

Recurso nº 149/2020
Resolución nº 164/2020

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

En Madrid, a 8 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Agilent Technologies Spain S.L., contra el anuncio y los pliegos de condiciones que regirán el contrato de “Suministro de reactivos de técnicas varias para el servicio de anatomía patológica del Hospital Universitario de Getafe. Lote 1” publicados el 5 de junio de 2020, número de expediente PACP20-1-4 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid el día 5 de junio de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 9 lotes. Este recurso se refiere en exclusiva al lote 1.

El valor estimado de contrato asciende a 1.172.476,5 euros y su plazo de duración será de 24 meses prorrogables por otros 24 meses más.

El plazo de licitación finalizó el día 6 de julio de 2020.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolución de este recurso por un lado la cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares:

“1.-OBJETO

El presente contrato tendrá por objeto la adquisición de Reactivos de técnicas varias para el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital Universitario de Getafe, que permitan obtener las determinaciones analíticas descritas en el punto 2 del presente pliego, así como el equipamiento necesario. (...).

2.1.3 El precio unitario por determinación analítica recoge los siguientes conceptos (IVA INCLUIDO):

-Suministro de los reactivos, controles y calibradores y demás fungibles precisos para realizar dicha técnica (transporte, impuestos y formación de personal).

-Cesión y mantenimiento integral de los dispositivos/equipos/analizadores precisos para realizar dichas técnicas, incluyendo repuestos, accesorios y consumibles.

-Conexiones de los dispositivos/equipos/analizadores a la red del Hospital (caso de ser necesarios) y Sistema Informático del Servicio de Anatomía Patológica, cuando se requiera.

-El coste de la adaptación, remodelación y acabado de espacios, conexiones y tomas disponibles (se les facilitará plano del laboratorio previa solicitud) para la correcta instalación del equipamiento ofertado, accesorios y mobiliario existentes o necesarios; y la circulación del personal y con adecuación a las normativas vigentes”.

El apartado 2 del PPTP ofrece un cuadro con las distintas necesidades analíticas según lotes y número de órdenes, en los que a nosotros nos incumbe los reactivos objeto del contrato para el lote 1 serán sobre los siguientes análisis:

“Técnicas inmunohistoquímica general e inmunofluorescencia.

Técnicas IHQ de HER2 (farmacodiagnóstico).

Técnicas ISH con fluorescencia y cromogénica para BCL2, BCL6 y MYC.

Técnicas ISH con fluorescencia y cromogénica para HER2.

Técnicas ISH con fluorescencia y cromogénica para EBER”.

Asimismo, es necesario destacar los criterios de valoración de las ofertas recogidos en la cláusula 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación al apartado 8.2, toda vez que el apartado 8.1 recoge a fórmula matemática para la calificación del precio que es común a los nueve lotes y sobre la que recae un máximo de 70 puntos.

8.2 Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: HASTA 30 PUNTOS. (...).

Orden 3: TECNICAS DE HIBRIDACION IN SITU (ISH) CON FLUORESCENCIA Y CROMOGENICA EN EL SERVICIO DE ANATOMIA PATOLOGICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE GETAFE PARA BCL2, BCL6, MYC, HER2, EBER.

1.3.2. posibilidad de suministro de sondas CISh automatizados para la detección HPV (genotipado parcial de virus de alto y bajo riesgo oncogénico) en muestras de tejido parafinado con marcaje CE-IVD.

Si cumple criterio (acreditado)..... 8 puntos.

No cumple criterio (no acredita)... 0 puntos”.

Tercero.- El 25 de junio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Agilen en el que solicita la nulidad de los pliegos de condiciones y del procedimiento en base a que no consta publicado el informe de necesidad de la contratación, documento básico a su entender para comprobar cuales son los reactivos que el Hospital pretende adquirir junto con sus equipos de análisis. Todo ello con el fin de probar que determinado reactivo y su equipo de diagnóstico sobre la detección del papiloma humano, no consta en el PPTP ni en el PCAP como objeto del contrato y sin embargo es valorado en los criterios de adjudicación.

El 2 de julio de 2020, 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal adoptado el día 2 de julio de 2020, y que alcanza su eficacia tras la terminación del plazo de presentación de ofertas que fue el 6 de julio de 2020, motivo por el cual no se ha podido emitir el certificado de ofertas presentadas y en consecuencia no corresponde el traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 potencial licitador, “*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 planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el día 5 de junio de 2020, e interpuesto el recurso, en este

Tribunal el 25 de junio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la contratación de 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.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el Agilent plantea en su recurso dos motivos, por un lado la ausencia de publicación del informe de necesidad de la contratación y por otro lado la puntuación por aportación de equipos que no están vinculados con el objeto del contrato.

