



Recurso nº 53/2019

Resolución nº 158/2019

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

En Madrid a 22 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.R.M., en nombre y representación de BECKMAN COULTER, S.L.U. (en adelante, "BECKMAN"), contra el acuerdo de adjudicación dictado por el Director Gerente de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social ("FREMAP") relativo al Lote 1 del procedimiento de *"Contratación del suministro de reactivos químicos y la cesión de equipos para la realización de diferentes técnicas analíticas en el laboratorio Clínico de los Hospitales de Majadahonda y Sevilla"*, Exp. LICT/99/114/2018/0012, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 13 de agosto de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de *"Contratación del suministro de reactivos químicos y la cesión de equipos para la realización de diferentes técnicas analíticas en el laboratorio Clínico de los Hospitales de Majadahonda y Sevilla de FREMAP, Mutua colaboradora con la Seguridad Social Nº61"* Exp. LICT/99/114/2018/0012. El contrato se califica como contrato privado de suministros, con un valor estimado del contrato de 2.482.980 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto de tramitación ordinaria.

Segundo. En fecha 21 de septiembre de 2018 la Mesa de Contratación se reunió a fin de efectuar la apertura de las ofertas de los licitadores admitidos a cada uno de los lotes.



Dichas ofertas son objeto de un informe técnico de valoración, firmado por cinco técnicos de FREMAP el 8 de noviembre de 2018 en el que, en relación al lote 1, se asignan a los tres licitadores concurrentes, las siguientes puntuaciones correspondientes a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, objeto de controversia:

Lote 1: Criterio 4.03 Avisos de Sospecha de Blastos en zona de neutrófilos, linfocitos y monocitos.

BECKMAN 2,5 MENARINI 2,5 ROCHE 2,5

Lote 1: Criterio 4.05 Aviso doble población.

BECKMAN 2,5 MENARINI 2,5 ROCHE 2,5

Lote 1: Criterio 4.08 Carga de reactivo diluyente sin detener el analizador.

BECKMAN 5 MENARINI 5 ROCHE 5

Lote 1: Criterio 4.09 Recuento plaquetario por varios métodos.

BECKMAN 0 MENARINI 0 ROCHE 3

Lote 1: Criterio 4.17 Mantenimientos programados automáticos.

BECKMAN 2,5 MENARINI 2,5 ROCHE 2,5

Tras la asignación de las distintas puntuaciones, la clasificación propuesta en el citado informe para el Lote 1 fue la siguiente:

1. ROCHE 99 puntos
2. MENARINI 86 puntos
3. BECKMAN 85,28 puntos



Tercero. El 29 de noviembre de 2018 se acuerda por la Mesa de Contratación proponer la adjudicación del Lote 1 a ROCHE, acordándose dicha adjudicación por el órgano de contratación, mediante acuerdo de 20 de diciembre de 2018.

Cuarto. En fecha 15 de enero de 2019 se presenta por BECKMAN recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de adjudicación del Lote 1 de 20 de diciembre de 2018.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre (en adelante LCSP) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe. Igualmente, ha presentado alegaciones el licitador adjudicatario Roche Diagnostics, S.L. (en adelante ROCHE)

Sexto. Conforme a lo previsto en el art. 56.3 LCSP, mediante resolución de 28 de enero de 2019 se acordó mantener la suspensión del expediente de contratación en el lote 1 producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

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 45 y 47 LCSP, dada la condición de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social como parte del sector público al amparo del artículo 3.1.f) de la LCSP, y su condición de poder adjudicador a la vista del artículo 3.3.c) de la misma norma.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o*



puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

En el presente caso, parece evidente la legitimación del recurrente al haber concurrido a la licitación y resultar adjudicatario en el caso de estimarse el recurso.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme resulta del art. 44 de la LCSP.

Quinto. El recurso se estructura en torno a dos motivos:

1.En primer lugar alega que se han asignado puntos en criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, sin que las ofertas de los otros dos licitadores cumplieran con los requisitos establecidos para ello en el PCAP.

2.En segundo lugar alega que las ofertas de los otros dos licitadores no cumplen con el PPT, por lo que deben ser excluidas.

Por su parte, tanto el órgano de contratación como la adjudicataria (ROCHE) niegan las afirmaciones vertidas en el recurso, afirmando que las ofertas cumplen con el PPT y que cumplen con los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas fijados en el PCAP.

Sexto. Como puede observarse, el objeto del recurso es una cuestión que requiere un análisis puramente técnico, consistente en comparar las características de los productos ofertados por los licitadores y verificar si reúnen las características técnicas fijadas en el PPT y, en relación a los criterios de valoración de las mismas, en el PCAP.

Puede comprenderse fácilmente, que este Tribunal carece de los conocimientos técnicos precisos para valorar dichos extremos por lo que, salvo error patente y manifiesto, debemos acudir a la presunción de acierto de la actuación del órgano de contratación, al cual, al contar con los conocimientos técnicos precisos a través de los técnicos que valoraron las ofertas de los licitadores, ha de presumírsele una imparcialidad y objetividad de la que carecen los licitadores.



