



Recurso nº 710/2015 C.A. Región de Murcia 41/2015

Resolución nº 736/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. ^a T.G.O. en nombre y representación de MENARINI DIAGNOSTICS, S.A. contra el acuerdo de adjudicación dictado por el Servicio Murciano de Salud para el suministro de material necesario para realizar determinadas analíticas en los laboratorios del área global de Cartagena (lote número 9), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 13 de noviembre de 2014 se publica en el BOE y en el perfil del contratante, el anuncio del Servicio Murciano de Salud por el que se convoca licitación pública para la contratación del suministro de materia necesario para realizar determinadas analíticas en los laboratorios del área global de Cartagena. La contratación estaba dividida en 26 lotes siendo el lote número 9 “hemoglobina glicosilada”.

Segundo. En fecha 9 de diciembre de 2014, se reunió la Mesa de Contratación Permanente de la Subdirección de Servicios Económicos y Pagadurías del Ministerio de Defensa, al objeto de proceder a la revisión de la documentación administrativa aportada por los licitadores concurrentes a la licitación.

Tercero. El plazo de recepción de ofertas finalizó el 3 de diciembre de 2014. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación sin incidencia alguna, en fecha 2 de junio de 2015, se dicta resolución por el órgano de contratación, adjudicando el lote número 9 a la empresa SEBIA HISPANIA, S.A. por ser la oferta más económica.



Cuarto. En fecha de 18 de junio de 2015, se anuncia por MENARINI DIAGNOSTICS, S.A., la interposición del recurso especial en materia de contratación. El recurso se interpone con fecha 22 de junio de 2015.

Quinto. Recibido el recurso por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se solicita alegaciones a todos los posibles interesados en este procedimiento, siendo que hasta la fecha se ha recibido escrito de la adjudicataria del lote número 9, SEBIA HISPANIA, S.A. con fecha 14 de julio de 2015.

Sexto. El 13 de julio de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCPS), de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del texto citado, será la resolución la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la resolución del recurso ya que el 21 de noviembre de 2012 se publica en el BOE, la resolución de 5 de noviembre de 2012 de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se publica el convenio de colaboración suscrito con la Comunidad Autónoma de Murcia, sobre atribución de competencia de los recursos contractuales.

El Convenio suscrito y publicado establece en su cláusula octava que producirá efectos desde el momento de su firma y que el Tribunal será competente para resolver únicamente los recursos especiales en materia de contratación, las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos, las solicitudes de adopción de medidas provisionales y las cuestiones de nulidad que se hubieran interpuesto o solicitado con posterioridad a la entrada en vigor del presente Convenio. Por todo ello el recurso interpuesto el 22 de junio de 2015, por MENARINI DIAGNOSTICS, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del Servicio Murciano de Salud debe ser objeto de resolución por este Tribunal.



Segundo. El recurrente ha cumplimentado el requisito del anuncio previo de interposición.

En cuanto al plazo legal para la interposición del recurso especial en materia de contratación es cierto como dice la adjudicataria en el escrito de alegaciones, cuando se impugna el acto final de adjudicación la regla a aplicar en cuanto al plazo de interposición es la prevista en el artículo 44.2 del TRLCSP, siendo el día inicial el siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado. Y es que en tales casos es preciso considerar el mismo día a quo para todas las notificaciones, como en su día señaló el Consejo de Estado en el dictamen sobre el anteproyecto de ley de modificación de la Ley de contratos del sector público y recuerdan entre otras varias resoluciones de este Tribunal.

Igualmente el día final no puede ser otro que el de recepción en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o del órgano de contratación, siendo que en estos casos se considera dicho precepto norma especial para los recursos en materia de contratación que debe aplicarse con preferencia a la normativa legal general de la Ley 30/1992.

No obstante, en el presente caso queda acreditado en el expediente que la remisión del acuerdo de adjudicación se produjo el día 8 de junio. Así consta la copia del correo electrónico dirigida a MERANINI DIAGNOSTIC. S.A., como fecha de puesta a disposición el ocho de junio de 2014 a las 12:43 horas, siendo que la fecha de entrada del contenido es las 12:51 horas. Como quiera que la entrada en el registro del Tribunal se produce el día 22 de junio de 2015, el recurso se ha interpuesto dentro de los 15 días hábiles que marca el artículo 44.2 del TRLCSP, en su párrafo primero.

Tercero. Al mismo tiempo debe entenderse que la interposición por parte del licitador MENARINI DIAGNOSTICS, S.A, se ha llevado a efecto por persona legitimada para ello precisamente por su concurrencia al procedimiento de licitación en el que se acuerda la adjudicación.

