

**Recurso nº 52/2019**

**Resolución nº 97/2019**

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

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.T.T., en representación de la empresa Grifols Movaco, S.A., (GRIFOLS) contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda de fecha 10 de enero de 2019 por el que se excluye la oferta de la recurrente en el seno del acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas en el Servicio de Inmunología” Lote 11 y número de expediente GCASU 2018-93, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios en el DOUE de fecha 22 de septiembre, en el BOCM de fecha 3 de octubre y Plataforma de Contratación Publicas de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de septiembre, todos ellos del años 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 3.531.124,68 euros y su duración es

de 2 años.

Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas donde se recogen las características que han de reunir los suministros objeto de licitación en relación al lote 11: *“Monitorización de fármacos biológicos”*.

*“Reactivos compatibles con EQUIPO ELISA AUTOMÁTICO TRITURUS, propiedad del hospital o similar para formato de placas 96p con posibilidad de procesamiento tiras de 8 pocillos. Trabajo con hasta cuatro diluciones de muestra por sesión. Pipetas independientes muestras/reactivos. Con conexión sistema informático SERVOLAB.*

- Reactivos curva patrón y controles pos/neg incluidos. Los controles deberán estar valorados e indicar rango de normalidad de los resultados.*
- Deberán tener amplio intervalo de cuantificación con las diluciones de trabajo habituales.*
- Formato de tiras de 8x12. Curva patrón/controles para al menos dos ensayos por placa.*
- Cálculo automático, con selección de las diluciones óptimas que estén en la zona lineal”.*

**Segundo.-** A la presente licitación se presentaron 12 licitadores entre ellos la recurrente.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, la Mesa de contratación celebrada el día 22 de noviembre de 2018 acuerda excluir de la licitación del lote 11 la propuesta efectuada por GRIFOLS en base al incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el PPT.

Concretamente los motivos de la exclusión son recogidos en el acta con el siguiente textual: *“Los controles no tienen asignado un valor numérico de las unidades medidas ni se especifica rango de normalidad. Los controles Pc y NC no están indicados para comprobar procesos asociados a la preparación de muestras o*

*reactivos, sino para monitorizar el correcto funcionamiento del ensayo”.*

Con fecha 10 de enero de 2019 se acordó y público en la Plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la adjudicación de este contrato a Menarini Diagnostics.

El recurrente solicito y ha tenido acceso al expediente en la sede del órgano de contratación el 25 de enero de 2019.

**Tercero.-** El 31 de enero de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de GRIFOLS en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta por incumplimiento de los requerimientos técnicos solicitados, basándose en un error de apreciación de la propuesta por parte de los servicios técnicos que informaron a la Mesa de contratación.

El 12 de febrero de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 26 de febrero de 2019 se ha recibido escrito de alegaciones de Menarini Diagnostics, en el que se manifiesta:

- 1.- La presentación del recurso por parte de GRIFOLS se ha efectuado fuera de plazo, al considerar *dies a quo* el 28 de noviembre de 2018, fecha en que se puso de manifiesto la exclusión en el seno de la Mesa de contratación a la que acudió el recurrente.
- 2.- El incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT por parte de la oferta presentada al lote 11 por el recurrente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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, 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 individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se ha planteado contra la exclusión de la oferta presentada por el recurrente. Dicha exclusión se acordó por la Mesa de contratación en sesión celebrada en fecha 28 de noviembre de 2018 a la que asistió el recurrente. Este acuerdo fue publicado en el Portal de Contratación Pública de la

Comunidad de Madrid de forma inmediata, no siendo notificado al interesado de forma fehaciente.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que las exclusiones a la licitación deben ser notificadas fehacientemente al interesado, momento a partir del cual se iniciara el computo de plazos para la interposición del recurso especial. En el caso de que se haya notificado la exclusión a través de la notificación de la adjudicación del contrato será ese el *dies a quo* para la interposición del recurso.

En el caso que nos ocupa la exclusión no ha sido notificada previamente a la adjudicación, por todo lo cual podemos concluir que el recurso se ha planteado en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 28 de noviembre de 2018, practicada la notificación el 10 de enero de 2019 e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 31 de enero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la exclusión de la oferta a la licitación en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta presentada por la recurrente al lote 11 del contrato que nos ocupa, en base a un posible incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en los pliegos de condiciones.

