

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

En Madrid, a 4 de junio de 2020.

VISTO el escrito presentado por la representación de Becton Dickinson S.A. contra la adjudicación del contrato de suministro “HUPA 81/19 Medios de cultivo en placas y tubos, técnicas analíticas de identificación, procesamiento de microbacterias y otras para el Hospital Universitario Príncipe de Asturias (Lote nº 1)” a la empresa Biomerieux, S.A.U, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La licitación se publica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 1.863.963,61 euros.

Segundo.- A la convocatoria del lote 1 concurren 2 empresas resultando adjudicataria Biomerieux, S.A.U. Previamente Becton Dickinson S.A es excluida, no recurriendo contra esta exclusión.

Tercero.- Con fecha 17 de marzo de 2020 se presenta el recurso especial en materia de contratación por la recurrente, siendo publicado el acuerdo de adjudicación el 25 de febrero.

Cuarto.- La recurrente alega que pese a ser excluida se encuentra legitimada para la interposición del recurso impugnando la adjudicación al solicitar que se declare desierto. Afirma que la adjudicataria no cumple con la cláusula tercera del Pliego de Prescripciones Técnicas que exige para el test de sensibilidad *“prueba confirmatoria fenotípica de producción de carbapemenasas”*.

Quinto.- EL 21 de mayo de 2020 este Tribunal recibió del órgano de contratación el expediente de contratación acompañado del informe preceptivo establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 (en adelante, LCSP).

Las alegaciones del recurrido se reciben el 29 de mayo.

Sexto.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso especial quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 10 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Asimismo, mediante la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, con extensión de la medida a los recursos especiales. Por esta misma razón el recurrente no ha tenido acceso, por imposibilidad material, al expediente administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurrente basa su legitimación en la argumentación de que instándose la anulación de la adjudicación y siendo dos los licitadores el procedimiento quedaría desierto y podría volver a presentarse.

Alega Resoluciones de este Tribunal.

Finalmente, debe de hacerse mención especial a que precisamente este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid se ha mostrado favorable al reconocimiento de legitimación a licitadores excluidos en casos análogos al que nos ocupa, en concreto, la resolución nº 193/2014 de 12 de noviembre de 2014 en su fundamento jurídico Primero establece: *“Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Docout 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” (artículo 42 del TRLCSP). Si bien es cierto que la recurrente, ha sido declarada decaída en su derecho a ser adjudicataria del contrato y que por lo tanto prima facie ningún beneficio podría obtener de la interposición del presente recurso, en relación con el procedimiento de licitación actual, no lo es menos que la recurrente hace valer el incumplimiento en la oferta de la única licitadora que resta en el procedimiento, con la consecuencia de la declaración de desierto del contrato, con lo que su potencial beneficio de estimarse el recurso, sería la posibilidad de acudir a una nueva licitación sobre el mismo*

objeto, una vez declarada desierta la actual”.

En el mismo sentido vuelve a pronunciarse el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su resolución nº 375/2017 de 14 de diciembre, la cual, en su fundamento jurídico Tercero establece: *“Como reiteradamente han manifestado la doctrina y la jurisprudencia la legitimación activa del artículo 102 de la LCSE así como del 42 del TRLCSP, se vincula, con carácter general, a la relación que media con el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona a la titularidad de un derecho o interés legítimo cuya tutela se postula, tal y como se ha declarado, entre otras, en las SsTS 23 de diciembre de 2011 (casación 3381/08, FJ 5), 16 de diciembre de 2011 (casación 171/2008, FJ 5 º), o 20 de enero de 2012 (casación 856/08 , FJ 3) A la vista de las circunstancias del procedimiento, con un único licitador, habiendo presentado la reclamante proposición, si bien no resultó finalmente admitida, estamos ante el supuesto excepcional del licitador “excluido” de la licitación que puede invocar, como ahora hace, el legítimo interés en que se declarase desierta en la confianza, de la necesaria convocatoria de nueva licitación lo que le permitiría optar a ser futuro adjudicatario. Es evidente que un nuevo procedimiento la reclamante podría presentar oferta y por tanto la exclusión de la adjudicataria y la declaración de desierto del lote 3 le suponen un beneficio que le otorga legitimación para interponer la reclamación. En consecuencia, procede reconocer legitimación activa a la reclamante. Igualmente se reconoce la capacidad con que actúan los firmantes de la reclamación”.*

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

La legitimación es discutida por el recurrido, como recogeremos a continuación. No obstante, en virtud de esta doctrina se le considera legitimado a los efectos del artículo 48 de la LCSP, pues tiene un interés en que se declare desierto el procedimiento habiendo participado en la licitación y siendo solo dos los licitadores.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido el 17 de marzo de 2020 ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP, dado que el acuerdo consta publicado el 25 de febrero, aunque no consta la fecha de notificación, y los plazos estaban suspendidos desde el 14 de marzo.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de Suministros con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente afirma que la adjudicataria no cumple con la prescripción consignada en el ordinal cuarto de antecedentes, que no se discute directamente por el órgano de contratación, si bien la recurrida afirma que sí la cumple.