Igualmente, se interpone el recurso a través de representante con poder bastante para ello.



Cuarto. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro sujeto, por razón de su cuantía, a regulación armonizada por lo que al amparo del artículo 40, en sus apartados 1a) y 2c) es susceptible del mismo.

Quinto. En el escrito del recurso, el recurrente fundamenta su impugnación en una sola cuestión y es que, a su entender, la adjudicación del lote número 9 a la oferta presentada por la empresa SEBIA HISPANIA, S.A., lo es a una serie de productos que carecen de las especificaciones técnicas recogidas en los pliegos de prescripciones técnicas que rigen la convocatoria.

Así el pliego de prescripciones técnicas referente a las características de los equipos del lote nueve exige lo siguiente: *“Sistema de cromatografía líquida de alta presión en columna de intercambio iónico o electroforesis capilar, con separación de las fracciones HbA1, HbA1c, HbF, y HbA2: determinación de la fracción de la Hb glucosada sin interferencias por HB carbamylada, Hb F o variantes. Muestreador e inyector automático, uso de tubo primero al destapar, identificación positiva de muestras. Transferencia de resultados al SIL y programa de gestión y ayuda al diagnóstico.”*

Según el recurrente los equipos presentados por SEBIA HISPANIA, S.A., no cumplen con la separación de las fracciones mencionadas. En concreto el producto denominado **capillarys** no realiza la medición de la HbA1a y HbA1b, necesarias para determinar la HbA1, por lo que dicho sistema es manifiestamente imposible que pueda cumplir con la función de separación de las fracciones antes mencionada.

A mayor abundamiento presenta una gráfica obtenida del catálogo del fabricante.

En base a ello y a que los pliegos son ley entre las partes así como que se da la circunstancia del artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común ya que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, considera que es necesario declarar la nulidad de actuaciones llevadas a cabo por la Mesa de Contratación y la correspondiente retroacción al momento en que se realizó la valoración de las propuestas, procediéndose, a continuación, a la exclusión de la oferta presentada por SEBIA HISPANIA, S.A.



Además solicita adicionalmente que se proceda a dictar una nueva propuesta de adjudicación procediendo por parte del órgano de contratación a realizarla a favor de MENARINI DIAGNOSTIC, S.A.

Sexto. Por su parte el órgano de contratación realiza un informe jurídico y otro técnico, siendo destacable de este último las precisiones que realiza en cuanto a la oferta técnica de la adjudicataria y su acomodación al pliego de prescripciones técnicas: la HbA1 es la unión de tres fracciones: HbA1a, HbA1b, HbA1c, de las cuales sólo esta última conocida como hemoglobina glicosilada, es la única de interés clínico y se usa en el seguimiento y monitorización de la diabetes mellitus. Las fracciones HbA1a, HbA1b, identificadas como “otras HbA1” corresponden a fracciones glicadas menores y no tienen interés clínico al ser moléculas envejecidas y oxidadas. En ninguna parte de las prescripciones técnicas se exige que se separen las fracciones HbA1a, HbA1b, sino que se separen la HbA1 (suma de las dos) y la HbA1c. Finaliza afirmando que el sistema ofertado sí es capaz de separar estas fracciones identificadas como otras HbA1, puesto que la tercera fracción HbA1c queda separada previamente.

Con relación a la supuesta prueba presentada, la gráfica obtenida del fabricante (con mala imagen), el órgano de contratación presenta el gráfico del catálogo original y explica que lo presentado por el recurrente corresponde a una gráfica tipo de adulto normal y por tanto sin presencia de homoglobinas anómalas motivo por el cual no se aprecian. En cambio la recurrente no hace referencia a la página 10 del catálogo en la que sí se puede apreciar como el sistema puede separar esta variante.

Por último SEBIA HISPANIA, S.A alega la inadmisibilidad del recurso por haberse interpuesto fuera de plazo, basándose que la fecha de remisión de la notificación de la adjudicación se produce el 2 de junio y el recurso se interpone el día 22 de junio de 2015, por lo que se incumple el plazo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente al que se remite la notificación de la adjudicación previsto expresamente en el primer párrafo del artículo 44.2 del TRLCSP.

Aún en el supuesto que el recurso no fuera inadmitido solicita ad cautelam la desestimación del mismo en base a argumentos similares al órgano de contratación: que la HbA1c es la



única fracción que tiene interés clínico de ahí que el pliego no haga ninguna mención a que el suministro objeto de la contratación deba servir para separar las fracciones HbA1a y HbA1b. Siendo que el sistema *capillary*s, sí es capaz de separar estas dos fracciones de la anterior identificándolas como “otras HbA”.

