado el acceso al expediente el día 7 de julio, aunque el órgano de contratación lo recibió el día 9, dentro del plazo de interposición del recurso, y habiendo tenido lugar el mismo el día 16, el plazo de interposición del recurso debe entenderse interrumpido 8 días, concluyendo por tanto el día 24 de julio en que se presentó el recurso.

Cuarto.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de suministro, sometido a regulación armonizada al ser su valor estimado de 1.302.043,75 euros y por lo tanto susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Respecto del fondo del asunto, se concreta en determinar si el producto ofertado por la adjudicataria cumple las exigencias del PPT.

Con carácter previo cabe señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*. El órgano de contratación tiene derecho a determinar el tipo de material que desea utilizar. Como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP. Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1996 cuando señala que *“...las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre competencia...”*.

Además, como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, debemos en todo caso partir del carácter vinculante de los pliegos que establece el artículo 145 del TRLCSP para los licitadores cuando señala que: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, obligación que como es obvio, también es predicable respecto del órgano de contratación.

La exigencia cuyo cumplimiento se cuestiona es la relativa al Kit para realización de todo el proceso en un único paso, adjuntando para acreditar tal circunstancia el protocolo de utilización del producto aportado por la adjudicataria, y el protocolo de utilización del producto de la recurrente (ambos en inglés y sin traducir).

Por su parte el órgano de contratación en su informe preceptivo, considera que la recurrente parte de un error de interpretación del PPT se refiere a la limpieza de impurezas y contaminantes en reacciones de PCR, de una sola vez sin necesidad de técnicas adicionales para la correcta purificación, siendo intrascendente si se mezclan dos o más reactivos. Del mismo modo la empresa adjudicataria en su escrito de alegaciones pone de manifiesto la diferencia entre la presentación de las dos enzimas (que también están presentes en el producto de la recurrente), del protocolo de utilización de los productos que se verifica una vez mezcladas las mismas, en un solo paso.

El PPT exige el producto presentado permita la realización de todo el proceso de limpieza en un único paso, lo que a juicio de este Tribunal y a la vista de las explicaciones del órgano de contratación, no se ve comprometido por la circunstancia de que la limpieza deba hacerse mezclando dos productos, puesto que el proceso se realiza sin otra operación adicional y con carácter previo a la utilización

del kit. Tampoco se observa oscuridad en los pliegos en este sentido. Por lo tanto la decisión del órgano de contratación se revela ajustada a derecho, sin que se aprecie error, arbitrariedad o cualquier otra circunstancia que enervara la discrecionalidad técnica que le es dada en la valoración de las ofertas.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don A.P.B., en nombre y representación de VWR INTERNACIONAL EUROLAB, S.L., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V de 18 de junio de 2015, por la que se adjudica el contrato “Adquisición de reactivos para el Instituto de Genética Médica Molecular”, nº de expediente: 2014-0-50, lote 4.

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.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 29 de julio de 2015.

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 TRLCSP.