

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ARKRAY España S.L., contra el acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 24 de junio de 2024, por el que se adjudica el Lote 5 del contrato de “Suministro de sistemas de automatización de laboratorio, equipo y materiales, para la realización de pruebas de análisis clínicos en el laboratorio del Hospital Universitario de Fuenlabrada” número de expediente PA SUM 23-019, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncio publicado el 13 de octubre de 2023 en el DOUE y el 16 de octubre de 2023 en la Plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 6 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 5.707.304,68 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron 7 propuestas, entre las que se encuentra la del recurrente.

Segundo. – Con fecha 7 de marzo de 2024, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación legal de ARKAY España S.L., en la que se solicita la nulidad de la adjudicación por errores de valoración de las ofertas.

En aquel momento el órgano de contratación se allanó a las pretensiones y en ejecución de la Resolución 123/2024 de 21 de marzo dictada por este Tribunal, anuló la adjudicación acordada y volvió a puntuar las ofertas presentadas.

Tras las anteriores actuaciones el órgano de contratación en fecha 24 de junio de 2024 adjudica el contrato a Menarini, por ser la mejor oferta en relación calidad precio.

Para llegar a esta clasificación, el HUF, optó por volver a verificar todos los criterios de valoración de las ofertas, en cautela de no cometer más errores que volvieran a hacer fracasar la adjudicación del contrato.

Tercero. - El 15 de julio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Arkray España S.A.U., en el que solicita la revisión de las puntuaciones otorgadas a las ofertas, que en consecuencia clasificarían de forma distinta a cada propuesta.

El 23 de julio de 2024 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 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 (LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el 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 (RPERMC), 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.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo Menarini presentó escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución.

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, y en consecuencia *“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 se adoptó y notificó el día 24 de junio de 2024 y se interpuso el recurso, en este Tribunal, el 15 de julio de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación en el marco de un contrato de servicios 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. - Tras la reevaluación llevada a cabo por parte del órgano de contratación y en ejecución de la Resolución de este Tribunal 123/2024 de 21 de marzo, el recurrente sigue sin mostrar conformidad con la nueva valoración y por idénticas razones a las ya apuntadas en el recurso 115/2024.

Sobre Menarini sigue insistiendo en su desacuerdo con la puntuación otorgada en los siguientes criterios cualitativos: instrumentos con detección de problemas de muestra y frecuencia de calibración, incluyendo ahora también la puntuación por el criterio de adjudicación sobre la trazabilidad de los datos referentes al procesamiento de las muestras y la información de cada reactivo.

Considera que el informe de reevaluación entiende en referencia al criterio de adjudicación frecuencia de calibración, que la información que debe primar en la valoración es la que figura en el manual y por tanto se modifica dicha puntuación otorgando a su empresa 10 puntos, a Menarini 5 puntos y a Horiba 0 puntos, sin embargo, considera que al otorgar esta puntuación no se atiende verdaderamente a lo previsto en los manuales. Basándose en que el cambio de columna se deberá realizar cuando se instala el equipo por primera vez y cuando se sustituya el filtro. Por lo tanto, será la sustitución del filtro la que marque la calibración de la columna.

Siguiendo con lo expuesto y considerando que el número de determinaciones (actuaciones) anuales es de 20.000 resulta que la calibración se efectuara:

Con el equipo de Arkray cada 2,4 meses, con el equipo de Horiba cada 30 días y con el equipo de Menarini cada 0,9 meses.

Resultando en consecuencia que la puntuación por este criterio de adjudicación será de:

- Menarini 0 puntos
- Horiba 5 puntos
- Arkray 10 puntos

Negando la aportada en el informe técnico que otorga:

- Menarini 5 puntos
- Horiba 0 puntos
- Arkray 10 puntos

A este respecto el órgano de contratación en su escrito de contestación al recurso interpuesto, hace suyas las determinaciones del informe técnico elaborado y justifica las calificaciones en este criterio n.º 6 de la siguiente forma: *“ Que entrando en el fondo de lo manifestado en el recurso y por lo que afecta a lo relatado respecto de la valoración del criterio núm. 6 del lote 5 y que ya fue objeto de impugnación en idénticos términos en el recurso especial de marzo, como ya dejó indicado esta Gerencia al tiempo de la anulación de la resolución de adjudicación de marzo de 2024, se solicitó información complementaria a las empresas HORIBA ABS IBÉRICA, SUCURSAL EN ESPAÑA DE HORIBA A. y MENARINI DIAGNÓSTICOS S.A. a fin de que aportaran evidencias técnicas en relación a “si el cambio de filtro requiere cambio de calibración en todos los casos o si no se dispone de él, cuál es la experiencia a nivel de los usuarios a este respecto”, esto último para poder valorar de manera adecuada el criterio nº 6 (Calibración).*

El criterio 6 valora la frecuencia en la calibración, extremo éste que hay que realizar con cada cambio de columna y/o filtro. Se detalla a continuación el proceso de valoración realizado con cada una de las empresas atendiendo a la oferta:

ARKRAY no tiene filtro (solo columna) y en su certificado figura que el cambio de columna ocurre cada 4.000 determinaciones, habrá que calibrar cada dos meses y medio obteniendo por ello la mayor puntuación: diez puntos.