En relación al primero de los motivos, el artículo 116.1 establece que será el informe de necesidad de la contratación el primero de los documentos que conformen el expediente de licitación. Añade así mismo su obligatoriedad de publicar en el perfil de contratante según se determina en el artículo 63 a) de la LCSP. Invoca para ello la resolución del Tribunal Administrativo Central nº 1141/2018 que establece: “*Bien es verdad que, a pesar del requerimiento del Tribunal, la publicación de la memoria no ha quedado acreditada, con carácter previo a la publicación del anuncio de licitación. Sin embargo, no cabe dudar de su existencia previa (así se acredita en el expediente) y del conocimiento que de la misma tienen tanto el recurrente como sus competidores, que han comparecido formulando alegaciones. Lo mismo cabe señalar de las eventuales “irregularidades” procedimentales que el recurrente denuncia en su alegación primera.*

(...) *Estos extremos se hallan justificados en el expediente, habiéndose aprobado la necesidad de la contratación y habiendo sido informados por el Órgano que, legalmente, tiene el asesoramiento jurídico del Ayuntamiento: el Secretario de la Corporación. La alegación debe, por ello, decaer*”.

Invoca también el Informe 59/2018 de la JCCE sobre la obligatoriedad de publicación en el perfil de contratante y la necesidad de notificación individualizada a los licitadores de determinados actos propios del procedimiento de licitación.

Por su parte el Órgano de contratación considera que, si bien la memoria de necesidad de la contratación es un documento obligatorio en el expediente administrativo, su contenido se limita a la necesidad del suministro y resto de condiciones que establece el artículo 116 de la LCSP. Ahora bien, admite que en virtud del artículo 63 a) de la misma norma, este documento debe ser publicado en el perfil de contratante, pero disiente del recurrente en que esta inacción o falta de publicación, sea un acto recurrible ante este Tribunal, en virtud de lo determinado en el artículo 44.2 a) que se refiere solamente al anuncio de licitación, pliegos de condiciones y resto de documentos complementarios a los pliegos, no teniendo este informe de necesidad dicha categoría. Invoca para mayor abundamiento en su postura la Resolución del TACRC nº 1231/2019 de 4 de noviembre, resolución que versa sobre el contenido de la memoria, no sobre su publicidad.

Este Tribunal en su Resolución nº 105/2016 establece que “*Nuestra legislación ha seleccionado como recurribles a través de este recurso administrativo especial aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa de la UE. No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en el procedimiento de contratación, que tendrán otras formas de tutela, bien sea la del art 39 del TRLCSP, bien el recurso administrativo o judicial procedente contra los actos de que se trate. El artículo 40 del TRLCSP delimita tanto los contratos como los actos que son susceptibles de impugnación a través del citado recurso especial y, entre éstos últimos, la Ley se refiere concretamente a los anuncios, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones de la contratación. Las alegaciones referidas a la ausencia de motivación e inconveniencia de la externalización, en la falta de necesidad de contratar los servicios que ahora se prestan con personal propio, han sido consideradas como motivo de*

inadmisión del recurso, considerando que no tienen relación alguna con los pliegos ni con el resto de documentos que establecen las condiciones que han de regir la licitación, por no incardinarse en el artículo 40.2, entre otras, en las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 063/2014, de 28 de enero, 347/2013, de 4 de septiembre y en términos similares sobre un acto próximo como es la competencia para llevar a cabo la contratación en la Resolución 134/2012, de 20 de junio. El examen del Tribunal debe limitarse a las cuestiones estrictamente relacionadas con la adecuación del procedimiento de contratación a derecho. Así, TACRC en la Resolución 23/2015 argumenta que “Las exigencias del artículo 22 del TRLCSP en cuanto a la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, constituyen un trámite previo al procedimiento de adjudicación, sobre el cual el Tribunal no puede entrar a conocer. Los actos del procedimiento sujetos a revisión, de acuerdo con la redacción del artículo 40.2 del TRLCSP, se limitan a los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, sin mencionar más actos del expediente de contratación que los pliegos y documentos contractuales que hagan sus veces”

Si bien es cierto que en el momento de dictar dicha resolución no estaba en vigor la LCSP y por tanto tampoco el artículo 63 a) sobre documentación de obligada publicidad en el perfil de contratante, este Tribunal no se aparta de su doctrina de no considerar a la memoria de necesidad como documento contractual y en consecuencia no entraría en la categoría de acto recurrible. Tratándose en este caso de una falta de transparencia regulada en la Ley de Transparencia de la Comunidad de Madrid 10/2019, de 10 de abril.

