

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don A.S.C., en nombre y representación de la empresa Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U., (en adelante Ortho) contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 14 de diciembre de 2016, por el que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación del lote 1, del contrato de “Suministro de reactivos para los laboratorios de bioquímica, hematología y microbiología del Hospital Central de la Cruz Roja”, número expediente HCCR 9/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8 de octubre de 2016, en el DOUE y 14 de octubre de 2016, en el BOCM y en el perfil del contratante, y 25 de octubre de 2016, en el BOE, se publicó la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en trece lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 1.888.086,23 euros.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en su apartado 4 establece, entre las características técnicas de los productos a suministrar, en concreto para el

lote 1, las siguientes:

“- Los reactivos deberán estar listos para su uso, sin preparación previa ni apertura manual, en presentación compacta en un solo paquete con identificación por código de barras de técnica, lote y paquete”.

A la licitación del lote 1 se presentaron dos empresas, una de ellas la recurrente.

Tercero.- El 14 de diciembre de 2016, se reunió la Mesa de Contratación en sesión en la que se acordó la exclusión de la recurrente a la vista de los informes técnicos emitidos por la responsable del laboratorio de Bioquímica, por incumplir el PPT en lo relativo a que *“Los reactivos deberán estar listos para su uso sin preparación previa ni apertura manual, en presentación compacta en un solo paquete con identificación por código de barras de técnica lote y paquete (pág. 18 del PPT). Hay reactivos ofertados que no cumplen el requisito, como Amikacina que a su vez suministra la empresa Thermo Scientific para su adaptación en canal abierto, lo que requiere apertura manual, trasvase del producto e identificación manual del paquete. En la ficha de seguridad aportada se recoge además lo siguiente: Precauciones para una manipulación segura. Se recomienda manejar este material en el Nivel 2 de Seguridad Biológica (BSL2) (...). Evite el contacto con los ojos, la piel y otras membranas mucosas. Lávese bien después de manipular este producto. Evite respirar los vapores y las gotitas del pulverizado”.*

El acuerdo de exclusión le fue notificado a Ortho el 20 de diciembre de 2016.

Cuarto.- Con fecha 30 de diciembre de 2016, se recibe en el órgano de contratación escrito de anuncio de recurso y el día 4 de enero de 2017, tuvo entrada en el Tribunal, el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de Ortho contra su exclusión del lote número 1.

El recurso alega la incorrecta exclusión de su oferta al lote 1 ya que cumple el requisito exigido por el PPT cuando, por el contrario, se ha admitido el producto de la

adjudicataria que lo incumple. Añade que Roche ha introducido documentación relativa a criterios objetivos de adjudicación en el Sobre 2-A y afirma que se está vulnerando el principio de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores. Por todo lo cual solicita la nulidad del acuerdo de exclusión, la retroacción de las actuaciones al momento en que debió valorarse en condiciones de igualdad su oferta y subsidiariamente que se proceda a excluir la oferta de la adjudicataria.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 11 de enero de 2017, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. En el informe se reafirma en la validez de la exclusión fundamentada en el informe técnico para la evaluación de los requisitos del PPT emitido el 12 de diciembre de 2016, por la Responsable del Laboratorio de Bioquímica.

Considera que la evaluación del cumplimiento de los requisitos del PPT de la empresa Roche a la vista del citado informe técnico es conforme a derecho ya que *“aunque no había criterios subjetivos se determinó que tenía que haber una valoración previa del cumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, y aquellas ofertas que no cumplieran el PPT, quedaban excluidas y no se podrían abrir los sobres económicos y los sobres 2-B”*.

En consecuencia, solicita la desestimación del recurso.

Sexto.- Con fecha 11 de enero de 2017, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación del lote 1.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal, el 12 de enero, se 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, transcurrido el plazo ha presentado alegaciones la empresa Roche de cuyo contenido se dará cuenta al analizar el fondo del asunto.

