

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

En Madrid, a 14 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don V.B.M., y Doña R.G.N., en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Móstoles de fecha 11 de abril de 2013, por la que se adjudica el lote 7 del contrato de "Suministro para la adquisición de reactivos de serología, biología molecular, pruebas rápidas y otros procedimientos automatizados" nº expte 2012-0-36, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de diciembre de 2012, se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, así como en el B.O.C.M el anuncio de la licitación mediante procedimiento abierto del "*Contrato de suministro para la adquisición de reactivos de serología, biología molecular, pruebas rápidas y otros procedimientos no automatizados*" a adjudicar con pluralidad de criterios, y con un valor estimado de 1.218.008,76 euros.

Segundo.- El objeto del contrato, tal y como viene definido en el apartado 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) comprende:

“El suministro de todo el material necesario (reactivos, controles, calibradores, fungibles, etc.) para realizar las técnicas analíticas realizadas en el Laboratorio de Serología del Hospital Universitario de Móstoles, en el número de determinaciones cuya descripción se detalla posteriormente (punto 2 del presente pliego), así como los instrumentos y/o dispositivos necesarios para realizar dichas técnicas en régimen de cesión, así como su mantenimiento integral durante la vigencia del contrato”.

Las técnicas objeto del contrato quedan descritas en el punto 2.1 del citado PPT *“descripción de las técnicas analíticas, determinaciones, precios unitarios (suministro reactivos y otros fungibles)”*.

En el apartado 8.2 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) figura como criterio de adjudicación la calidad técnica y como ítem de valoración para el Lote 7 “Genotipado de VPH”, se establece:

*“Consolidación de diferentes técnicas con marcado CE en la misma
Plataforma hasta 10 puntos
Criterio
Consolidación más de 5 técnicas 10 puntos
Consolidación 3 técnicas 5 puntos
Consolidación 2 técnicas 0 puntos”.*

ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., (Roche) presentó oferta, entre otros, al lote 7 del procedimiento de contratación.

El informe técnico de valoración respecto a la oferta presentada por Roche al referido lote 7 realiza la siguiente apreciación: *“De las 6 técnicas mencionadas solo DOS de ellas se realizan en los Laboratorios de Microbiología”* y le otorga una calificación de 0 puntos.

En fecha 15 de abril de 2013 fue notificada mediante fax la Resolución de adjudicación, de fecha 11 de abril de 2013, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Móstoles, resultando de la misma la adjudicación del lote 7 del referido procedimiento de contratación a la empresa Abbott Laboratories, S.A.

Tercero.- Contra el indicado Acuerdo, Roche previo anuncio del mismo el día 26, interpone recurso especial en materia de contratación ante el Hospital Universitario de Móstoles el día 30 de abril de 2013, remitiendo el expediente de contratación junto con el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, el día 6 de mayo.

La recurrente argumenta la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación para la selección de la oferta económicamente más ventajosa del lote 7, insuficiente puntuación y solicita que:

(i) Se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Móstoles, de fecha 11 de abril de 2013 correspondiente al lote 7 del referido procedimiento de contratación;

(ii) Se ordene la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la valoración de las ofertas del Lote 7;

(iii) Se proceda a evaluar de nuevo las ofertas técnicas en virtud de los criterios previstos en los pliegos y se proceda a adjudicar el referido contrato correspondiente al Lote 7 a Roche por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Cuarto.- Con fecha 6 de mayo se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación habiéndose formulado dentro de plazo por Abbott Laboratories, S.A. que alega que el suministro tiene por objeto reactivos con destino a un laboratorio que se encuentra dentro del servicio de Microbiología, por lo que no sería necesario ir repitiendo en cada uno de los puntos de los Pliegos que las

técnicas se realizarán en dicho laboratorio o servicio ya que queda claro desde el principio y que la valoración efectuada es correcta.

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 recurrente para interponer recurso especial por tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se documenta la representación mancomunada de los firmantes del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada fue dictada el 11 de abril de 2013, practicada la notificación el día 15 e interpuesto el recurso el día 30.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- Señala la recurrente que el PCAP, respecto del criterio de adjudicación del lote 7 reproducido en los antecedentes de hecho, exige que las ofertas de los

licitadores sean valoradas con mayor o menor puntuación en función del número de técnicas con marcado CE consolidadas en la misma plataforma, criterio que no deja lugar a interpretaciones, ni a considerarlo oscuro o demasiado abstracto.