Así, respecto a la primera de las cuestiones planteadas en el recurso, el PCAP se limitaba a señalar como criterios de adjudicación cuantificables de forma automática lo siguiente

“Lote 1: 4.08 Carga de reactivo diluyente sin detener el analizador.

Se valorará con 5,00 puntos que el equipo permita la carga de reactivo diluyente sin detener el analizador. Lote 1: 4.09 Recuento plaquetario por varios métodos.

Se valorará con 3,00 puntos que el equipo disponga de distintos métodos para la medida del recuento (leucocitos, hematíes y plaquetas).

Lote 1: 4.03 Avisos de Sospecha de Blastos en zona de neutrófilos, infocitos y monocitos.

Se valorará con 2,50 puntos que los equipos presenten avisos de Sospecha de Blastos en zona de neutrófilos, en zona de linfocitos y en zona de monocitos.

Lote 1: 4.05 Aviso de doble población

Se valorará con 2,50 puntos que los equipos dispongan de avisos de doble población eritrocitaria, presencia de hematíes falciformes, hematíes aglutinados, hemoglobina anormal.

Lote 1: 4.17 Mantenimientos programados automáticos

Se valorará con 2,50 puntos que el equipo disponga de mantenimientos programados automáticos”

En todos estos casos, en los que el recurrente afirma que las ofertas de los otros licitadores no cumplen con dichos criterios, no cabe acudir a la doctrina de la discrecionalidad técnica, dado que no se trata de una valoración de un juicio de valor. De lo que se trata es de verificar si el producto ofertado por cada licitador (afirmando todos ellos que ofertan un producto con las características objeto de valoración) cumple efectivamente con dichos requisitos, pues dicho cumplimiento es el que determina que deba otorgársele la puntuación correspondiente.



Pero dicha verificación es una cuestión de índole técnica ajena a los conocimientos de este Tribunal, por lo que debemos partir del criterio técnico manifestado por los técnicos del órgano de contratación que han verificado que efectivamente dichos productos cumplen con dichos requisitos.

De hecho, atendidas las alegaciones presentadas, no puede sino considerarse que las afirmaciones del recurrente no dejan de ser sino meras apreciaciones subjetivas.

Así, respecto del criterio *“4.08 Carga de reactivo diluyente sin detener el analizador”*, aunque el recurrente afirma que el producto ofertado por ROCHE detiene el análisis en caso de agotarse cualquier reactivo durante el mismo, de la simple lectura del criterio valorado, se puede apreciar que no es objeto del mismo el que el análisis pueda continuar sin reactivo, sino si es posible cargar el reactivo sin detener el analizador, lo cual no sólo no es discutido por el recurso, sino que el propio órgano de contratación afirma que, del análisis realizado por sus técnicos, es posible.

En cuanto al criterio *“4.03 Avisos de Sospecha de Blastos en zona de neutrófilos, infocitos y monocitos”*, el recurrente considera que, aunque el producto de ROCHE avisa de la sospecha de blastos o linfocitos anormales, no indica la zona, que es lo que exige el PCAP. Sin embargo, según el órgano de contratación y la propia ROCHE, dicha afirmación no es cierta, pues la propia documentación aportada por ROCHE especifica que sí que se indica la población leucocitaria (neutrófilos, linfocitos, monocitos y eosinófilos) en la que se produce la sospecha.

Respecto del criterio *“4.05 Aviso de doble población”*, frente a la afirmación del recurrente de que la oferta de ROCHE no dispone de aviso de hematíes falciformes, el órgano de contratación afirma que de la documentación aportada por ROCHE sí que se aprecia que su producto permite ese tipo de aviso, indicando expresamente su oferta que *“Los analizadores de la plataforma hematológica Sysmex serie XN incorporan la tecnología de la Citometría de flujo y Fluorescencia para realizar el recuento y diferenciación de los leucocitos Gracias a la tecnología de la fluorescencia los equipos pueden alertar con más de 35 alarmas de sospecha, de todas las series hematopoyéticas, que orientan al usuario en la posible patología de la muestra. Entre estas alarmas encontramos la de aviso de*



doble población, hematíes aglutinados, hemoglobina anormal y presencia de hematíes anormales".

Por su parte, el criterio *"4.09 Recuento plaquetario por varios métodos"*, el propio recurso reconoce que la oferta de ROCHE *"hace referencia a la disponibilidad de varios métodos de recuento para las plaquetas"*, por lo que no puede afirmarse que incumpla dicho criterio. No obstante, el propio órgano de contratación extracta de la documentación de la oferta de ROCHE la siguiente mención *"Este instrumento permite realizar análisis cuantitativos, de identificación y de relación de existencia, además de marcar los parámetros formes de la sangre y fluidos corporales (hematíes, leucocitos, plaquetas y otras células) mediante impedancia eléctrica, dispersión de luz láser e interacción con colorantes"*. En consecuencia, tampoco cabe apreciar el incumplimiento de dicho criterio.

