

Recurso nº 201/2015
Resolución nº 203/2015

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don S.R.L., en nombre y representación de Dako Diagnósticos S.L.U., contra el acuerdo de la Mesa de contratación por el que se la excluye de la licitación del lote 1 del contrato “Suministro de fungibles y reactivos para inmunohistoquímica, citología de líquidos screening, tipaje identificación de HPV, proteína oncogénica de HER-2 y estudio de la metástasis del ganglio centinela para el laboratorio de Anatomía Patológica, del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, Expediente número 150/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de agosto de 2015 se publicó en el DOUE, el 6 de agosto en el BOE, y el 2 de agosto en el BOCM, el procedimiento de licitación del contrato de suministro mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, dividido en 5 lotes, correspondiendo el lote 1 a sistema de detección supersensitivo para inmunohistoquímica automatizada. El valor estimado del contrato es de 2.055.138,12 euros.

El día 5 de noviembre de 2015, y a tenor del contenido del informe técnico, la Mesa de contratación adopta el acuerdo de excluir del procedimiento la oferta presentada por Dako Diagnósticos S.L.U. (en adelante Dako).

Segundo.- El 6 de noviembre de 2016, se notifica a Dako la exclusión del lote 1 por el siguiente motivo:

“La oferta especifica los diferentes equipos informáticos que se suministrarían y sus características técnicas, en dichas características se especifica que dichos equipos soportan Windows 7, tampoco se hace alusión en su documento técnico a ningún sistema de alimentación ininterrumpida.

La solución ofertada no corresponde con lo solicitado, no cumpliendo las características técnicas requeridas en el ANEXO II en los siguientes puntos: No soportar los equipos informáticos ofertados la plataforma Windows 8.1 y no ofertar unidades de alimentación ininterrumpida SAI para los equipos como los inmunoteñidores. No cumple las características técnicas especificadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas ANEXO II”.

Tercero.- El 23 de noviembre tuvo entrada en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Dako en el que mantiene que cumple estrictamente con los dos requisitos en base a los cuales se fundamenta la exclusión y solicita que se anule la Resolución de la Mesa de contratación por la que se procede a su exclusión y se ordene la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la valoración de las ofertas.

El 25 de noviembre 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).

Cuarto.- 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 escrito de Roche Diagnostics que alega que si bien Dako declara en su Tabla resumen de requisitos básicos y declaración de cumplimiento que cumple para el lote 1 con los requisitos, lo cierto es que en la obligada evidenciación de esos cumplimientos, que es la que corresponde a la Mesa verificar para no fiar el ejercicio preceptivo de su apreciación al mero crédito de la declaración de los licitadores, es donde no demuestra o incluso aporta datos contradictorios de esos presuntos cumplimientos. Es evidente que cada elemento del sistema ofertado debe operar en Windows 8.1 para ofrecer una plataforma uniforme, integrada y funcionalmente consistente.

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 por persona legitimada para ello, 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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de noviembre de 2015, practicada la notificación el 6

de noviembre, e interpuesto el recurso el día 23, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco 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.- El motivo de recurso es el desacuerdo con la exclusión por incumplimiento de las prescripciones técnicas. Según la recurrente toda vez que Dako garantizaba el cumplimiento de los criterios técnicos debe entenderse que la exclusión incurre en un error material o que en la valoración técnica se han aplicado criterios discriminatorios respecto de la otra licitadora.

En cuanto al motivo consistente en utilización de criterios discriminatorios respecto de la otra licitadora, afirma la recurrente que Roche no detalla las especificaciones de los equipos informáticos aportados, sus características técnicas y especificaciones y limitaciones del sistema operativo en que pueden funcionar a diferencia del detalle presentado por Dako. No obstante lo cual, el informe técnico da por buena la declaración de cumplimiento de Roche, si bien en alguno de los productos informáticos el sistema operativo cargado por fábrica es Windows 7. No se entiende que no se acepte la declaración de Dako pero sí la de Roche.

