

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

En Madrid, a 8 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.L.B. y don M.C.F., en nombre y representación de Leica Microsistemas, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario 12 de octubre, de fecha 7 de diciembre de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 1 del contrato “Suministro de reactivos y diverso material para las determinaciones de hibridación in situ fluorescente (FISH) para el Servicio de Genética del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: P.A. 216-0-111, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 20 de septiembre y 5 y 10 de octubre de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM y BOE la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en tres lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 242.426,80 euros.

Segundo.- Interesa destacar a efectos del presente recurso las exigencias cuyo cumplimiento es cuestionado en el recurso establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), respecto del lote 1.

El lote 1 con 7 números de orden, tiene por objeto el suministro de diversas sondas, siendo común a todo el suministro de reactivos la necesidad de ceder el equipamiento principal y auxiliar necesario para la realización de las determinaciones. Respecto de dicho equipamiento el PPT exige bajo la rúbrica “Especificaciones Técnicas del equipamiento requerido”, *“Se instalará un sistema de análisis de imagen FISH que incluya también cariotipador de campo claro y microscopio de fluorescencia y filtros. Permitirá el registro de los resultados de la hibridación, definición de experimentos, con tiempos de exposición automáticos y solapamiento instantáneo de los diferentes planos de fluorescencia en una sola imagen. Modificación de las imágenes post-captura sin pérdida de la imagen original pero asociado a un solo fichero. Debe estar preparado para permitir la conexión con el SIL del laboratorio. El microscopio de fluorescencia debe tener las siguientes características: revolver sextúplice con objetivo 100X flúor y portafiltros de seis posiciones, juego de 7 filtros para espectro DAPI, orange, red, aqua, gold, FITC y doble orange-FITC.*

- Se cederán 4 hibridadores (equipos para realizar la hibridación)”.

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

Examinadas las ofertas de ambas empresas, consta en el informe técnico de valoración de fecha 29 de noviembre de 2016, respecto de la oferta de la recurrente, en la columna de ofertas que no cumplen con las condiciones técnicas y causas por las que se rechaza, *“oferta un equipo para la captura de muestras de fluorescencia y como mejora la actualización del cariotipador existente. Se solicita un equipo de análisis de FISH que incluya cariotipador de campo claro”.*

Consta en el acta correspondiente de la reunión de la Mesa para la apertura de la oferta económica, la exclusión de la oferta de la recurrente del lote 1.

Con fecha 14 de diciembre 2016, la Mesa de contratación, realiza la propuesta de adjudicación del contrato a Werfen España, S.A.U., solicitándole que remita la documentación precisa para la adjudicación, que a la fecha de hoy aún no se ha producido.

Tercero.- Consta en el expediente, la solicitud de acceso al mismo por parte de la recurrente el día 5 de enero de 2017, que le fue concedida constando en el acta correspondiente que el indicado acceso se produjo el día 18 de enero siguiente.

Cuarto.- Con fecha 16 de enero de 2017, se interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal previo el anuncio a que se refiere el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP.

Solicita la recurrente que se declare la nulidad del Acuerdo de exclusión, toda vez, que ha quedado acreditado que la oferta de Leica, cumple con las especificaciones técnicas recogidas en el PPT, aduciendo asimismo falta de motivación del Acuerdo recurrido. Solicita asimismo que se le permita ampliar el objeto del recurso una vez se haya producido el acceso al expediente y la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

Requerido el órgano de contratación para que remitiera el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, dicho requerimiento fue atendido con fecha 24 de enero. En el informe remitido se indica que aún no se ha adjudicado el contrato y que el acto publicado en ningún caso supone la notificación de la adjudicación, *“puesto que está pendiente de recepción la documentación exigida por la Ley y que permitirá, una vez comprobada su validez, redactar la Resolución de adjudicación, que contendrá la motivación por la que se adjudica el procedimiento y los motivos de exclusión de las ofertas que no hayan*

cumplido los requerimientos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y que llevará incluido el pie de recurso que permite a los licitadores contra dicho acto, que pone fin a la vía administrativa interponer con carácter potestativo recurso especial”.

Explicando asimismo los motivos de la exclusión de la oferta de la recurrente.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a la licitadora cuya oferta se ha propuesto como adjudicataria, el día 17 de enero, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado escrito alguno.

Sexto.- Mediante resolución de 1 de febrero de 2017 se concedió a la recurrente un plazo de cinco días para ampliar el recurso, toda vez que el acceso al expediente se concedió por el órgano de contratación sin tiempo para interponer recurso suficientemente fundado, habiendo manifestado por escrito su intención de no ampliar el recurso.

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 Leica Microsistemas S.L.U., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al tratarse de una persona jurídica licitadora cuya oferta resulta excluida de la licitación del lote 1 del contrato.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta a la procedencia de recurso especial, de acuerdo con el informe remitido por el órgano de contratación, aun no se ha dictado el acto de adjudicación, si bien no consta tal notificación formal aunque se aporta el Acta correspondiente al acto de exclusión con el texto del recurso. Tampoco consta la publicación en el Portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid, ni en el Perfil de contratante del Hospital 12 de octubre, constando únicamente el acto de exclusión, que la recurrente afirma le fue notificado.

