

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

En Madrid, a 27 de junio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don R.I.B., en nombre y representación de la empresa Becton Dickinson S.A.U. contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal por la que se adjudica el lote 5 del contrato de suministro de reactivos y material fungible para el Laboratorio de Inmunología de dicho Hospital, exp. Nº 2013000006, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 24 de diciembre de 2013, y 8 y 23 de enero de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE, BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 2.506.240,38 euros, dividido en 11 lotes.

El lote 5 del indicado contrato, cuya adjudicación es objeto del presente recurso, tenía por objeto el suministro de reactivos “celular tumoral-citometría III” entre los que se comprenden 8 números de orden.

Entre las características técnicas de los productos objeto del lote 5 interesa destacar en relación con el objeto del contrato, que el pliego de prescripciones técnicas (PPT) exige, *“adaptación de las técnicas a los protocolos internos de laboratorio.”*

Segundo.- A la licitación convocada para los productos objeto del recurso se presentaron seis empresas entre ellas la recurrente.

El día 27 de mayo de 2014 se dicta Resolución de adjudicación del contrato que se notifica a la recurrente con fecha 29 de mayo, habiendo recaído la adjudicación del lote 5 en la empresa Beckman Coulter S.L.U., quedando clasificada en segundo lugar la oferta de la recurrente.

El 16 de junio de 2014, la empresa Becton Dickinson presenta, previo el anuncio al que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato ante este Tribunal, que lo comunicó al órgano de contratación solicitando el expediente y el informe preceptivo contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP, el mismo día.

En el recurso se solicita que se proceda a la exclusión de la empresa Beckman Coulter S.L.U. de la licitación al no cumplir las prescripciones técnicas mínimas exigidas en la convocatoria, en concreto por no presentar los productos ofertados por la adjudicataria, la requerida adaptación de las técnicas a los protocolos internos de laboratorio. Para sostener sus pretensiones la recurrente aporta escrito firmado por un Facultativo Especialista de Área del Servicio de Inmunología del Hospital Ramón y Cajal, en el que se informa de que para la correcta realización de los estudios de inmunofenotipo de determinadas enfermedades inmunológicas, el departamento utiliza el número de anticuerpos monoclonales (especificidades) que detalla a continuación:

- 48 especificidades distintas en primer color (FITC y otros fluorocromos).
- 59 especificidades distintas en segundo color (PE y otros fluorocromos).
- 24 especificidades distintas en tercer color (PerCP, PE-Cy5 y otros fluorocromos).
- 22 especificidades distintas en cuarto color (APC y otros fluorocromos).

Tercero.- Con fecha 20 de junio de 2014 se remite a este Tribunal el expediente administrativo, aportando el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el indicado informe el órgano de contratación señala que con fecha 17 de junio de 2014, el Jefe de Servicio de Inmunología del Hospital ha procedido a la revisión de la documentación técnica del lote 5, y que ha reiterado que la adjudicataria cumple las especificaciones técnicas de los reactivos solicitados. (Se acompaña dicho informe). Se indica también que *“en el informe se hace mención a que las limitaciones del catálogo de la mercantil Beckman Coulter S.L.U. impiden la realización completa de los protocolos internos del laboratorio en el diagnóstico de leucemias y linfomas”*, por lo que la puntuación debe ser de 12 puntos ya que la calidad está dentro de la media y la de la recurrente de 20 puntos ya que supera la calidad media. Concluye solicitando que se desestime el recurso.

Cuarto.- Con fecha 20 de junio se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado alegaciones por la empresa Beckman Coulter S.L.U. - adjudicataria del lote 5, el día 26 de junio, en las que aduce, su oferta cumple todas las especificaciones técnicas contempladas en los pliegos rectores de la licitación. En concreto señala que *“las especificaciones técnicas previstas en el PPT para el Lote 5, respecto de los reactivos, únicamente prevén que será necesario:*

- *Aportar los reactivos necesarios para la realización de las determinaciones que se indican en el nombre del producto.*

- *Suministrar sin cargo todos los controles, calibradores, diluyentes, tampones, cubetas, etc., así como todo el material fungible, si fuese necesario para desarrollar la técnica.*
- *Suministrar sin cargo los controles externos de calidad.*

Esto es, en modo alguno, en el PPT se establece referencia o exigencia que vincule las necesidades del centro con un número mínimo en relación con los reactivos”.

A mayor abundamiento señala que la previsión a que se refiere el recurso interpuesto por Becton “adaptación de las técnicas a los protocolos internos del laboratorio” se encuentra entre las especificaciones de la instrumentación y no de los reactivos, como parece pretender la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Becton Dickinson S.A.U. ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por 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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 2.506.240,38 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 29 de mayo, por lo que el recurso presentado el día 16 de junio, se interpuso en plazo.