En el último párrafo de las características técnicas correspondientes al lote 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), se indica que se deberá cumplir con los requisitos informáticos que figuran como Anexo II del mismo. En este sentido, en dicho Anexo II, entre otros requerimientos, se solicita: Unidades de alimentación ininterrumpida SAI para equipos como los inmunotéñidores y que los sistemas informáticos aportados por el adjudicatario deberán correr en la plataforma Windows 8.1.

Procede analizar los dos motivos de exclusión basados en incumplimientos de las prescripciones técnicas del PPT:

A. No ofertar unidades de alimentación ininterrumpida SAI para los equipos como los inmunoteñidores.

La memoria técnica de Dako comienza con una declaración de la licitadora denominada “*tabla resumen de requisitos básicos expedientes y declaración de su cumplimiento*”, donde en una columna relaciona las características técnicas solicitadas al lote 1 y en la otra columna indica que “*cumple*”.

En la página 4 de la Memoria Técnica se declara: “*Unidades de alimentación ininterrumpida SAI para equipos como los inmunoteñidores: cumple*”.

En el epígrafe 7 “*Trazabilidad*”, página 37, de la Memoria Técnica presentada por Dako se indica que los componentes de hardware incluidos son:

“• *Unidades de alimentación ininterrumpida SAI para equipos como inmunoteñidores*”.

En el epígrafe 2 “*Equipamiento*”, página 46, de la Memoria Técnica presentada por Dako, al describir las características técnicas se detalla:

“• *Incluye un dispositivo para control de interrupciones en el suministro eléctrico (SAI).*”

En el epígrafe “*Descripción del Hardware a instalar por DAKO*”, no se encuentran detallados los equipos de alimentación ininterrumpida SAI, tampoco en la Sección 9 sobre Recursos Materiales, ni en el resto del documento, se hace mención alguna a dotación de equipos de alimentación ininterrumpida SAI.

B. No soportar los equipos informáticos ofertados la plataforma Windows 8.1.

La “*tabla resumen de requisitos básicos expedientes y declaración de su cumplimiento*”, presentada por Dako declara: “*Los sistemas informáticos aportados por Dako corren en la plataforma Windows 8.1: cumple*”.

En el epígrafe 7 “*Trazabilidad*”, página 37, se detalla: “*Dako garantiza asimismo las distintas actualizaciones del sistema durante el tiempo de adjudicación. Todos los sistemas aportados por Dako funcionan en la plataforma Windows 8.1*”.

En el documento presentado por Dako, denominado “*Proyecto TPID Bidireccional H.U. Gregorio Marañón*”, es decir, en el proyecto individualizado para el Hospital que presenta la empresa, constan, los diferentes equipos informáticos que se instalarían y sus características técnicas, especificando que dichos equipos soportan Windows XP Profesional o Windows 7 (folios 80, 81 y 82 documentación técnica de Dako).

En el epígrafe “*Descripción del Hardware a instalar por DAKO*”, figura que los equipos informáticos ofertados están dotados de sistemas operativos Windows XP Profesional y Windows 7.

Según la recurrente la declaración sobre cumplimiento de las condiciones técnicas sería suficiente y si bien en otros apartados de la memoria técnica figuran cuadros resumen donde algunos puestos informáticos se mencionan con sistemas distintos a Windows 8.1, en estos casos debe entenderse siempre que se trata de los sistemas operativos a partir de los cuales dichos sistemas son capaces de funcionar, sin que ello contradiga las afirmaciones de las páginas 4 y 37 de la memoria.

Afirma el órgano de contratación en su informe al recurso que admitir dicha tesis, supondría que la Administración, en cualquier procedimiento de contratación, y ante un incumplimiento de las prescripciones y necesidades técnicas a satisfacer definidas o contenidas en el PPT como se produce en este caso, deba suplantar la

voluntad del licitador, e interpretando su oferta técnica, la aceptara, adivinando una supuesta intención del licitador sobre el cumplimiento del contrato, cuando lo cierto es, que del análisis de la documentación aportada, su oferta no cumple los requisitos técnicos exigidos en el PPT.

Expuesta la documentación que fue presentada como oferta técnica y la interpretación que ambas partes hacen de la misma, procede analizarla en relación a cada uno de los dos motivos de recurso.