Afirma el órgano de contratación: *“La detección fenotípica de carbapenemasas es un método habitual utilizado en todos los laboratorios de Microbiología y se puede realizar por diversos métodos, incluida la evaluación del fenotipo del antibiograma basado en las CMI de los diferentes antibióticos. En el momento actual las técnicas confirmatorias más fiables son las genotípicas {detección molecular de genes que codifican la resistencia} y han desplazado como técnicas confirmatorias a las técnicas de detección fenotípicas”.*

Mientras, la adjudicataria señala lo siguiente: *“Como puede observarse en el enmarcado en rojo anterior, se requiere que los paneles de sensibilidad incluyan la prueba confirmatoria fenotípica de producción de carbapenemasas, alegando la recurrente en su escrito de recurso que puesto que “en ningún caso el adjudicatario (BioMerieux) incluye dicha prueba de confirmación fenotípica de producción de carbapenemasas en sus paneles de sensibilidad, procedemos a la impugnación de la adjudicación del LOTE 1 del citado procedimiento por incumplimiento del PPT”.*

Pues bien, a este respecto resulta del interés de esta representación poner de manifiesto que la oferta de BIOMERIEUX ESPAÑA, S.A.U., a pesar de lo manifestado por la recurrente, sí incluye dicha prueba fenotípica, basada en las directrices del documento publicado por EUCAST (European Committee on Antimicrobial Susceptibility Testing), “EUCAST guidelines for detection of resistance mechanisms and specific resistances of clinical and/or epidemiological importance” (Version 2.0 July 2017), en cuyo apartado 2, titulado Carbapenemase-producing Enterobacteriaceae se indica que la detección de sensibilidad reducida a “carbapenems” (en castellano, carbapenemasas) se realiza teniendo en cuenta las CMI de distintos “carbapenems” a los que se enfrenta la cepa a estudiar. Lo anterior se desprende, como manifestado, de las propias directrices establecidas en el citado documento de EUCAST (al que puede accederse a través del siguiente enlace: https://www.eucast.org/fileadmin/src/media/PDFs/EUCAST_files/Resistance_mechanisms/EUCAST_detection_of_resistance_mechanisms_170711.pdf), concretamente, del párrafo que a continuación extraemos...”.

La recurrente no aporta prueba alguna de que la adjudicataria incumpla esta prescripción técnica, lo que atribuye el mismo a no haber tenido acceso al expediente administrativo, pero consta en el expediente remitido por el órgano de contratación que en fecha 16 de marzo una representante de la recurrente tuvo acceso a la documentación requerida por correo electrónico, no mostrándose oposición por la adjudicataria, no procediendo acceder a su pretensión de que se le remita la documentación por este Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP.

A falta de esta prueba, la afirmación es una mera manifestación de parte no acreditada.

Afirma la recurrida que el recurrente carece de legitimación y cita al respecto diversas Resoluciones de Tribunales Administrativos de Contratación, entre ellas la de este Tribunal 382/2018 de 5 de diciembre, donde se afirmó: “Según afirma la STC

67/2010 de 18 de octubre: “Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”.

Sin embargo, en esa Resolución se acoge expresamente que no cabría alegar la posibilidad de declarar desierto el concurso, porque había otra licitadora admitida: *“De acuerdo con lo anterior la exclusión de la recurrente del procedimiento no le permitiría obtener la adjudicación del recurso, puesto que al haber sido excluida, no puede en ningún caso ser adjudicataria. Tampoco cabe argumentar en este caso, que la estimación del recurso implicaría la declaración de desierto del procedimiento y su probable convocatoria posterior en la que la recurrente pudiera participar puesto que hay otra licitadora admitida”.*

Sin embargo, en este caso procede desestimar el asunto en cuanto al fondo, pues no se ha acreditado el incumplimiento técnico manifestado, procediendo desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 la representación de la mercantil Becton Dickinson S.A. contra la adjudicación del contrato de suministro “HUPA 81/19 Medios de cultivo en placas y tubos, técnicas analíticas de identificación, procesamiento de microbacterias y otras para el Hospital Universitario Príncipe de Asturias (Lote nº 1)” a la empresa Biomerieux, S.A.U.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.