MENARINI el cambio de columna es cada 6.000 determinaciones, pero como sí tiene filtro y éste hay que cambiarlo cada 1.500 determinaciones y tras cada cambio de filtro se recomienda calibración, la necesidad de calibrar es cada 28 días (esto es 0,9 mes), obteniendo con ello la puntuación intermedia: cinco puntos.

HORIBA su oferta indica que el cambio de columna es cada mes (que en nuestro centro es un periodo en el que se realizan 1.600 determinaciones). No obstante, cada 600 determinaciones hay que cambiar el filtro y recomienda calibrar, motivo por el que la necesidad de calibrar es entre 12 y 30 días, obteniendo por ello la peor puntuación: cero puntos.

Se trata, lo manifestado por el recurrente respecto del criterio 6, de una reiteración de lo ya manifestado en el anterior recurso, que ya fue oportunamente contestado, que a pesar de ello vuelve a formularse incluyendo el error de considerar el número de determinaciones reflejadas en el Pliego como de “mínimos” cuando el número de acuerdo al literal del pliego es de “máximos”.

En definitiva, la valoración y correlativa puntuación dada en el criterio 6 del lote 5, ha sido correcta por cuanto se ha adecuado a lo requerido en los pliegos en relación con la oferta presentada y las posteriores aclaraciones”.

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones invoca que estamos ante un recurso extemporáneo en su segundo motivo y ante el principio de cosa juzgada en el primero.

No podemos admitir tales pretensiones, pues tras la reevaluación de las ofertas su calificación es un nuevo acto administrativo, que además alcanzó también al criterio de valoración n.º 11, por lo que dichas valoraciones no son las mismas que originariamente se otorgaron siendo en consecuencia, ahora, también objeto de recurso.

Junto a estas dos excepciones apoya la puntuación obtenida en un desarrollo eminentemente técnico sobre ambos criterios de adjudicación que coinciden con los efectuados por el órgano de contratación.

En relación con el primer motivo de recurso y vistas las posiciones de las partes, consideramos que las puntuaciones atribuidas a las tres licitadoras son las correctas, pues la peor oferta no es la de Menarini, como pretende el recurrente sino la de Horiba que reduce a doce días la necesidad de calibración de la columna.

En cuanto al segundo motivo de recurso, esto es la puntuación obtenida por el criterio de valoración n.º 11, el recurrente considera que la documentación aportada por Menarini se refiere únicamente a la trazabilidad sin embargo la aportada por Arkray no solo alcanza a la trazabilidad sino también al control de calidad y envío de alarmas.

En consecuencia, Arkray merecería en este apartado 10 puntos, mientras que Menarini solo debía obtener 5 puntos.

El órgano de contratación a este respecto manifiesta: *“Que lo cierto es que ninguna de las ofertas presentadas por las empresas permiten conocer de forma indubitada el detalle real de que toda la información, flags y alarmas se transmita a los sistemas de información del Laboratorio. Lamentablemente para un análisis exhaustivo de tales extremos, sería preciso un peritaje informático con pruebas en real y el Hospital no dispone de un recurso que lo permita o bien exigiendo la aportación de evidencias sobre realización de tales volcados de información en otros clientes que*

tienen un sistema de información idéntico al de nuestro Servicio de Laboratorio, extremo éste que podría comprometer información confidencial de las empresas (tanto de clientes como de los propios ofertantes). Es por lo expuesto que entendiendo que la documentación aportada por las empresas se ajusta a la buena fe, se ha valorado la documentación presentada por todas las empresas en relación a este criterio, entendiendo que la base documental soporta que efectivamente cuando se implantara, el volcado de información tendría lugar y en este punto MENARINI, al igual que el ahora recurrente, deja evidenciado en la documentación aportada que dispone de mensajes de alarma y que utiliza el protocolo ASTM protocolo que permite el volcado de información, motivo por el que es de entender que también lo cumple y de ahí la puntuación otorgada.

Pero es que, además, de considerarse que la valoración en el presente criterio 11 es incorrecta y por ello se restaran 5 puntos a MENARINI y se sumaran 5 puntos a ARKRAY, nada cambiaría en la adjudicación realizada a favor de la primera, por cuanto aun igualando la puntuación obtenida en la fase técnica, los puntos obtenidos en la valoración de la oferta económica, harían inviable otro adjudicatario que no fuera el señalado en la resolución recurrida, esto es MENARINI”.

Indudablemente nos encontramos ante una cuestión eminentemente técnica para la cual este Tribunal no puede decidir por carecer de los conocimientos específicos necesarios.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, “cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene

denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “*arbitrariedad*” en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario, ni falta de motivación. A mayor abundamiento tal y como destaca el órgano de contratación, el cambio de puntuación en este apartado no modifica el total de éstas, por lo que nada ganaría el recurrente, que seguiría ocupando la segunda plaza en la clasificación de las ofertas. Por todo ello 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 presentado por la representación legal de ARKRAY España S.L., contra el acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 24 de junio de 2024, por el que se adjudica el Lote 5 del contrato de “Suministro de sistemas de automatización de laboratorio, equipo y materiales, para la realización de pruebas de análisis clínicos en el laboratorio del Hospital Universitario de Fuenlabrada” número de expediente PA SUM 23-019.

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 multa prevista en

el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto 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.