Cuarto.- 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.

Quinto.- El recurso se contrae a solicitar la anulación de la adjudicación efectuada a la empresa Beckman Coulter S.L.U., por incumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas en el PPT aduciendo vulneración de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración Pública, en concreto el principio de igualdad de trato, así como concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración.

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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

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 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Sentado lo anterior debe considerarse si los productos ofertados para el lote5 cumplen las características técnicas exigidas, en concreto respecto de la adaptación de las técnicas ofertadas a los protocolos internos de laboratorio.

Debe en primer lugar deslindarse el alcance de la exigencia del PPT, puesto que como señala la adjudicataria en el trámite de alegaciones la adaptación de las técnicas a los protocolos internos de laboratorio se encuentran ubicadas bajo el título “Especificaciones de la instrumentación”. Dicha instrumentación según el mismo apartado del PPT son 2 clitómetros de flujo, y 6 detectores de flurotomos. Sin embargo, la definición de la prescripción es confusa puesto que a pesar de incluirse dentro del apartado de instrumentación, la misma exigencia se refiere a las “técnicas”, siendo así para todos los lotes del contrato. A ello se añade que en la descripción del criterio de calidad en el PCAP se indica bajo el título valoración de los reactivos “parámetros estadísticos de las técnicas” y consecuentemente en el informe de valoración de 14 de marzo de 2014, cuando se valora el producto, - no la instrumentación,- se incluye un concepto como el de parámetros estadísticos de las muestras citando la especificidad, reproductibilidad y dispersión, que no están referidos a la instrumentación a aportar sino al conjunto de reactivos ofertados.

Debe por tanto realizarse una interpretación de conjunto del elemento a tener en cuenta y por tanto considerar que cuando el PPT y el PCAP se refieren a las “técnicas”, se refieren al sistema a suministrar en su conjunto. Así cuando el PPT define las especificaciones de los reactivos señala que el adjudicatario deberá *“Suministrar sin cargo todos los controles, calibradores, diluyentes, tampones, cubetas. Etc, así como todo el material fungible, si fuese necesario para desarrollar la técnica”*. Desde el punto de vista de la interpretación literal también llegamos a esta conclusión porque lo que el PPT exige, insistimos, es la “adaptación de las técnicas”, no la adaptación de la instrumentación, por más que dicha exigencia sistemáticamente se encuentre ubicada bajo las especificaciones de la instrumentación.

Por otro lado en su informe el órgano de contratación en modo alguno indica que la compatibilidad o adaptabilidad deba referirse a la instrumentación, sino que justifica su actuación en la valoración de la calidad del producto. Por otro lado

parece claro que no puede ser la voluntad del órgano de contratación la de adquirir unos reactivos para realizar unas determinaciones que no contienen el número necesario de especificaciones para realizar la analítica conforme a los protocolos del servicio. Debe ponderarse por tanto el perjuicio que se causaría al interés general de adquirir un producto que como reconoce el órgano de contratación *“impiden la realización completa de los protocolos internos del laboratorio en el diagnóstico de leucemias y linfomas”* y el interés del licitador que confiado en la redacción confusa del PPT realizó la oferta adjudicataria.

Expuesto lo anterior, debe analizarse si se produce el concreto incumplimiento alegado. Aduce la recurrente al respecto que habiendo tenido acceso al expediente de contratación se comprueba que la adjudicataria ofertó las siguientes referencias:

- AM tercer color: Un total de 11 anticuerpos disponibles.
- AM FITC: Un total de 22 anticuerpos disponibles.
- AMPE: Un total de 30 anticuerpos disponibles.
- AM cuarto color: Un total de 12 anticuerpos disponibles.

Si comparamos la funcionalidad de los productos ofertados con los parámetros del protocolo analítico del Servicio de Inmunología del Hospital Ramón y Cajal, cuando realiza el estudio inmunofenotípico de leucemias, síndromes mielodisplásicos, inmunodeficiencias, hemoglobinuria paroxística nocturna, células madre, o subpoblaciones linfocitarias en pacientes infectados con el virus de la inmunodeficiencia adquirida, a que se refiere el documento acompañado por la recurrente firmado por un Facultativo Especialista de Área del Servicio de Inmunología del Hospital Ramón y Cajal, resulta que no se corresponden con los protocolos internos del laboratorio. Sin perjuicio del carácter probatorio del escrito del facultativo del Servicio de inmunología cuestionado por la adjudicataria en alegaciones, el propio informe del Responsable del Servicio de Inmunología de 17 de junio de 2014, afirma literalmente *“Ciertamente las limitaciones del catálogo de la casa comercial Beckman Coulter impiden la realización completa de los protocolos*

internos del laboratorio en el diagnóstico de leucemias y linfomas”, con lo que no es necesario acudir a prueba ulterior para tener por acreditada la no adaptación de las técnicas a los protocolos del servicio.