Por todo lo cual se desestima el recurso en base a este motivo, no sin antes recomendar al Órgano de contratación el cumplimiento íntegro del artículo 63 de la LCSP.

En segundo lugar, el recurrente plantea que los criterios de adjudicación propios del lote 1, numerados como 1.1.4; 1.1.5; 1.16; 1.17; y 1.18 hacen referencia a aparatos que no son ni propios para las técnicas analíticas objeto de la contratación ni tampoco necesarios para la obtención de los resultados de las técnicas patológicas que se solicitan.

El Órgano de contratación no hace mención alguna a este motivo de recurso en ninguno de los dos informes aportados. Este Tribunal carece de conocimientos técnicos para pronunciarse a este respecto, por lo que en base a la discrecionalidad técnica que preside la actuación administrativa y lo dispuesto en el artículo 28 de la LCSP, es el Órgano de contratación a quien corresponde determinar las especificaciones técnicas de los contratos que promueva, por todo lo cual entendemos que dichas funcionalidades son calificables como forma de determinación de la mejor oferta, por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.

Por último, en cuanto al tercero de los motivos de recurso alega Alegant que: *“Es notorio como siendo un concurso de suministro de reactivos para técnicas varias en los criterios de valoración del Lote 1, orden 1 no haya criterios de valoración para demostrar la calidad de los tests analíticos.*

Solo se hace mención a los criterios de valoración del equipamiento y en ningún caso a la calidad de los tests. Además, tan solo 3 de los 8 criterios incluíos (1.1.1., 1.1.2 y 1.1.3) guardan relación con el equipamiento que es objeto del contrato, los criterios 11.4, 1.1.5, 11.6, 1.1.7 y 1.1.8 hacen referencia a un aparataje no propio ni necesario de un laboratorio análisis diagnóstico de Inmunohistoquímica e Hibridación in situ.

En el PACP, en los criterios de valoración del lote 1, dentro del número de orden 3 (TÉCNICAS DE HIBRIDACIÓN IN SITU (ISH) CON FLUORESCECNIA Y CROMOGÉNICA EN EL SERVICIO DE ANATOMÍA PATOLÓGICA DEL HOSPITAL

UNIVERSITARIO DE GETAFE PARA BCL2, BCL6, HER2 Y EBER), en concreto el criterio 1.3.2, se incluye como criterio de valoración el suministro de reactivos para una técnica de CISH de HPV. Técnica que ni siquiera se ha descrito la necesidad de suministro dentro del Lote 1 en el Pliego de Prescripciones Técnicas. De modo que no se puede poner un criterio de valoración con una ponderación tan alta de una técnica que ni siquiera se solicitaba en el Pliego Técnico y que de nuevo, ni se menciona en el Orden 3 ni guarda relación con el título del mismo.

Habiendo omitido en este caso dicha exigencia el Órgano de contratación en el pliego técnico, entendemos que igualmente deben ser anulados los criterios de valoración 1.1.1 al 1.1.8 del PACP, lote 1, orden 1, y el criterio de valoración 1.3.2 del orden 3 del lote 1”.

A este respecto el Órgano de contratación manifiesta en el informe jurídico aportado en su apartado tercero: “*También alega la licitadora que se incluya como criterio de valoración del lote 1, dentro del numero de orden 3 (...). Pues bien, reclama la no inclusión de esta técnica ni su justificación en el PPT, y es cierto, no esta incluido en el PPT porque de ser así sería condición de obligado cumplimiento por todas las licitadoras (...)*”.

Por su parte el Informe al recurso emitido por el Órgano de contratación y que acompaña al informe jurídico anteriormente mencionado establece: “*La valoración de que la empresa licitadora provea de un marcador para el virus del Papiloma Humano (VPH) en tejido parafinado, es de gran interés en el momento ya que la presencia de este virus aporta información en varios procesos neoplásicos (piel, tumores de cabeza y cuello etc.). Aunque la técnica ISH para VPH no se incluye en este pliego técnico entre las peticiones de sondadas al no considerarse totalmente necesarias, se valorara positivamente la posibilidad de que la empresa licitadora la tenga en su catálogo y pueda proporcionarla al hospital en situaciones ocasionales de modo intercambiable con las sondas ISH solicitadas*”.