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 139.1 de la LCSP, 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 125 y 126 de la LCSP, 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 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

La recurrente es su escrito opone al acuerdo de exclusión el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos para los reactivos que componen el lote 11, de conformidad con las características técnicas que se acreditan a través de las fichas correspondientes de estos materiales.

El órgano de contratación manifiesta contra la pretensión de la actora que: *“En las alegaciones presentadas en el Recurso se indica que pese a que los controles, positivo (PC) y negativo (NC), incluidos no indican un «valor numérico de las unidades medidas» (ng/mL) si se establecen rangos de normalidad en base a la medición de la absorbancia óptica de esos controles a la longitud de onda especificada y su relación con los puntos de referencia de la curva.*

*Se explica en el Recurso y está en la documentación técnica presenta en su momento, en que rango de absorbancia deben estar los controles:*

- NC: «La absorbancia media del control negativo NC debe ser menor que la absorbancia media del calibrador F»

*La Concentración del calibrador F se especifica en la documentación técnica: 1ng/mL.*

- PC: «La absorbancia media del control positivo PC debe ser mayor que la absorbancia media del calibrador D»

*La concentración del calibrador D también se especifica en la documentación técnica, (como la de todos los de la curva de calibrado A-F): 4ng/mL para el D.*

*Lo señalado anteriormente implica que, al no conocerse a priori el rango en el que deben estar los controles, su valoración debe inferirse de los resultados de absorbancia obtenidos con la curva de calibración, pero si esta tiene algún fallo o la absorbancia no se ha leído adecuadamente, el criterio para definir si la técnica es válida (controles) se basará en una curva de la que no podemos estar seguros.*

*Si los controles (NC y PC) tienen un valor conocido de concentración, en las unidades en que se van a informar los resultados, ese valor dará la referencia de si la curva obtenida es válida –si los controles dan resultados en el rango conocido para cada uno- o no – controles fuera de rango-. Esto es lo habitual en este tipo de técnicas (EIA) y da seguridad sobre la validez de la curva y los resultados obtenidos, porque NC y PC son los valores de referencia.*

*Por tanto, las prescripciones indicadas en el PPT: «Los controles deberán estar valorados e indicar el rango de normalidad de los resultados» no se cumplen y la vía indirecta para establecer los valores numéricos de NC y PC (absorbancia) es auto referencial, respecto a la curva de calibración de la propia técnica, sin una referencia externa, función que habitualmente cumplen las muestras control, con los valores de referencia asignados.*

*En las fichas técnicas se indicar los valores en  $\mu\text{g/mL}$ , que permiten la interpretación del valor obtenido como: Negativo: Niveles de fármaco en suero*

*indetectables; Positivo: Niveles de fármaco en suero por encima del punto de corte establecido en la técnica.*

*Es preciso señalar que, siendo positivo el resultado y teniendo en cuenta la concentración de fármaco y la situación clínica de cada paciente, se establecerá la dosis a administrar al paciente en cada visita para medicación”.*

*El adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta que “Los Pliegos requieren expresamente que “los controles deberán estar valorados e indicar un rango de normalidad de los resultados”, sin embargo, la solución ofertada por la recurrente no cumple dicha condición, pues sus controles no presentan ni valor asignado, ni rango de normalidad (o de aceptación), ya que por rango (o intervalo) se entiende una horquilla formada por dos valores máximo y mínimo, no un límite a partir del cual el control se ajusta independientemente de cuál sea su valor”.*

A la vista de las conclusiones transcritas este Tribunal considera que nos encontramos ante una verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el PPT que contiene un componente de carácter eminentemente técnico.

Podemos traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, “nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incursa en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando *discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

*Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

respecto de la denominada *discrecionalidad técnica de la Administración*. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

*Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”*

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que “*la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados*” tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa.

En el presente caso, la justificación y motivación por parte de órgano de contratación se considera clara, exhaustiva y certera, al coincidir con las manifestaciones del adjudicatario y suficiente por lo que se puede considerar que carece de arbitrariedad. Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.T.T., en representación de la empresa Grifols Movaco, S.A., (GRIFOLS) contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda de fecha 10 de enero de 2019 por el que se adjudica y a la vez se excluye de la licitación al recurrente en el contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas en el Servicio de Inmunología” Lote 11 y número de expediente GCASU 2018-93.

**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 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**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 59 de la LCSP.