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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora excluida al lote 1 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. Está legitimada también para solicitar la exclusión de la otra licitadora puesto que la estimación del recurso le depararía el beneficio de ser adjudicataria, en el caso de ser admitida, o bien la declaración de desierto del lote.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que este se ha interpuesto contra el acto de exclusión de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

También interpone recurso contra la admisión de Roche, acto que no es susceptible de recurso especial. No obstante, en este caso al tratarse de dos licitadoras y puesto que incluso la exclusión de ambas podía deparar un beneficio a la recurrente ya que llevaría a la declaración de desierto del procedimiento, en aras del principio de igualdad de trato procede entender que, en este caso, cabe el recurso contra la admisión de la otra licitadora.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de la Mesa fue adoptada el 14 de diciembre de 2016, practicada la notificación el 20 e

interpuesto el recurso el 4 de enero de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El primer motivo de recurso se concreta en determinar, si la oferta de Ortho debió ser admitida a la licitación del lote 1, por considerar que el producto ofertado cumple la prescripción técnica exigida, en cuanto a su preparación previa y apertura.

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (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. 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.

La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de 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 determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación

de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación y que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: *“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 desechada 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”*.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

Según el informe de evaluación de la Responsable de Laboratorio de Bioquímica, la oferta de Ortho no cumple por los motivos expuestos en el antecedente de hecho. Añade el órgano de contratación que según el nuevo informe solicitado con ocasión de la presentación del recurso, *“Respecto a la técnica Amikacina, los reactivos ofertados por la empresa Ortho como ya se recoge en el informe inicial, son suministrados por la empresa Thermo Scientific, para su adaptación en canal abierto lo que requiere su apertura manual, y trasvase del producto, como reconoce la propia empresa Ortho en su recurso, en el que añade nueva información al respecto que lo confirma, así como la vinculación manual de identificación que ha de hacerse al código de barras para que el nuevo paquete lote y ensayo sea reconocido en el sistema. Por todo ello como se decía en el informe inicial no cumple el requerimiento del Pliego de prescripciones técnicas”*.

La empresa Roche en su escrito de alegaciones sostiene que *“ninguno de los cincuenta reactivos que oferta reúne las condiciones necesarias para poder considerarse listo para el uso. La causa se halla en que la tecnología en que se fundamenta Ortho es muy sensible a la temperatura de los reactivos en el instante en que se emplean. Considerando que nueve de ellos deben conservarse congelados y el resto refrigerados, los primeros precisan de un intervalo de una hora y los segundos de media hora para poder atemperarse y estar en situación de arrojar resultados apropiados”*.

Comprueba este Tribunal en primer lugar, que en la documentación incluida por Ortho en el sobre A, figura la hoja de datos de seguridad del reactivo QMS® Amikacin Assay MSDS 0373910, en donde se indica el uso de la sustancia en *“Kit de diagnóstico in vitro”*, pero sin que en las condiciones de manipulación conste expresamente que se requiera verter o traspasar el líquido ni que se precise realizar una apertura manual.

Sin embargo, la recurrente afirma que el producto ofertado cumple el requisito de estar listo para su uso porque *“solo requiere el traspaso del reactivo al pack de canal abierto suministrado, sin ninguna preparación previa”* y añade que *“ni tan siquiera requiere identificación manual, ya que el contenedor que se suministra dispone de código de barras que se vincula al lote de reactivo y ensayo que se va a utilizar quedando siempre una identificación automática por código de barras, sabiendo el sistema que reactivo es, que lote y que pack se está utilizando”*.

En consecuencia, debemos entender que al menos un traspaso del reactivo es necesario, con lo que habría que coincidir con el criterio expresado en el informe del órgano de contratación y concluir que se incumple el requisito técnico de estar *“listos para su uso, sin preparación previa ni apertura manual”*.

En consecuencia, procede desestimar el recurso por este motivo.