Respecto de lo alegado por el órgano de contratación, este Tribunal entiende que deben distinguirse dos cuestiones diferentes en relación con el requisito controvertido, y es que es distinto el tratamiento que debe darse a las características del producto a suministrar, en función de su consideración como criterio de valoración o como prescripción técnica.

Como es sabido todo el sistema de contratación pública en su regulación tanto de la Unión Europea como nacional, persigue la selección de la oferta económicamente más ventajosa, (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Gebroeders Beentjes, 31/87) respetando los principios de igualdad, libre concurrencia, y transparencia en la adjudicación. Para lograr esa igualdad y transparencia la Ley establece un sistema de adjudicación para los procedimientos abiertos basado en unos criterios cuya valoración de acuerdo con la ponderación que se haya establecido en los documentos que han de regir la licitación (pliegos), permitiría en principio dicha selección con respeto a los indicados principios. Dichos criterios no aparecen enunciados en la ley de forma exhaustiva, pero de forma enunciativa en función del contrato, la calidad puede ser uno de los criterios elegidos, tal y como se reconoce en la Sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC, Construction, C-19/00, cuyo contenido se recoge en el artículo 150 TRLCSP, “*Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad (...)*”.

En el caso que ahora nos ocupa, se establece el criterio de calidad atribuyendo una puntuación en términos relativos, en función de la calidad media del producto. En este tipo de establecimiento de criterios de valoración son dos los problemas que se plantean, de un lado falta de concreción de los criterios a valorar,

que deja su apreciación al órgano de contratación sin establecer unas pautas o criterios para aplicar la puntuación asignada y de otro la confusión entre dos aspectos de la licitación: de un lado la admisión de las ofertas que cumplan con las especificaciones de los pliegos y de otro la valoración de las mismas para la determinación del orden de las mismas al objeto de lograr elegir la oferta económica más ventajosa. Dado que los pliegos no han sido impugnados y que el objeto del recurso no es la valoración efectuada, este Tribunal en este caso no se pronuncia sobre la adecuación a derecho de la forma establecida para valorar el criterio calidad, centrándonos en la segunda cuestión.

Efectivamente mientras que en la valoración del criterio calidad, la consecuencia de la oferta de un producto que no cumple un parámetro mínimo de calidad podría suponer su valoración con 0 puntos, en el caso de que se incumplieran las exigencias mínimas o si se quiere las prescripciones técnicas requeridas en los pliegos, debería rechazarse la oferta en su conjunto, sin ni siquiera entrar a valorarla, evitando que por las vicisitudes de la valoración pudiera resultar adjudicataria una oferta que no cumpliera las necesidades mínimas fijadas por el órgano de contratación de acuerdo con el artículo 22 del TRLCSP, cuando decide convocar la licitación.

En este caso concreto la exigencia *“adaptación de las técnicas a los protocolos internos de laboratorio”*, - al igual que la cesión de la instrumentación y la asistencia técnica de los equipos-, no constituye una opción cuya oferta permita valorar la calidad del producto, sino una prescripción técnica cuyo incumplimiento debería determinar necesariamente la exclusión de la oferta.

En este caso no hay duda, puesto que así lo reconoce el propio órgano de contratación, que los reactivos cuyo suministro ofrece la adjudicataria *“impiden la realización completa de los protocolos internos del laboratorio en el diagnóstico de leucemias y linfomas”*, por lo que no cabe sino entender que la imposibilidad de realización completa de los protocolos internos del laboratorio significa que las

técnicas propuestas no se adaptan a los protocolos indicados al no permitir su realización completa, sin perjuicio de que en el expediente no consta ningún reproche respecto de la compatibilidad de la instrumentación con los protocolos del servicio.

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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Don R.I.B., en nombre y representación de la empresa Becton Dickinson S.A.U. contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal por la que se adjudica el lote 5 del contrato suministro de reactivos y material fungible para el Laboratorio de Inmunología de dicho Hospital, exp. Nº 2013000006, procediendo la exclusión de la adjudicataria por incumplimiento de las prescripciones técnicas del producto y su adjudicación a la siguiente oferta económicamente más ventajosa, siempre que cumpla con las indicadas prescripciones técnicas.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión mantenida por este Tribunal con fecha 18 de junio de 2014.

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.