De esta forma el artículo 40 del TRLCSP, permite la impugnación alternativa o bien del acto de exclusión o bien del acto de adjudicación de los contratos. Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la imposibilidad de impugnar de forma sucesiva los actos de exclusión de los licitadores, en su condición de actos de trámite cualificados, y los actos de adjudicación de los contratos, entre otras en las Resoluciones 37/2011, de 13 de julio o 52/2011, de 15 de septiembre, 155/2015, de 30 de septiembre, señalando que si consta la notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador, como es el caso, el mismo no podrá interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, al tratarse de posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas, estando abocado el segundo recurso a su inadmisión por tal motivo.

En este caso no consta la notificación formal del acta en el que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente, ni su publicación, por lo que ésta en esta circunstancia podría haber esperado, como señala el órgano de contratación, a la adjudicación del contrato, para hacer valer los motivos que considere para anular la decisión de exclusión en unidad de acto respecto de la adjudicación.

Sin embargo, en este caso, la recurrente se ha dado por notificada interponiendo el recurso que ha considerado pertinente contra la exclusión de su oferta en un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, habiendo

accedido al expediente para comprobar las circunstancias y motivos por los que se ha excluido su oferta.

Por lo tanto la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación del contrato que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b).

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la exclusión se adoptó en el acto público de la Mesa de contratación de fecha 7 de diciembre cuya notificación no consta, habiéndose dado sin embargo por notificada la recurrente, por lo que debe considerarse que el *dies a quo* del plazo es aquél en que la recurrente interpuso el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *“Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda”*.

Quinto.- El primero de los motivos de recurso hechos valer por la recurrente es el de la falta de motivación, que según aduce le ha generado indefensión.

Tal y como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones como la Resolución 84/2015, de 12 de junio, además de la función de control, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que en caso de ser contravenida, generaría indefensión. Con carácter general, la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación, de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva,

como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto, y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos. Esto obliga a un esfuerzo de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor que se utilizan para la adjudicación de los contratos.

En este caso sin embargo, todavía no se ha producido la adjudicación del contrato por lo que no son exigibles, los requisitos que se establecen como garantía en la motivación o argumentación de la toma de decisiones. No cabe por tanto estimar el recurso por este motivo.

A todo ello cabe añadir que la recurrente ha accedido al expediente de licitación y ha podido interponer recurso suficientemente fundado, una vez concedido el plazo de ampliación, haciendo valer cuestiones de fondo respecto del cumplimiento de las prescripciones técnicas del equipo que oferta para realizar las determinaciones analíticas, por lo que considerando el acceso al expediente solicitado como un trámite instrumental del ejercicio del derecho de defensa, no cabe estimar tampoco su solicitud de acceso al expediente, sin perjuicio de la ampliación de plazo que le fue concedida.

Sexto.- Centrándonos ya en el concreto cumplimiento de las exigencias del PPT que ha determinado la exclusión de la oferta de la recurrente, afirma la misma en su

escrito de recurso que tuvo conocimiento de forma verbal de que la justificación que motivaba la exclusión era la no inclusión en la oferta de la indicación de que el equipamiento requerido constaba de cariotipado, si bien el equipo ofertado tiene un software Cytovisión versión 7.4.1 que incluye aplicaciones de cariotipaje y FISH, y que a mayor abundamiento y como mejora, incluyó en su oferta la actualización del equipo Cytovision existente con la misma versión de software 7.4.1, para cariotipos y FISH, y que tiene origen en un extracto de la citada documentación obrante como mejora.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que la exclusión de la oferta, se funda en el informe emitido por la coordinadora del Servicio de Genética, en el que se pone de manifiesto que la exclusión de la oferta se realizó debido a que no cumplía el requisito exigido en el PPT, que establece que *“se instalará un sistema de análisis de FISH que incluya también cariotipador de campo claro”* ya que *“En la documentación aportada por la mercantil recurrente en lo relativo a su oferta de un software de análisis Cytovision versión 7.4.1 se especifican las características del software, haciendo referencia todo el texto, a software para análisis de imágenes de fluorescencia, nunca de campo claro”*, explicando que *“Los sistemas de análisis de citogenética permiten realizar dos acciones principales la captura de las imágenes y el cariotipaje de las imágenes capturadas. Estas dos acciones se pueden realizar tanto con imágenes de FISH como con imágenes de campo claro, pero el software de captura de imágenes es diferente en cada caso. Existen softwares que permiten trabajar sólo con imágenes de campo claro y otros que permiten sólo imágenes de FISH. Un mismo sistema puede tener integrados ambos softwares y permitir el trabajo con los dos tipos de imágenes. Es por tanto imprescindible que en las especificaciones técnicas se indique con claridad qué tipo de software se oferta, ya que además, estos software tienen un precio elevado en el mercado, por lo que si el equipo ofertado no contiene el software requerido es costoso una incorporación posterior del mismo”*. En cuanto a la mejora ofertada señala *“que el equipo que ofertan actualizar ya es propiedad del Hospital así como el software de campo claro que contiene dicho equipo”*.

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 de 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 definen 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.

En este caso la recurrente no acredita que el cariotipador, que sí incorpora su equipo, trabaje con un software de campo claro, como exigen claramente los pliegos, no habiendo hecho ninguna referencia a esta característica en su recurso inicial, sin utilizar tampoco la posibilidad de ampliar el recurso para hacer valer que su producto sí cumple con la exigencia del PPT, y sin que la misma se recoja tampoco en la documentación aportada por aquélla.

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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.L.B. y don M.C.F., en nombre y representación de Leica Microsistemas S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario 12 de octubre, de fecha 7 de diciembre de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 1 del contrato “Suministro de reactivos y diverso material para las determinaciones de hibridación in situ fluorescente (FISH) para el Servicio de Genética del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: P.A. 216-0-111.

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.