Por último, respecto del criterio *"4.17 Mantenimientos programados automáticos"*, considera el recurrente que el producto de ROCHE requiere introducir un analizador manualmente, por lo que no sería programable automáticamente. Sin embargo, según justifica el órgano de contratación, el aparato ofertado por ROCHE sí permite programar y automatizar los mantenimientos, requiriéndose sólo intervención del usuario, además de para la propia programación, para el mantenimiento diario obligatorio (que puede automatizarse totalmente si fuera necesario).

Aunque la desestimación del recurso en relación al adjudicatario ya sería suficiente para desestimar el recurso, pues las alegaciones respecto del segundo clasificado, aún de estimarse, no afectarían al recurrente, lo cierto es que el órgano de contratación justifica igualmente el cumplimiento por dicha oferta de los criterios objeto de controversia, por lo que es predicable respecto de la misma el motivo de desestimación respecto de la oferta del adjudicatario.

En suma, que no cabe apreciar error evidente en la valoración realizada por el órgano de contratación, que debemos respetar por tratarse de una valoración de cuestiones técnicas sobre las que este Tribunal carece de conocimientos, basándonos en el principio de presunción de acierto por la imparcialidad y objetividad que presumimos en el órgano de



contratación a quien, en principio, sólo debe motivar en su actuación, la selección de la oferta más ventajosa.

Por otro lado, ofertado por el licitador adjudicatario un producto que, según lo afirmado por él mismo, cumple con dichas características, si posteriormente no cumpliera las mismas, en sede de ejecución del contrato podrían exigírsele las responsabilidades oportunas por un incumplimiento del contrato, dado que las mejoras ofertadas por el licitador se incorporan como prestación obligatoria para el mismo, pues conforme al art. 145.7 LCSP *“Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación”*.

Por ello, debemos desestimar dicho motivo de recurso.

Séptimo. En segundo lugar, se considera por el recurrente que tampoco los otros dos licitadores cumplen con el Pliego de prescripciones técnicas, pues éste exige que el contador hematológico cumpla con el siguiente parámetro (del que carecerían los productos ofertados por los otros licitadores)

“Analizador con los siguientes parámetros informados que no sean parámetros de investigación:

(...)

- Índices reticulocitarios (IRF, VMCE, etc...)”

Respecto del cumplimiento de los requisitos técnicos definidos en el PPT, este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que, salvo que se evidencia de forma clara y patente dicho incumplimiento, se trata de una cuestión que debe valorarse en sede de ejecución del contrato, de modo que si la prestación del adjudicatario incumpliera dicho PPT el efecto sería el incumplimiento total o parcial del contrato, con los efectos previstos en dicho supuesto en el PCAP.

Así, como nos recuerda la Resolución de este Tribunal 997/2018, de 2 de noviembre:



“Sobre las cuestiones que plantea la recurrente debe tenerse en cuenta que, como se ha señalado por este Tribunal, entre otras, en Resolución 560/2015, de 12 de junio, en general el cumplimiento de los requisitos técnicos no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento. En esta línea debe citarse también la Resolución de este Tribunal nº 250/2013, cuando señala que: “... una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato – como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos-sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones”.”

Por otro lado, como recordamos en la Resolución 1123/2018, de 7 de diciembre

“A estos efectos, este Tribunal ha declarado reiteradamente (por todas, resolución nº 675/2018) que debe tenerse en cuenta que las exigencias del PPT deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa recogidos en el art 1 del TRLCSP. En consonancia con ello, debe interpretarse el artículo 84 del Reglamento (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato (Resolución 815/2014, de 31 de octubre).”

Aplicando dichos criterios, no cabe apreciar de forma evidente que el producto ofertado por la adjudicataria no se ajuste a los requisitos mínimos obligatorios exigidos por el PPT, pues, por un lado, como indica el órgano de contratación, todos los licitadores presentaron una declaración responsable en la que afirmaron cumplir con dicho requisito



Por otro lado, el supuesto incumplimiento se limitaría a una mención de uno de los índices reticulocitarios existentes en el mercado, que se indicaban a modo de ejemplo en el PPT, pues debe recordarse que conforme al art. 126.1 de la LCSP el PPT no debe redactarse de forma que tenga *“por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*, por lo que no cabe hacer una interpretación de los mismos que conlleve, de hecho, a crear un obstáculo injustificado a la concurrencia, sin que el propio órgano de contratación haya considerado indispensable la exigencia de dicho índice frente a otros equivalentes existentes en el mercado.

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. A.R.M., en nombre y representación de BECKMAN COULTER, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación dictado por el Director Gerente de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social relativo al Lote 1 del procedimiento de *“Contratación del suministro de reactivos químicos y la cesión de equipos para la realización de diferentes técnicas analíticas en el laboratorio Clínico de los Hospitales de Majadahonda y Sevilla”*, Exp. LICT/99/114/2018/0012

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada en virtud de los artículos 53 y 56.3 de la LCSP.

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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.