Previamente cabe recordar, como ha indicado este Tribunal en múltiples resoluciones, la conocida y reiterada jurisprudencia que declara que los pliegos reguladores del contrato (PCAP y PPT), conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido, e igual obligación se deriva para los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Respecto a los licitadores, supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, y en este caso presentar su oferta conforme a los requisitos técnicos contenidos en el PPT y que en caso de no hacerlo puedan ser excluidos de la licitación.

En cuanto a la existencia de error material en la valoración debido a que consta expresamente en la declaración formulada por Dako el cumplimiento de los requisitos exigidos, procede desestimar el motivo de recurso dado que la declaración no es acreditativa del requisito y la misma debe estar soportada por la documentación adjunta que lo confirme. Como hemos visto existe una declaración genérica de cumplimiento que se contradice con otra documentación que conforma

la oferta técnica. El informe técnico ha examinado y tenido en cuenta no solo lo declarado, sino toda la documentación aportada y ha encontrado discrepancias, por ello independientemente de las consecuencias que a éstas se pueda achacar, no puede apreciarse que exista error material en la valoración.

En relación al motivo de incumplimiento relativo al sistema de alimentación ininterrumpida SAI, cabe concluir que en la Memoria Técnica de Dako (pág. 4, 37, y 46), se hace referencia a las “*unidades de alimentación ininterrumpida SAI*” para equipos como los inmunoteñidores, si bien en ese mismo documento (folios 40, 41 y 42) se relacionan los equipos a instalar, bajo el epígrafe “*Descripción del Hardware a instalar por DAKO*” y no se encuentran detallados los equipos de alimentación ininterrumpida SAI. Pero no figura ningún documento donde se niegue de forma expresa que el equipamiento a aplicar utilice dicho mecanismo. Por tanto, de la omisión en la relación que se incluye al describir el hardware no puede concluirse que se produzca un incumplimiento. Sin perjuicio de la posibilidad de aclaración, esta omisión se ha producido también en la oferta de la otra licitadora y el principio de igualdad de trato implica la misma consecuencia, ambas deben admitirse.

En relación al otro motivo de incumplimiento, determinados epígrafes de la memoria técnica hacen constar que los sistemas aportados por Dako corren en la plataforma Windows 8.1, figurando en la “*Descripción del Hardware a instalar por DAKO*” que los equipos informáticos ofertados están dotados de sistemas operativos Windows XP Profesional y Windows 7. Nos encontramos con una tabla resumen que contiene una declaración genérica de cumplimiento de las condiciones técnicas, realizada por la propia recurrente y una documentación técnica que contiene afirmaciones que confirman y otras que contradicen lo anterior.

De los hechos expuestos, que reflejan el contenido de la oferta de Dako, solo puede constatarse, cierta disparidad interna de los distintos epígrafes que componen la memoria técnica en cuanto por una parte se declara que se utilizará el sistema operativo Windows 8.1, pero luego se relaciona en el equipamiento el Windows XP o

7. Ello supone que si no fuera posible integrar unos con el examen de los otros o que una aclaración no modificativa permita integrarlos en el conjunto de la oferta, eliminando los que sean erróneos, ello determinaría el rechazo de la misma por inconsistente.

La Mesa de contratación tiene la potestad de requerir a las empresas licitadoras las aclaraciones necesarias a su oferta, que deberán en cualquier caso ir dirigidas de forma clara y concreta a justificar el cumplimiento de los requisitos que precisen de dicha aclaración, y en todo caso sin que quepa por parte de las empresas licitadoras introducir modificación alguna sobre la oferta técnica ya presentada.

Sobre la posibilidad de aclaración y subsanación de la oferta presentada por la empresa Dako cabe recordar la doctrina y jurisprudencia al respecto.

El artículo 145.1 TRLCSP establece 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.” y el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante “RGLCAP”) indica respecto de las proposiciones de los interesados:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desecharla por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

El Tribunal rechaza una interpretación estricta que dé lugar a que se desestimen o no se valoren por omisiones o por errores, ofertas posiblemente ventajosas siempre que el órgano de contratación pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta.