Vistas las posiciones del Órgano de contratación, debemos entender que el suministro de reactivos al VHP y su consiguiente equipo analizador, es una mejora a la oferta de las recogidas en el artículo 145.7 de la LCSP. Por lo tanto en este momento es misión de ese Tribunal analizar si dicha mejora cumple con las reglas impuestas por el mencionado apartado del artículo 145.

El concepto de mejora ha sido recientemente definido por el TACRC en su Resolución nº 20/2019, de 11 de enero, donde considera que: “*Para resolver esta cuestión debemos fijar, en primer lugar, qué interpretación procede hacer del artículo 145.7 de la LCSP, cuando define las mejoras a efectos de la exigencia de los requisitos que establece dicha ley, como: “las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”. La expresión “prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto” se puede entender de dos maneras distintas:*

- *Todas las adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria, o*
- *Solamente aquellas prestaciones adicionales no “definidas” en los pliegos.*

Este Tribunal se decanta por la segunda interpretación porque el precepto transrito, después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPTP, ni el objeto del contrato. Es evidente que las prestaciones ofrecidas, no obligatorias, que “mejoren” las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del contrato. Por ello, parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP son aquellas prestaciones “adicionales y distintas” a las definidas en el proyecto”.

Vista la anterior interpretación con la que este Tribunal reconoce su acuerdo parece que la pieza básica es determinar si la mejora está vinculada al objeto del contrato o no lo está.

En este sentido debemos invocar dos resoluciones una propia, la nº173/2016, de 14 de septiembre y otra del TAPCA nº 112/2018 de 25 de abril, donde el motivo de recurso coincide en ambas controversias. La mejora que se planteaba era la aportación de armarios dispensadores para los medicamentos objeto del suministro, que era en si el verdadero objeto del contrato.

En ambos casos se coincidió en la apreciación por parte de los dos Tribunales e inadmitieron esta mejora en base a que su vinculación con el objeto del contrato “*ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos*

. Condición que no se cumplía.

En el caso que nos ocupa, le hubiera sido tremadamente difícil a este Tribunal dictaminar sobre si la analítica del VHP, está vinculada al resto de procedimiento de analíticas patológicas que conforman el lote 1 del contrato, pero ha sido el propio Órgano de contratación quien en dos informes confirma que esta tipología no está incluida en el PPTP ni es coincidente con el resto de los reactivos objeto del contrato en el lote 1, considerándolo como una tipología distinta a la licitadas que se convierte en mejora para lograr con ello una mayor calidad en los servicios de diagnóstico sin mayor coste añadido, fundamentando todo ello en el interés público.

Este caso es parecido al estudiado sobre los armarios dispensadores. Nadie duda de su utilidad y mejora de la prestación con su existencia, pero el armario, al igual que en nuestro caso la analítica sobre el VHP no forma parte del objeto del contrato, ni la administración puede enriquecerse a través de incorporar mejoras que carecen de financiación en el presupuesto de contrato. Ni siquiera alegando el interés público y la mejora de la sanidad, justificaciones muy loables pero de escaso peso jurídico.

Por todo ello, la inclusión de unos reactivos y su correspondiente equipo analizador, para la determinación de patologías no incluidas en el objeto del contrato, no puede considerarse una mejora conforme a la definición que de esta figura jurídica efectúa el artículo 145.7 de la LCSP y en consecuencia debe estimarse el recurso en base a este motivo.

Esta estimación al afectar a los criterios de adjudicación conlleva la nulidad de los pliegos de condiciones, si bien los otros lotes no se ven afectados por el resultado del recurso, al ser los pliegos comunes a todos los lotes, los ocho restantes también se verán afectados en la nulidad de los pliegos de condiciones, debiendo el Órgano de contratación impedir la apertura de los archivos informáticos que contienen las diferentes propuestas e iniciar las acciones necesarias para promover una nueva licitación una vez sean corregido el PCAP en los criterios de adjudicación referidos, en el caso de seguir interesándole la adjudicación de este contrato.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Agilent Technologies Spain S.L., contra el anuncio y los Pliegos de Condiciones que regirán el contrato de “Suministro de reactivos de técnicas varias para el servicio de anatomía patológica” del Hospital Universitario de Getafe, número de expediente PACP20-1-4, anulando el PCAP en los términos que se expresan en el fundamento quinto de esta resolución.

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 acordada por este Tribunal el 2 de julio de 2020.

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.