Sexto.- Respecto de la admisión de la empresa Roche al lote1, alega la recurrente que *“la fosfatasa ácida ofertada por la casa ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. (con Ref. 04375351190), que además de la apertura manual y trasvase del reactivo, requiere de una preparación previa”,* y acompaña la ficha con indicaciones de uso del reactivo ACP2, Fosfatasa ácida, segunda generación en donde se especifica como verter los ácidos en las tres posiciones del dispositivo.

El órgano de contratación afirma que en el informe de evaluación técnica se concluye *“Respecto a la técnica Fosfatasa ácida, al estudiar las dos ofertas presentadas se detectó que por las especiales características de la misma, en ninguna de las ofertas era posible el cumplimiento completo del requisito, lo que pone de manifiesto la empresa Ortho en su recurso respecto a la empresa Roche, y puede comprobarse así mismo, respecto a la ofrecida por Ortho, en la propia documentación por esta presentada, en la que se aprecia, en la ficha de Seguridad para esta misma técnica, que sus reactivos son a su vez suministrado por la empresa Sentinel Diagnostic para su adaptación en canal abierto, lo que supone que requiere apertura manual, trasvase del producto y adjudicación manual de identificación al código del paquete; se aprecia también en dicha ficha aportada por Ortho que dichos reactivos constan de distintos botes unos en presentación líquida y otros en polvo, lo que implica por ello su preparación previa. A la vista de la igualdad de condiciones, para esta técnica, entre las empresas concursantes, por sus especiales características, y en vista de que es una técnica cuya futura pertenencia a la cartera de servicios está en estudio por la disminución de utilidad de la misma en nuestro Hospital, se concluye no rechazar por ello a ninguna de ellas, dándoles por tanto igualdad de tratamiento y no discriminando por ello a ninguna”.*

La empresa Roche en trámite de alegaciones, en cuanto a su propia admisión, alega que *“bajo un criterio extremadamente formalista podría considerarse que Roche no cumple con el PPT y declarar desierta la licitación, pero el órgano de contratación no lo ha hecho y ello porque la literalidad del pliego dice “Los reactivos deberán estar listos para el uso (...)” pero no dice “Todos los reactivos (...)” porque se busca minimizar el tiempo dedicado por el personal a la manipulación y optimizar la agilidad.*

Esta ausencia de criterio formalista se manifiesta también en el hecho de que el PPT prevea que si los licitadores no contaren en su catálogo con reactivos para todas las pruebas, puedan optar por que se procesen externamente. Tampoco es taxativo en relación al requerimiento de “una sola plataforma con reactivos compatibles” porque abre la puerta a que algunos números de orden no cubiertos por el equipo ofertado se resuelvan con soluciones alternativas”.

Por todo ello debemos entender que se ha admitido el incumplimiento de Roche, no pudiendo admitirse la interpretación que hace el órgano de contratación para aceptar una oferta que incumple las especificaciones del PPT, ya que éstas deben aplicarse a todos de la misma manera, resultando contrario a los principios fundamentales que inspiran la contratación, como es la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, modificar lo que literalmente exige el PPT respecto a que “*los reactivos deben estar listo para su uso*”, sin que el mismo establezca un número mínimo o proporción. Además la solución de admitir un producto que no cumple las especificaciones técnicas exigidas, con la finalidad de dar un trato no discriminatorio a las dos licitadoras, es contrario a la necesaria eficiencia que debe presidir toda decisión en materia de contratación pública.

En consecuencia, este Tribunal considera debe estimarse el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 interpuesto por don A.S.C., en nombre y representación de la empresa Ortho Clinical Diagnostics Spain, S.L.U., contra el

Acuerdo de la Mesa de contratación, de 14 de diciembre de 2016, por el que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación del lote 1, del contratación de “Suministro de reactivos para los laboratorios de bioquímica, hematología y microbiología del Hospital Central de la Cruz Roja”, número de expediente HCCR 9/2016, desestimando la pretensión de admisión de su oferta, confirmando la exclusión de la misma y debiendo ser excluida igualmente la oferta de Roche Diagnostics, S.L.

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.