

Recurso nº 992/2015 CA Galicia 138/2015

Resolución nº 976/2015

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

En Madrid, a 23 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. J. H., en nombre y representación de la entidad CERUS EUROPE B.V., contra el acuerdo de adjudicación del Lote número 1 del contrato de *“Suministros sucesivos de sistemas de inactivación de patógenos en plaquetas y solución aditiva para la preparación e inactivación de plaquetas”*, licitación convocada por la Fundación Pública del Centro de Transfusión de Galicia; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Fundación Pública del Centro de Transfusión de Galicia anunció en el DOUE de 24 de octubre de 2014, en el BOE de 12 de noviembre y en el Diario Oficial de Galicia de 27 de octubre (DOG) la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del contrato de suministros antes referido, con un valor estimado que asciende a 3.025.600,00 euros. El objeto del contrato se divide en 2 Lotes. El Lote primero, relativo al suministro de *“reactivos, consumibles y equipamiento asociados necesarios para la realización efectiva de la inactivación de patógenos en bolsas de plaquetas”*. Y el Lote segundo, para el suministro de *“solución aditiva para la preparación y conservación de plaquetas”*.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSF en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Una vez iniciada la licitación, se presentan al Lote 1 únicamente oferta por dos empresas, la recurrente, CERUS EUROPE B.V., y la adjudicataria, TERUMO BCT EUROPE. Realizándose la apertura del sobre B, relativo a los criterios no valorables de forma automática de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras, previo examen de la documentación administrativa (sobre A), se emite informe técnico de 19 de marzo de 2015 donde se manifiesta que *“la empresa TERUMO no cumple los mínimos establecidos en los pliegos de condiciones por las siguientes razones: según documentación aportada, no se incluye acreditación del organismo competente de que el tratamiento es equivalente a la irradiación gamma del componente”*.

Reunida la Mesa de Contratación, y a la vista de la oferta presentada por TERUMO, el 8 de abril de 2015 se acuerda aprobar el informe técnico de 19 de marzo y acordar conceder un plazo de 10 días a la empresa anterior para que proceda a la subsanación presentando la acreditación, dado que, en diversos apartados de la oferta se menciona la equivalencia del sistema MIRASOL ofertado con la irradiación gamma y su aprobación por un organismo competente.

Cuarto. Evacuado el trámite anterior por TERUMO, se emite informe técnico de 11 de mayo considerando la documentación remitida como suficiente, y se solicita nuevo informe para que se proceda a la valoración de la oferta. La aprobación de la equivalencia antes referida se realiza mediante documento expedido por la Agencia Nacional de Seguridad del Medicamento y Productos Sanitarios (ANSM) de Francia.

Reunida la Mesa de Contratación el día 26 de junio, se valida informe técnico de 8 de junio sobre valoración de criterios no automáticos, otorgando la siguiente puntuación sobre un máximo de 50 puntos: CERUS, 42,11 puntos; TERUMO, 33,88 puntos.

En reunión del día 2 de julio, previa lectura del informe de 8 de junio, se procede a la apertura del sobre C, y son valorados el día 13 de julio, arrojando los criterios a valorar mediante fórmulas la siguiente puntuación: CERUS, 14,16 puntos; TERUMO, 48,58 puntos. Por tanto, la puntuación total obtenida por cada licitador sería: CERUS, 56,27 puntos; TERUMO, 82,46 puntos.

Quinto. Como consecuencia de la puntuación obtenida, el día 24 de agosto de 2015 se dicta resolución adjudicando a la empresa TERUMO el Lote 1 del contrato de suministros relativo al suministro de *“reactivos, consumibles y equipamiento asociados necesarios para la realización efectiva de la inactivación de patógenos en bolsas de plaquetas”*. Resolución que es notificada a la empresa CERUS el día 26 del mismo mes, que el día 31 de agosto solicita el acceso al expediente de contratación, el cual tiene lugar el día 18 de septiembre.

El día 22 de septiembre se interpone el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación antes referido, previo anuncio del mismo en escrito de fecha de 18 de septiembre.

Sexto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones, habiendo hecho uso de dicho trámite la licitadora y adjudicataria TERUMO BCT EUROPE NV.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha de 8 de octubre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se acordaba mantener la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 45, 46 y 47.4 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado de 7 de noviembre de 2013, publicado en el BOE del día 25 de noviembre del mismo año.

Segundo. Se recurre el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento tramitado para la licitación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que nos

encontramos ante un acto recurrible por esta vía de conformidad con lo establecido en los artículos 15.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP. Asimismo, se han cumplido las prescripciones de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP considerando que el plazo para la interposición del recurso quedó suspendido por la solicitud de la fecha de acceso al expediente administrativo, según doctrina consolidada de este Tribunal (Resolución número 727/2015, de 30 de julio).