Sin embargo, considera la recurrente que en el momento de la valoración de las ofertas, se modificó el mencionado criterio de adjudicación mediante la adición de contenido no previsto inicialmente, suponiendo la vulneración del artículo 151.1 del TRLCSP, así como de los principios de transparencia e igualdad de los licitadores consignados en el artículo 1 del TRLCSP.

Señala la recurrente que el órgano de contratación en la valoración realizada en relación con el ítem “*Consolidación de diferentes técnicas con marcado CE en la misma plataforma*”, ha resuelto añadir que dichas técnicas deben realizarse en Laboratorios de Microbiología, precisión que no se encuentra consignada en los Pliegos, siendo ello contrario a la doctrina y jurisprudencia que expone, por estar modificándose en el momento de valoración de las ofertas un criterio de adjudicación inicialmente claro. De haberse expuesto inicialmente en los pliegos la oferta presentada por Roche hubiera variado. Añade que el órgano de contratación ha valorado la calidad técnica de las distintas ofertas atendiendo a criterios que no se hicieron constar ni se exigían en los pliegos e ignorando por completo la ley del contrato, así como la doctrina y jurisprudencia en relación con esta materia, no siendo ello posible por cuanto únicamente pueden seguirse los parámetros previstos en los pliegos, para garantizar así la máxima igualdad entre los diferentes licitadores. Todo lo anterior supone una arbitrariedad en la actuación de la Administración, que es disconforme a Derecho, lo cual, según Roche, conduce a afirmar que dicha valoración se halla viciada de nulidad de pleno derecho en cuanto al primero de los criterios técnicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1 en su apartado e) de la Ley 30/92.

Por otra parte el informe del Hospital de Móstoles señala, que a la vista del objeto del contrato en los criterios de valoración no se podrán valorar otras técnicas

que no sean objeto del contrato, es decir cualquier otra que no aparezca en el listado de pruebas detallado en el apartado 2 del PPT. Cuando en el informe técnico, concretamente en el criterio primero del Lote 7 se indica que la valoración *“de las 6 técnicas mencionadas solo DOS de ellas se realizan en los Laboratorios de Microbiología”* no se está contraviniendo ninguna norma, sino ciñéndose estrictamente a la no valoración de técnicas no incluidas en este expediente de contratación. Sería bastante contradictorio que cualquier oferta resultase adjudicataria en la valoración técnica por la valoración positiva de aspectos de calidad de productos no relacionados con el objeto del contrato y que, por tanto no se van a adquirir. En ese sentido sí se podría considerar como arbitraria la introducción de cualquier valoración respecto a pruebas que no están incluidas en el objeto de contrato, por contradecir expresamente el artículo 150 del TRLCSP. La empresa Roche no puede alegar desconocimiento de esta realidad, en la medida que es adjudicataria actual de algunas de las pruebas de las convocadas en este contrato y, como tal, es profunda conocedora del catálogo de pruebas que se realizan en el Laboratorio en cuestión, así como de la instrumentación necesaria para su realización.

El artículo 150 del TRLCSP establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenerse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y de detallarán en el anuncio, en los Pliegos de cláusulas Administrativas particulares o en el documento descriptivo.

El artículo 151.1 del TRLCSP, establece que *“el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes”*, no puede pues consecuentemente el

órgano de contratación, valorar las ofertas mediante criterios desconocidos por los licitadores.

Los Pliegos como viene manifestándose de forma reiterada por la jurisprudencia, constituyen la ley del contrato que obliga a las partes. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta el principio de que los pliegos de condiciones constituyen la ley de contrato y tienen fuerza vinculante para el contratante y para la Administración si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios de adjudicación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego.

Dicha condición de ley del contrato reconocida a los pliegos, supone también la imposibilidad por parte del órgano de contratación de establecer subcriterios o ponderaciones no dispuestas en los pliegos, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera en su sentencia de 24 de enero de 2008 (asunto Alexandroupolis).