Séptimo. Antes de entrar propiamente en la cuestión de fondo que plantea el recurrente conviene tener en cuenta que como ya ha puesto de manifiesto este Tribunal en varias ocasiones, entre otras, en la resolución 159/2013:

“Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 47.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en cuanto al recurso especial, de modo que, de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando en su caso que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículos 62.1.b) de la Ley 30/1992).

Por ello debemos inadmitir la pretensión, por carecer de competencia para resolverla sin perjuicio de nuestra competencia para conocer de todas las demás formuladas”.

Dado que en el presente recurso MENARINI DIAGNOSTIC, S.A. solicita que se proceda a dictar una nueva propuesta de adjudicación a favor de la recurrente en el suministro del lote número 9, por ser la licitadora que obtuvo la segunda puntuación más alta, debe entenderse que dicha pretensión no compete a este Tribunal debiendo inadmitirla.

Octavo. Como también se ha reiterado en numerosas ocasiones por parte de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en la Resolución 2081/2012, de 3 de diciembre:



“De acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, recogiendo así el principio “in claris non fit interpretatio”. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato”.

Y debe recordarse que lo mismo ocurre con el pliego de prescripciones técnicas. Así la Resolución de este Tribunal 523/2014, recuerda que : *“En este sentido, y como plasmación del citado principio, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicional por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”*

Si bien es cierto que el citado precepto se refiere tan solo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, parece evidente (y así se ha afirmado, por ejemplo, en la Resolución 264/2014, de 28 de marzo) que dicha exigencia no puede circunscribirse exclusivamente a su contenido y, en particular, que también deberán observarse en las tales proposiciones las exigencias que resultarían tanto del TRLCSP como de la legislación complementaria y de desarrollo de la misma.



De esta forma, y por lo que atañe a los pliegos de prescripciones técnicas, ha de tenerse presente que el artículo 116 del TRLCSP establece que "el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley".

En consonancia con dicho precepto, tal y como este Tribunal ha señalado en otras resoluciones (verbigracia, las ya citadas 264/2014 y 90/2012, así como la 84/2011), la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que "también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato". Consecuentemente, caso de no hacerlo así resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta (por mucho que no se haya previsto explícitamente así en los Pliegos de aplicación), tal y como, por otro lado se infiere ("sensu contrario") de los apartados 4 y 5 del artículo 117 TRLCSP, en donde se detallan los presupuestos bajo los cuales, en determinadas modalidades de determinación de las prescripciones técnicas de aplicación, no es dable el rechazo de las ofertas."

Sentado lo anterior y examinada la oferta con arreglo al pliego de prescripciones técnicas hay que tener en cuenta que conforme a su tenor literal, tal como indican tanto el órgano de contratación como la empresa adjudicataria, es la separación de las fracciones HbA1 y HbA1c y no la HbA1a, HbA1b y la HbA1c (la suma de las dos primeras dan como resultado la HbA1).

Por otra parte también parece que la opinión técnica plasmada tanto en el informe técnico del órgano de contratación como en el escrito de alegaciones de la adjudicataria, permiten afirmar que la admisión de los productos ofertados por parte de la adjudicataria no ha supuesto un error manifiesto de la mesa de contratación. Recordar que la explicación dada de acuerdo con el tenor literal del pliego es que en ninguna parte de las prescripciones



técnicas se exige que se separen las fracciones HbA1a, HbA1b, sino que se separen la HbA1 suma de las dos y la HbA1c. Y que esta separación sí se produce.

Además debe tenerse en cuenta que las pruebas presentadas por la empresa MENARINI DIAGNOSTIC, S.A no acreditan lo contrario.

Por tanto y como ha puesto de manifiesto la resolución 456/2015 de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *“..... los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. Así, en nuestra Resolución nº 52/2015 decíamos que “en esta tesitura, como ya ha señalado este Tribunal en su Resolución nº 177/2014 de fecha 28 de febrero de 2014 «...para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado”.*

En base a lo dispuesto en este fundamento, lo alegado por el recurrente no puede prosperar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. ^a T.G.O. en nombre y representación de MENARINI DIAGNOSTICS, S.A.

contra el acuerdo de adjudicación dictado por el Servicio Murciano de Salud para el suministro de material necesario para realizar determinadas analíticas en los laboratorios del área global de Cartagena (lote número 9).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, previamente acordada.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.