

Recurso nº 619/2019

Resolución nº 513/2019

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de ROCHE DIAGNOSTICS S.L.U. (en adelante ROCHE) contra la resolución por la que se adjudica el contrato “Suministro de reactivos de Hematología para el Hospital Universitario de Getafe” (Expediente PAPC 2019-1-11), para el lote 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 20 de junio de 2019, en el BOCM de fecha 3 de julio y en la Plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de junio, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 448.809,24 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- El 14 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ROCHE en el que solicita la exclusión del adjudicatario.

Tercero.- El 20 de noviembre 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 Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, 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 10 de diciembre de 2019, presentan escrito de alegaciones las empresas oponiéndose a la estimación del recurso en los términos que se harán constar en el Fundamento de Derecho Quinto.

Quinto.- 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.

Sexto.- Mediante Resolución de este tribunal 401/2019, de 19 de septiembre, se estimó el recurso especial en material de contratación interpuesto por la empresa Menarini Diagnósticos, actual adjudicataria, contra la exclusión de su oferta para este expediente, donde se hacía constar en su Fundamento de Derecho Quinto

“Vistas las alegaciones de las partes, en especial el informe técnico donde rectifica el criterio seguido en el anterior informe que sirvió de base para la exclusión de la recurrente, procede aceptar dicha rectificación donde de manera indubitable se determina el cumplimiento de las prescripciones técnicas recogidas en los Pliegos, procediendo, por tanto, la estimación del recurso”.

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 clasificada en segundo lugar *“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 resolución por la que se adjudica el contrato, que fue notificada el 23 de octubre de 2019, presentando el recurso el 14 de noviembre, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministros 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 se fundamenta en tres motivos:

- 1- La justificación de la equivalencia de su oferta a la prevista el PPT no se realizó en el momento procedural oportuno.
- 2- La oferta de la adjudicataria incumple la especificación técnica, incluida en punto 3.1. del PPT: *“La calibración de los equipos cedidos, será conforme a las normas ISO 9000, debiendo entregarse en el servicio copia de la documentación acreditativa del cumplimiento de este requisito”.*
- 3- La omisión reiterada de información esencial para la comprobación del cumplimiento del PPT.

Respecto al primer motivo, la recurrente no cuestiona el cumplimiento del PPT en lo referente a la oferta de la adjudicataria, cuestión ya resuelta por este Tribunal en su Resolución 401/2019, antes mencionada, sino que la justificación de ese incumplimiento no se realizó en el momento procedural oportuno. Considera que el órgano de contratación en su informe del recurso presentado por Menarini modificó su criterio anterior señalando que, teniendo en cuenta el apartado 3.1 del PPT, su oferta cumplía los requisitos solicitados. Dicho apartado señala *“Las especificaciones del equipamiento solicitado son orientativas, por lo que las Empresas concursantes podrán incluir en sus ofertas, equipos con características similares siempre que el nivel tecnológico y sus prestaciones funcionales sea igual o superior al descrito”*.

En este sentido, considera que la oferta de Menarini hubiese sido correcta si hubiera incluido en su oferta la justificación de la equivalencia, sin embargo, en sede de recurso especial se le permitió completar y modificar dicha oferta. Para concluir, sostiene que tanto si se cumplía el PPT de forma directa o por equivalencia, el momento para demostrar tal cumplimiento es dentro del plazo de presentación de ofertas, como dispone expresamente el artículo 126 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación mantiene respecto a la acreditación del cumplimiento del PPT en el momento correcto. Señala que para acreditar este

extremo solo hay dos opciones: bien la solicitud por el órgano de contratación de la ampliación y en su caso la explicación de la oferta, lo que para la recurrente pudiera ser una modificación de la oferta presentada en un primer momento por MENARINI o bien que la nueva calificación se realizó en función de la documentación entregada al Tribunal. Señala que el primer punto es totalmente falso ya que ni se pidió ni fue entregada por la empresa ni aclaraciones a la oferta ni la modificación de la misma como puede verse de la documentación que se desprende del expediente.

Respecto el segundo de los puntos, señala que es una cuestión que “*no merece discusión en este foro hacer entender a la mercantil si la documentación que entrega una empresa en un recurso es suficiente para que el tribunal resuelva sobre su cumplimiento o no*”.

Por su parte, la adjudicataria alega no se aportó en ningún momento información o documentación nueva, y que el órgano de contratación se limitó a “reanalizar” las fichas técnicas y catálogos previamente presentados en su oferta. En el citado recurso pidieron una nueva valoración en la que se verificase el efectivo cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas establecidas en Pliegos sobre la documentación obrante en la oferta presentada.