Tercero. La empresa recurrente fundamenta su impugnación en los argumentos que a continuación se resumen: poner en evidencia que el producto ofrecido por la adjudicataria no cumple con las prescripciones técnicas contenidas en los Pliegos comparándolo con el producto que ofrece la propia recurrente, en concreto el punto número 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), trayendo a colación el artículo 117 del TRLCSP, la Resolución 75/2011, de 16 de noviembre, y la Resolución 120/2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 25 de marzo de 2015, por un lado.

Por otro lado, se defiende que el requerimiento de subsanación efectuado a la empresa supone una modificación de su oferta posterior a la finalización del plazo de presentación, que no debe ser admitida por ser contrario a los principios de igualdad de trato e inalterabilidad de acuerdo con la Resolución 876/2014. Del mismo modo, y dentro de este según argumento, también se alega que se ha incorporado documentación no aportada con la oferta una vez hecho pública la calificación de las ofertas y declarando expresamente las licitadoras admitidas, modificándose con posterioridad el sentido de tal decisión. Se cita, además, la Resolución de este Tribunal número 398/2015, de 30 de abril.

Cuarto. El órgano de contratación, por su parte, centra su informe en distinguir los motivos del recurso de naturaleza técnica de los formales. Respecto de los argumentos técnicos, aduce que la recurrente señala parámetros no contenidos en los PPT que rigen el contrato, aunque han regido para otros concursos públicos. Que se valora la oferta presentada por TERUMO en base a datos procedentes de diversas fuentes no contenidos en la oferta de la adjudicataria y por tanto no considerados por el órgano de contratación, y que la acreditación expedida por la ANSM francesa fue valorada como suficiente en informe técnico de 11 de mayo de 2015. Finalmente, se trae a colación la discrecionalidad técnica de

los informes de esta naturaleza, dotados por una presunción de certeza y veracidad por la cualidad técnica de quien la emite, sustituyendo en definitiva el criterio del órgano de contratación por el del propio recurrente.

En relación con los motivos formales del recurso, se informa que la oferta técnica de TERUMO incluida en el sobre B ya mencionaba la equivalencia del sistema MIRASOL con la irradiación gamma así como el marcado CE en varios apartados de la misma. De ahí que en base al principio de concurrencia se decidiese conceder a la postre adjudicataria la posibilidad de presentar la acreditación que exigía el PPT. Aclaración que es admisible según sentencia de 10 de diciembre de 2009 (TJCE 2009, 386) As. T-19508, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión.

Por tanto, no se ha alterado el sistema ofertado y la acreditación de la ANSM francesa, posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas, evalúa una característica ya existente en el producto y recogido en la oferta técnica, por lo que se acepta la subsanación.

Por otro lado, dado que, no se procedió a la calificación de las ofertas técnicas, valorables mediante criterios no automáticos, hasta que se remitió la acreditación y fue esta valorada por el órgano técnico, no se ha producido ningún error material ni se ha modificado el sentido de ninguna decisión adoptada. En cuanto a la observación que realiza la Intervención de la Comunidad Autónoma se reafirma en que la característica técnica ya existía en la oferta y era objeto de mención.

Quinto. Por su parte, evacuado el trámite de alegaciones por la adjudicataria, la empresa TERUMO BCT, esta afirma, respecto de la crítica que se realiza al requerimiento de subsanación efectuado por el órgano de contratación, que del expediente se desprende que la empresa no omitió la documentación requerida sino que se presentó en el momento procesal oportuno, siendo esta suficiente pues sí fue aceptada en otros procedimientos de contratación distintos al actual.

De hecho la acreditación de las prescripciones técnicas del producto ofertado se realiza mediante la presentación entre otros documentos del marcado CE por el organismo notificado 0086 (Documentos 6 y 7 del sobre B de este expediente) y tuvo como resolución

en todos los expedientes mencionados la adjudicación de los contratos favorable a la empresa TERUMO BCT.

Se dice también que el Organismo notificado 0086 (BSI) revisa e inspecciona los datos científicos que TERUMO BCT produce para apoyar sus afirmaciones, como la equiparación de su sistema a la irradiación gamma, y posteriormente a estas inspecciones el marcado CE figura en las Instrucciones de uso y en el etiquetado del producto (Anexo nº 2). El Organismo notificado 0086 es considerado por el Ministerio de Sanidad como un organismo competente para la evaluación del producto y la emisión de certificación del marcado CE y para la certificación de los procedimientos establecidos por las Directivas de productos sanitarios (Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios).

El Mercado CE expone que los productos han sido evaluados para las utilidades que muestra el certificado antes de ponerse en el mercado (entre ellos la reducción de patógenos y la inactivación de los glóbulos blancos en componentes sanguíneos utilizando la vitamina B2 y la luz ultravioleta) y que, por lo tanto, cumple los requisitos legales esenciales para venderse.

Se dice además que no cabe deducir de la documentación aportada con la oferta un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido, y, ante la duda suscitada, es por lo que la Mesa de Contratación solicitó la acreditación de tal extremo; subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas que no ha supuesto la variación o modificación de la misma y por consiguiente, el procedimiento seguido se ajustó a Derecho.