En la aplicación de estos preceptos debe tenerse en cuenta que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el artículo 84 del RGCAP, más arriba trascrito, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo de este Tribunal).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, en el asunto C-599, admite que excepcionalmente los datos contenidos en la oferta puedan corregirse o completarse de forma puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que se produzcan meras aclaraciones por los candidatos, sin solicitar ni aceptar modificación alguna de la oferta. Continúa dicha Sentencia señalando que en el ejercicio de la facultad anteriormente expuesta debe tratarse a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de tal manera que al terminar el procedimiento pueda afirmarse que la petición de aclaraciones no benefició o perjudicó indebidamente a los candidatos que la recibieron.

Debe señalarse, no obstante, que la mencionada Sentencia recuerda que permitir que el poder adjudicador pida aclaraciones sobre imprecisiones en la oferta

entraña el riesgo de que se considere que el poder adjudicador ha negociado confidencialmente la oferta en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato.

Sobre la solicitud de aclaraciones, en aplicación de la jurisprudencia mencionada, este Tribunal se ha pronunciado en resoluciones como la 16/2014, de 22 de enero; la 180/2013, de 30 de octubre; la 102/2013, de 3 de julio, o la 98/2012, de 12 de septiembre, donde se considera la posibilidad de solicitar aclaraciones y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad antes de rechazar una oferta, así como el alcance que éstas pueden tener y la necesidad de que no impliquen modificación de los términos de la misma.

En relación a esta posibilidad de solicitar aclaraciones, señala el órgano de contratación que lo que pretende la empresa es modificar y cambiar su oferta técnica, circunstancia no contemplada en los supuestos de subsanación a que se refiere el artículo 81.2 del RGCPCLCAP.

Considera el Tribunal que la mención del equipamiento que se adscribirá a la ejecución de los trabajos forma parte de la oferta y en su dicción literal incumple el requisito de funcionar con la plataforma Windows 8.1. La posibilidad de pedir aclaraciones está limitada a supuestos en que no se aprecie oposición con el PPT, es decir cuando sea necesaria una explicación, justificación o información complementaria para asegurarse con precisión sobre lo ofertado, pero no puede suponer modificación o sustitución del equipamiento por otro para adecuarse a lo exigido. Aceptar la prevalencia de lo declarado en relación a que se cumplirá con la plataforma Windows 8.1 supondría obviar la relación sobre el equipamiento donde se describen con todo detalle la estación de trabajo, la pantalla táctil de microtomía, los ordenadores, etc. que se verían sustituidos por otros que no figuran en la oferta, circunstancia como hemos visto no admitida por la ley ni por la jurisprudencia.

Tampoco es admisible la pretensión de la recurrente de que tal declaración debe entenderse como que los equipos funcionan con el sistema operativo requerido (windows 8.1) admitiendo que la referencia al XP y 7 se pueda interpretar como compatibilidad con ambos, pues ello supone una modificación de lo explícitamente indicado en la oferta.

A este respecto se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 18/10, sobre “*Improcedencia de subsanar una deficiencia después de hecha la presentación de proposiciones*”, cuando declara que “*cabe indicar que el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato que, recogiéndolo el Derecho de la Unión Europea, consagran de forma explícita los artículos 1 y 123 de la ley de la LCSP (actual 1 y 139 del TRLCSP). El reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la ley*”.

Finalmente no puede admitirse el motivo consistente en desigualdad de trato con relación a la otra licitadora, pues al admitirse la suficiencia de su declaración de cumplimiento de la prescripción relativa a la plataforma windows 8.1, no se incurre en la contradicción con otra documentación puesto que la misma no relaciona el equipamiento concreto que adscribirá a la ejecución siendo su oferta aparentemente coherente, a diferencia de lo que hemos analizado respecto de la de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 don S.R.L., en nombre y representación de Dako Diagnósticos, S.L.U., contra el acuerdo de la Mesa de contratación por el que se la excluye de la licitación del lote 1 del contrato de “suministro de fungible y reactivos para inmunohistoquímica, citología de líquidos screening, tipaje identificación de HPV, proteína oncogénica de HER-2 y estudio de la metástasis del ganglio centinela para el laboratorio de Anatomía Patológica, del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, Expediente número 150/2016.

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.- 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.