



Recurso 250/2019 C.A. Principado de Asturias 14/2019

Resolución nº 463/2019

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

En Madrid, a 30 de abril de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. R. I. B., en representación de BECTON DICKINSON, S.A., contra la adjudicación del lote 3.2 “*Citometría de Flujo Hematología 2*” del “*Acuerdo Marco para el suministro de reactivos, material y equipamiento para el Laboratorio de Medicina del Hospital Universitario de Asturias*”, con expediente A4AS-1-214-2017, convocado por la Gerencia del Área Sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Gerencia del Área Sanitaria IV, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, publica en el BOE del 6 de marzo de 2018 y en el DOUE de la misma fecha, anuncio para la contratación del “*Acuerdo Marco para el suministro de reactivos, material y equipamiento para el Laboratorio de Medicina del Hospital Universitario de Asturias*”, dividido en lotes, entre los que está el sublote 3.2, suministro de “*Citometría de Flujo Hematología 2*”, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), mediante procedimiento abierto. El valor estimado del contrato es de 16.175.665,28 euros y el del lote 3.2, 335.000 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en el TRLCSF y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), concurriendo a la licitación del lote 3.2, dos empresas. Tras la realización



de las actuaciones oportunas resulta adjudicataria del mismo la oferta de CYTOGNOS, S.L., acordándose resolución de adjudicación a su favor el 11 de febrero de 2019.

Tercero. El licitador, clasificado en segundo lugar, BECTON DICKINSON, S.A, presenta recurso especial en materia de contratación, contra la resolución de adjudicación, solicitando la exclusión de CYTOGNOS, S.L., por incumplimiento de Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) y no haber justificado adecuadamente su baja económica.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados para que en el plazo de cinco días, y si lo estimaban oportuno, presentaran aquellas alegaciones que considerasen, habiéndolo hecho CYTOGNOS, S.L., señalando que cumple todos los requisitos del PCAP y PPT y ha justificado suficientemente su oferta económica, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Quinto. Por parte del órgano de contratación, se ha enviado el expediente administrativo, así como el correspondiente informe, donde solicita la desestimación del recurso, por entender que la empresa propuesta como adjudicataria CYTOGNOS, S.L., cumple los requisitos de los Pliegos y ha justificado su oferta económica adecuadamente.

Sexto. Por resolución de fecha 22 de marzo de 2019, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acuerda la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Convenio de Colaboración suscrito con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, (BOE, de 28 de octubre de 2013), hoy prorrogado.



Segundo. Se recurre la resolución de adjudicación del procedimiento de un contrato de suministro, regulado en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto recurrido son susceptibles de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1 a) y 44.2.c) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Tercero. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, por haber concurrido a la licitación y tener interés legítimo, al haber quedado clasificada en segundo lugar.

Cuarto. La recurrente alega dos motivos para excluir la oferta de la empresa propuesta como adjudicataria primero, incumplimiento de lo requerido en el PPT, sobre que el citómetro de flujo y el software de adquisición ofertado, que no cumplen con la legislación española y comunitaria, certificados CE de los equipos. El segundo motivo expuesto en el recurso se refiere a que la baja efectuada por CYTOGNOS, S.L., al referido lote 3.2, es temeraria y no se ha justificado su baja conforme al TRLCSP.

Comenzamos analizando el cumplimiento, del primer requisito, ser o no la oferta contraria al PPT.

La Cláusula 4 del PPT determina lo siguiente:

“4.- LEGISLACIÓN

Los licitadores acreditarán, mediante la oportuna documentación, que el equipamiento ofertado cumple con la legislación y la normativa española y comunitaria vigente que sea de aplicación, así como la que pudiera producirse durante el período de vigencia de la garantía, siendo por cuenta del adjudicatario cualquier gasto que se derive de su aplicación.



Los productos sanitarios presentados a este procedimiento, deberán cumplir la legislación vigente Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. (BOE. núm. 268, de 6 de noviembre de 2009) Directiva del Consejo 93/42/CE de 14 de junio de 1993, y demás normativa de desarrollo sobre productos sanitarios). Asimismo deberán acompañar a la ficha técnica de los productos la copia de los certificados de marcado CE de los productos”.

La cláusula 5 del PPT que rige en contrato señala:

“Los equipos ofertados se suministrarán con todos aquellos dispositivos o elementos de interconexión, accesorios de anclaje o fijación necesarios para un total y correcto funcionamiento y obtención de los permisos y autorizaciones requeridos por la legislación vigente”.

La misma cláusula añade que los productos deben contar con todos los permisos y autorizaciones pertinentes cuando vayan a ser suministrados.

La cláusula 4 especifica que:

“Los productos y accesorios deberán estar conformes en el momento en que se realice su suministro, con las condiciones que le sean de aplicación ...”.

Quinto. En cuanto a la cuestión planteada hemos señalado en otras resoluciones que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al pliego de condiciones particulares que se extiende al pliego de prescripciones técnicas (Resoluciones 4/2011, de 19 de enero, 535/2013, 22 de noviembre).

También señalamos, en la Resolución 250/2013, de 4 de julio, que *“una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato (...) 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. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”.

En consecuencia, es exigible que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del pliego de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al pliego de prescripciones técnicas (entre otras Resoluciones 548/2013, 29 noviembre, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 763/2014, de 15 de octubre).