Del análisis del expediente de contratación, se constata que la propuesta técnica presentada por la adjudicataria no ha sido objeto de ampliación, aclaración o modificación. El órgano de contratación analizó dicha documentación y en un primer momento consideró que incumplía las prescripciones establecidas en el Pliego. Posteriormente, en fase de informe del recurso volvió a analizar esa misma documentación, sin variación alguna respecto a la originalmente presentada, concluyendo que cumplía los requisitos solicitados. En este sentido el informe del órgano de contratación al recurso de MENARINI dice textualmente: “*(...) Reanalizadas las fichas técnicas y catálogos presentados por la empresa Menarini, se ha comprobado que, aun no contando con radiofrecuencia como método de análisis complementario, el equipo presentado cumple perfectamente con la*

funcionalidad requerida, y teniendo en cuenta el apartado 3.1 del PPT, la oferta presentada por la casa Menarini, cumple con los requisitos solicitados”.

El hecho de que el órgano de contratación, en su primer informe, no apreciara el cumplimiento de las prescripciones técnicas, no presupone que estas no estuvieran justificadas en los términos del PPT, pues tras un análisis más pormenorizado, ha llegado a la conclusión, modificando legítimamente el anterior criterio, que dicho cumplimiento existe. Aspecto, este último, sobre el que este Tribunal ya se pronunció en los términos favorables señalados anteriormente.

No debe admitirse la alegación del recurrente en cuanto a que los argumentos en los que MENARINI fundamentó su recurso pudieran haber servido como ampliación de su oferta. Obviamente sirvieron de base al órgano de contratación para encontrar una nueva perspectiva de la propuesta y proceder a un análisis más profundo de la misma, que le llevó a concluir que su primera apreciación de la documentación presentada era incorrecta, procediendo a modificar su criterio; todo ello sin que se variase, en lo más mínimo, la documentación inicialmente presentada.

Por tanto, debe concluirse que el cumplimiento del PPT se produjo dentro del plazo de presentación de las ofertas, en los términos exigidos en el artículo 126 de la LCSP, lo que lleva a la desestimación del presente motivo.

Respecto al segundo motivo, referente a que la oferta de la adjudicataria incumple la especificación técnica, incluida en punto 3.1 del PPT: *“La calibración de los equipos cedidos, será conforme a las normas ISO 9000, debiendo entregarse en el servicio copia de la documentación acreditativa del cumplimiento de este requisito”.*

La recurrente alega que MENARINI en su oferta hace constar: *“El fabricante de los equipos cumplimenta al final del proceso de fabricación de los mismos el*

documento *Final Test Report*. Este documento refleja todas las pruebas, verificaciones y comprobaciones que se llevan a cabo antes de liberar el instrumento. Entre las pruebas que se llevan a cabo está la verificación de la funcionalidad y la calibración del instrumento. Ver documento adjunto". Acompañan esta declaración tres documentos adjuntos, aunque, a su juicio, ninguno guarda relación con la calibración conforme a las normas ISO. Las declaraciones de conformidad para marcado CE no guardan relación alguna con la norma ISO 9000 sino con otras exigencias particulares del diagnóstico in vitro.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que el Laboratorio de Hematología tiene acreditado el cumplimiento de las normas ISO 9001; con este punto se está exigiendo al proveedor adjudicatario que su funcionamiento y el de sus equipos cedidos se ajusten a estas normas, una vez instalados en el Laboratorio, para poder mantener el Laboratorio su acreditación. No se solicita al licitador que disponga de la acreditación ISO 9000 como empresa, que se debería incluir en las condiciones de solvencia, sino que su funcionamiento en lo que afecta al Laboratorio de Hematología se ajuste a los establecido en el protocolo existente para poder mantener este su acreditación.

Por su parte, el adjudicatario manifiesta que el Pliego no requiere un certificado ISO concreto, sino que se entregue documentación acreditativa del cumplimiento de dicho requisito, esto es, la calibración realizada conforme a los estándares establecidos en la ISO 9000.

Vistas las alegaciones de las partes, hay que considerar que la obligación establecida en el apartado 3.1 del PPT, debe entenderse como una condición especial de ejecución, debiendo el adjudicatario, con posterioridad a la adjudicación del contrato, calibrar los dos equipos de cesión obligatoria conforme a la norma ISO 9000 cuyo cumplimiento tiene acreditado el Laboratorio del Hospital, sin que en ningún momento, como señala el órgano de contratación, se exija al adjudicatario la

acreditación de tal norma. Su cumplimiento deberá acreditarse en la fase de ejecución del contrato, cuando se realice la instalación de los equipos.

Por ello, procede la desestimación del presente motivo.