El criterio de adjudicación que establece el apartado 8.2 del Anexo I del PCAP no deja lugar a dudas en cuanto a la automaticidad de la asignación de la puntuación, por cuanto el hecho de acreditar la disposición del mercado CE en diferentes técnicas que puedan consolidarse en una misma plataforma debe suponer la asignación de la puntuación que determina la escala que recoge. Pero evidentemente no puede conducirse al inadmisibles término absoluto de valorar cualquier técnica que se oferte. La interpretación de la cláusula ha de hacerse de conformidad con los criterios legales expuestos (vinculación directa al objeto del contrato, que figure en el PCAP y que no se modifique por el establecimiento de subcriterios). Así, se entiende fácilmente de la lectura del objeto del contrato y la

relación de técnicas que se relacionan, que el criterio de adjudicación cuya aplicación es objeto del recurso, ha de interpretarse no en sentido de admitir y valorar cualquier técnica que se oferte como consolidable en la misma plataforma, sino solo aquellas técnicas vinculadas al contrato que se relacionan explícitamente en el apartado 2.1 del PPT:

La oferta presentada por ROCHE, contiene un equipamiento para este lote 7 en el que es posible la consolidación de seis técnicas con marcado CE en una misma plataforma (Cobas 4800), dichas técnicas son las siguientes:

- a. Screening y genotipado del VPH
- b. Determinación cualitativa de Chlamydia trachomatis
- c. Determinación cualitativa de Neisseria gonorrhoeae
- d. Determinación del biomarcador KRAS
- e. Determinación del biomarcador BRAF
- f. Determinación del biomarcador EGFR

Entiende la recurrente que todas pueden consolidarse en una misma plataforma (Cobas 4800), por lo que no entiende que no obtenga la puntuación de 10 puntos, por lo que resultaría adjudicataria del lote 7 cuya valoración se discute. Pero como ya hemos avanzado lo que se trata es de comprobar si efectivamente todas esas técnicas se ajustan a lo exigido en el criterio de adjudicación lo que implicaría su valoración, o no se ajustan a lo valorable por ser técnicas que no están vinculadas al objeto del contrato.

Tal como se afirma en el informe técnico al recurso y en las alegaciones de Abbott Laboratories:

- De dichas pruebas las correspondientes a las letras d, e y f hacen alusión a marcadores biológicos tumorales para determinación en DNA, pruebas que nunca se realizan en un Laboratorio de Microbiología sino en el Laboratorio de Anatomía Patológica, y por tanto no cumplen con lo indicado en el punto 2 del PPT, y no pueden ser consideradas en la valoración del criterio "*consolidación de diferentes*

técnicas con marcado CE en la misma plataforma". Las pruebas e y f no se realizan en ningún Laboratorio del Hospital. La prueba d se realiza en el Laboratorio de Anatomía Patológica y por lo tanto no es objeto de este contrato.

- Las pruebas correspondientes a las letras b y c sí son realizadas en el Laboratorio de Microbiología, pero la plataforma que oferta la empresa Roche Diagnostics, S.L. no las realiza de forma independiente sino simultánea, de forma que, si el Servicio de Microbiología desea realizar sólo una de las determinaciones, no es posible. Por esta razón estas determinaciones se consideran como una sola a efectos de valoración técnica.

- Las pruebas correspondientes a las letras b y c, si bien son realizadas en el Laboratorio de Microbiología del Hospital de Móstoles, se realizan mediante técnicas manuales, y no mediante técnicas de biología molecular, que es el objeto del contrato en este lote en concreto, no apareciendo tampoco incluidas en el apartado 2 del PPT que recoge las técnicas analíticas objeto de este contrato.

El objeto del contrato es *"la adquisición de reactivos de serología, biología molecular, pruebas rápidas y otros procedimientos no automatizados"* según descripción de pruebas que se relaciona en el punto 2 del PPT. De esas pruebas objeto del contrato, la empresa ROCHE sólo consolida en su plataforma la prueba de "Screening y genotipado de VPH".

El Tribunal considerara ajustada a derecho la valoración llevada a cabo por el órgano de contratación en cuanto a la exigencia de que las pruebas ofertadas deban poder realizarse en el Laboratorio de Microbiología según la relación de pruebas objeto del contrato que figuran en el PPT.

Asimismo considera ajustada la puntuación otorgada resultante de la valoración de la prueba de screening y genotipado del VPH, sin tener en cuenta otras también propias del laboratorio de microbiología, pero no incluidas en el objeto

del contrato como son las de determinación cualitativa de *Chlamydia trachomatis* y *Neisseria gonorrhoeae*.

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 el recurso interpuesto por Don V.B.M., y Doña R.G.N., en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Móstoles de fecha 11 de abril de 2013, por la que se adjudica el lote 7 del contrato de "Suministro para la adquisición de reactivos de serología, biología molecular, pruebas rápidas y otros procedimientos automatizados" nº expte 2012-0-36.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada en sesión del día 8 de mayo de 2013.

Tercero.- 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.

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 49 del TRLCSP.