Igualmente señalamos que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, *“está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que «Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición».* Por tanto, es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta” (Resolución 551/2014 de 18 de julio).



En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

Pero también señalamos que *“debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: «Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia». En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación” (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).*

A la vista de la situación y en base a la doctrina de este Tribunal, expuesta, entedemos que la oferta de CYTOGNOS, S.L., cumple sustancialmente con todas las prescripciones técnicas del Pliego, como corrobora el análisis de la oferta efectuado por el comité de expertos, formado por 5 profesionales designados por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.



El incumplimiento alegado se refiere no a no sujetarse el producto a suministrar a la normativa europea, sino a no haber entregado, en esta fase, un documento formal referido al cumplimiento de la normativa europea, es decir, a una cuestión formal y no sustancial.

En este sentido debe destacarse que en la oferta técnica de CYTOGNOS, S.L., se encuentra una declaración expresa que señala:

“... Todos los productos para diagnóstico in vitro de CYTOGNOS, S.L., cumplen la Directiva Europea 98/79/CE que garantiza los mayores niveles de calidad y seguridad”.

Incluso aunque no es aportado en el momento al que se refiere el recurrente, obra en la documentación que acompaña al informe del órgano de contratación, el referido documento, que no fue solicitado por el órgano de contratación al licitador en fase de subsanación, bien porque no se consideró necesario porque el producto cumplía con la normativa C.E., bien porque se hubiera solicitado al suministrar el producto, como señala CYTOGNOS, S.L. y puede deducirse del PPT.

El cualquier caso lo que resulta claro es que el producto cumple lo exigido en el PPT y no hay una oposición al mismo, y debe imperar la interpretación, si hubiere alguna omisión, de que la propuesta del licitador se ajusta al pliego.

A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro.

En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.



Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

En caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar.

Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.

En base a lo expuesto, entendemos que no puede prosperar este motivo del recurso y no puede excluirse a CYTOGNOS, S.L. por esta causa.

Sexto. Respecto a la alegación ,segunda causa del recurso interpuesto, de falta la justificación de la baja efectuada al estar incurso la misma en presunción de baja desproporcionada, debemos recordar la doctrina de este Tribunal al respecto.

Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el



cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Por lo demás, la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos (Resoluciones 241/2011, de 9 de febrero, 721/2012, de 21 de mayo, o 1211/2012, de 23 de mayo).

Y se añade en la Resolución 142/2013:

«A modo de recapitulación, la doctrina mantenida por el Tribunal determina que:

1. Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.

2. El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes.

3. La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante».



El artículo 152.3 del TRLCSP detalla el posible contenido de la justificación de viabilidad que compete ofrecer al licitador (...). En cuanto al alcance de dicha justificación, el Tribunal viene entendiendo (por todas, Resolución 86/2016, de 5 de febrero), que «la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo» (...).

Efectivamente, es criterio del Tribunal (por todas, Resolución 86/2016, de 5 de febrero) el que sostiene que «en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por al contrario, en caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación» (...)

En el mismo sentido, en nuestra Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, señalamos que: «En aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe, pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado, rebatiendo su argumentación ‘resolución reforzada’ (...) Sin embargo, esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable, a pesar de su apariencia de anormalidad o desproporción, se deba aducir, necesariamente, una motivación distinta de la ya expuesta, en su escrito, por el licitador (...)». En el mismo sentido se han pronunciado las Resoluciones 786/2014, de 24 de octubre, 804/2014, de 7 de noviembre y 225/2015, de 6 de marzo”.

El órgano de contratación, Gerencia del Área Sanitaria IV, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, a la vista de la oferta de CYTOGNOS, S.L., le solicita con fecha 26 de diciembre de 2018, de conformidad con el artículo 152 TRLCSP, justificación de la oferta económica, que es presentada por esta empresa con fecha 29 de diciembre. Con fecha 10 de enero, se emite informe por el Director del Laboratorio



de Medicina, en el que entiende suficientemente justificada la oferta económica concluyendo que *“puede ejecutar el contrato en las condiciones exigidas en los pliegos”*, teniendo en cuenta para ello y aceptando la explicación de la adjudicataria de que, al ser la propia licitadora fabricante del kit CYT-LST, y al darse la circunstancia de que el consumo inicialmente estipulado para dos años es de 5.000 determinaciones, que son aproximadamente unos 200 kits, ello conlleva una importante reducción en los costes de fabricación del producto que, por economía de escala, facilita un descuento considerable en el importe de su oferta, argumentación considerada por el técnico del órgano de contratación como razonable y suficiente para explicar el precio ofertado, lo que comparte también este Tribunal, sin que se aprecie tampoco por este Tribunal arbitrariedad, parcialidad o falta de motivación en la actuación del órgano de contratación, por lo que este motivo no puede ser tampoco estimado.

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. R. I. B., en representación de BECTON DICKINSON, S.A., contra la adjudicación del lote 3.2 *“Citometría de Flujo Hematología 2”* del *“Acuerdo Marco para el suministro de reactivos, material y equipamiento para el Laboratorio de Medicina del Hospital Universitario de Asturias”*, con expediente A4AS-1-214-2017, convocado por la Gerencia del Área Sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 57.3 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 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 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.