Respecto al tercer motivo del recurso, el recurrente se refiere a la omisión reiterada de información esencial para la comprobación del cumplimiento del PPT. En concreto, a las previstas en el apartado 4 del PPT:

- “- El licitador en su oferta deberá hacer constar si es necesario algún tipo de preparación previa del lugar de ubicación del equipo, instalaciones eléctricas, instalaciones de fontanería, obras de asentamiento, etc... Así mismo cualquier alteración física de tabiques, suelos, techos, etc, deberá ser comunicada previamente al Servicio de Mantenimiento del Centro.*
- Las empresas licitadores deberán incluir en su oferta una descripción de la dotación adicional al equipamiento cedido que facilite la realización de la actividad, ésta dotación deberá ser también cedida al Hospital. Deberán incluir en su oferta el diseño, la cantidad de elementos y su posible distribución (podrán adjuntar plano)”.*

Considera que la adjudicataria no aporta documentos ni información que permita verificar estos extremos. Lo mismo se verifica, a su juicio, respecto de otros parámetros exigidos en el PPT relativos a la asunción de gastos de cualquier naturaleza que en concepto de instalaciones y formación para el manejo de los equipos pudieran ocasionarse, y que serán también por cuenta del proveedor adjudicatario, como por ejemplo los de certificación de la lectura inicial del contador, de abono de la cuota de conexión al SIL. Tampoco se incluye en la oferta un compromiso de retirada al final del contrato, como expresamente se exige en el PPT, o información sobre el apartado 5 del PPT sobre mantenimiento de los equipos, y 7 relativo al control de consumo. Finalmente, alega que la adjudicataria no aporta, ni siquiera, un compromiso genérico del cumplimiento de los mínimos exigidos por el PPT.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que respecto a la cuestión que invoca la recurrente sobre *“no aporta ni siquiera un compromiso genérico de cumplimiento de los mínimos del PPT”*, parece innecesario enumerar las cientos de Resoluciones en las que dando cumplimiento a la Ley de Contratos, los pliegos vinculan a las partes y son la ley que rige en el contrato por tanto la presentación de la oferta confirma el sometimiento de ambas parte a lo que rige en el PPT.

No puede presumirse a futuro que una adjudicataria no cumplirá con lo establecido en el PPT ya que si cumple las prescripciones técnicas y el resto de requisitos legales y resulta ser adjudicataria, solo con el desarrollo de la ejecución del contrato, podrá comprobarse si efectivamente cumple o no y en caso de producirse el incumplimiento llevar a cabo los mecanismos de penalización y en su caso, de resolución del contrato pero nunca adjudicar o no por una previsión de futuro.

Por su parte, el adjudicatario sostiene que en el apartado 4 del PPT *“Instalación de Equipamiento”* ningún momento establece la obligación de aportar documentación concreta, ni mucho menos califica de *“esencial”* la obtención de información relativa a dicho apartado.

Vistas las alegaciones de las partes, del análisis del PPT y de la oferta del adjudicatario se constata, respecto a la obligación de hacer constar en la oferta algún tipo de preparación previa del lugar de ubicación del equipo, instalaciones eléctricas, de fontanería etc., que esa exigencia está matizada por el término *“si es preciso”*. En lo referente a la descripción del equipamiento cedido, se hace constar el término *“adicional”*. Pues bien, en la propuesta del adjudicatario se hace constar en el apartado 4 de su propuesta *“Instalaciones del Equipamiento”*:

- *No son necesarios sistemas ni fungibles para el tratamiento de agua.*
- *Para la instalación de los equipos solo es necesaria la toma de corriente.”*

Lo que las prescripciones técnicas están planteando a este respecto es la previsión de las eventualidades que se pudieran producir a la hora de proceder a la instalación de los equipos, con objeto de anticipar posibles dificultades en la instalación en el caso que fuera necesario. En el caso que nos ocupa, el adjudicatario lo que comunica es que para la instalación de los dos equipos solamente es necesario una toma de corriente, sin mayores instalaciones adicionales, aspecto que es aceptado por el órgano de contratación.

Finamente, respecto a la alegación de que no se aporta *“ni siquiera un compromiso genérico de cumplimiento del PPT”*, procede señalar que conforme a la doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como requisitos mínimos necesarios en los pliegos que rigen el procedimiento.

Así el artículo 139.1 de la LCSP establece que: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...).”*

Por todo lo anterior, no queda acreditada incumplimiento alguno respecto a lo previsto en el PPT, por lo que el motivo debe ser desestimado.

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 la representación de ROCHE DIAGNOSTICS S.L.U, contra la resolución por la que se adjudica el contrato “Suministro de reactivos de Hematología para el Hospital Universitario de Getafe” (Expediente PAPC 2019-1-11), para el lote 2.

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.- Levantar 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.