Por último, respecto de lo manifestado por el recurrente en su escrito sobre las cualidades técnicas del producto de la adjudicataria, se invoca la discrecionalidad técnica que corresponde a la Administración en el uso de sus facultades legítimas, y que la solidez y solvencia de su producto ha sido reconocida tanto por los órganos de contratación de otras Comunidades Autónomas como en el extranjero desde hace más de cinco años, usándose el Sistema Mirasol en más de 100 centros a lo largo de 18 países del mundo.

Sexto. A la vista de las alegaciones antes recogidas se puede observar que los argumentos se centran, como bien señala el órgano de contratación, en dos ámbitos: el técnico y el procedimental. Comenzando por los argumentos de índole técnica, que se encaminan a poner en evidencia que las cualidades técnicas del producto ofrecido por la adjudicataria no se ajusta al Pliego, al contrario que el producto que ofrece la recurrente, este Tribunal ha de desestimar el motivo alegado pues la apreciación de las cualidades técnicas de las ofertas se desenvuelve dentro de la llamada discrecionalidad técnica que la ley confiere a los órganos de contratación a la hora de valorar las ofertas de los licitadores.

Ya decíamos recientemente en la Resolución 343/2015, de 17 de abril de 2015, que el Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas, Resoluciones 246/2012, de 7 de noviembre, 606/2013, de 4 de diciembre, 288/2014, de 4 de abril, 344/2014, de 25 de abril, 718/2014, de 26 de septiembre, o 255/2015, de 23 de marzo) que en la valoración de los criterios eminentemente técnicos asiste a la Administración la denominada discrecionalidad técnica: *“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”*.

Por su parte, las Resoluciones 159/2012, de 30 de julio, 550/2014, de 18 de julio, ó 718/2014, de 26 de septiembre, señalaban que *“sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar ‘un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más*

exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos' (resolución de este Tribunal núm. 93/2012)".

A la vista de la doctrina recogida, dado que, lo alegado por el recurrente no pone de manifiesto ningún error material, ninguna arbitrariedad, ni ningún defecto procedimental, sin perjuicio del que se examinará a continuación, sino que se limita a discrepar de la evaluación de la ofertas presentadas que se realiza por los órganos técnicos que asisten a la Mesa de Contratación, solo cabe confirmar la valoración realizada y estimar ajustado a derecho en este punto la resolución de adjudicación impugnada.

Séptimo. Cuestión distinta a la anterior son los argumentos de índole procedimental, donde es necesario determinar si el requerimiento efectuado por el órgano de contratación, que en su informe denomina de "subsanción", es o no conforme a Derecho, y si los requisitos que se dicen subsanados o aclarados concurrían ya al tiempo de finalizar el plazo de presentación de las ofertas o por el contrario se ha modificado la oferta.

Sobre la solicitud de aclaración de aquellos documentos que integran la oferta técnica de los licitadores este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones, pudiendo citar, entre otras, las Resoluciones 796/2014 y 267/2014 en las que señalábamos:

<< Así dispone el artículo 81.2 del RGLCAP:

"Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación."

De otra parte, el artículo 27.1 del RD 817/2009 establece:

"A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a

contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él”

[...] Este Tribunal, recogiendo la doctrina de la JCCA, se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión, entre otra muchas, en las resoluciones número 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio, 225/2013, de 12 de junio y 92/2014, de 5 de febrero, donde hemos configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

Esta doctrina se fundamenta en la del Tribunal Constitucional (por todas SSTs 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de los requisitos procesales, de los que declara carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos formales impeditivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.”

En consonancia con las resoluciones anteriores, decíamos en la Resolución número 744/2015, de 30 de julio, citando la Resolución número 463/2014, que “como ya hemos indicado en Resoluciones anteriores (como referencia en la nº 614/2013, de 13 de diciembre), la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que

requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta". Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas. >>

Pues bien, considera el Tribunal que la actuación del órgano de contratación se ajustó a la anterior doctrina, el requisito exigido en el PPT "que el tratamiento es equivalente a la irradiación gamma del componente" se cumplía ya en el momento de presentación de las ofertas, tal y como se acredita por la empresa adjudicataria con motivo de la subsanación concedida aportando documento al efecto expedido por la Agencia Nacional de Seguridad del Medicamento y Productos Sanitarios (ANSM) de Francia, cuya solicitud es de fechas 3 de junio y 11 de julio de 2014.

De acuerdo con lo anterior procede confirmar la adjudicación del contrato, por cuanto el requisito se cumplía ya en el momento de presentación de las ofertas y el documento aportado en subsanación en modo alguno determina la modificación de la oferta presentada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C. J. H., en nombre y representación de la entidad CERUS EUROPE B.V., contra el acuerdo de adjudicación del Lote número 1 del contrato de "Suministros sucesivos de sistemas de inactivación de patógenos en plaquetas y solución aditiva para la preparación e inactivación de plaquetas" licitación convocada por la Fundación Pública del Centro de Transfusión de Galicia.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.