



Recurso nº 515/2019

Resolución nº 663/2019

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

En Madrid a 20 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.R.M., en nombre y representación de BECKMAN COULTER, S.L.U., contra la resolución por la que se acuerda la adjudicación de la licitación en el procedimiento abierto del “*Suministro de reactivos para los laboratorios de análisis clínicos y microbiología del Hospital Universitario de Ceuta, Expediente 6/2018*”, convocada por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social-Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social-Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria convocó la licitación pública, por procedimiento abierto ordinario, del contrato denominado “*Suministro de reactivos para los laboratorios de análisis clínicos y microbiología del Hospital Universitario de Ceuta, Expte. 6/2018*”.

El contrato está compuesto por 65 lotes, siendo el valor estimado del contrato de 9.708.019,16 euros, IVA excluido.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el BOE, en el Diario Oficial de la Unión Europea, así como en el Perfil del contratante.

Tercero. De acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas, el objeto del contrato es la prestación de suministros de forma sucesiva y por precio unitario de reactivos varios, para la realización de diversas pruebas analíticas, con aportación y mantenimiento de los equipos necesarios.

Como consta en el expediente administrativo remitido, se presentaron a la licitación las siguientes entidades:

- VITRO SA
- BECKMAN COULTER SLU
- THERMO FISHER DIAGNOSTICS SLU
- BIOGEN DIAGNOSTICA SL
- BIOMERIEUX ESPAÑA SAU
- RADIMETER IBÉRICA SL
- MATERLAB SL
- BECTON DICKINSON SA
- BIORAD LABORATORIOS SA
- ABBOTT LABORATORIES SA
- NOLAB SA
- MENARINI DIAGNOSTICOS SA
- WERFEN ESPAÑA SAU
- GRIFOLS MOVACO SA
- VIRCELL SPAIN SL
- ALERE HEALTHCARE SLU
- ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS ESPAIN SLU



- SIEMENS HEALTHINEERS
- ROCHE DIANOSTICS SL
- PALEX MEDICAL SA

El día 5 de febrero de 2019, en sesión pública Acta nº 4 (documento 6), se procedió a la lectura del Informe técnico con la puntuación de cada una de las empresas en relación a los criterios de adjudicación mediante juicios de valor, así como la apertura de los Sobres nº 3 correspondientes a los criterios de adjudicación mediante fórmulas (oferta económica).

En dicha sesión, siendo acto público, y de forma previa, se indicó que las empresas SIEMENS y ORTHO CLINICAL habían sido excluidas conforme al informe técnico, así como el motivo de la exclusión.

Conforme a dicho Informe técnico, en el Lote 1 se valoró a la empresa ABBOTT con 49 puntos, ROCHE con 37,6 y BECKMAN con 36,6 constando motivación de cada una de las puntuaciones, por lo que se elevó al órgano de contratación la propuesta de adjudicación en favor de ABBOTT. Posteriormente, se dictó el acuerdo de adjudicación del contrato a esta entidad, ABBOTT, adjudicación publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 4 de abril de 2019.

La entidad hoy recurrente, BECKMAN, solicitó acceso al expediente el 5 de abril de 2019, y tuvo acceso al mismo los días 23 y 24 de abril de 2019, fechas que fueron elegidas por ella.

Finalmente, el día 29 de abril de 2019, interpuso recurso especial ante este Tribunal, siendo la resolución impugnada el acuerdo de adjudicación.

Cuarto. La parte impugnante, conforme al suplico de su recurso, interesa, en primer lugar, que se le conceda el acceso al expediente, para que, en su caso, pueda completar las alegaciones realizadas, así como la exclusión de la empresa ROCHE.

Entiende que ha sufrido indefensión por la imposibilidad de acceder al expediente, lo que no le ha permitido fundamentar debidamente el recurso especial. En concreto, no ha podido



ver la oferta técnica de la adjudicataria ABBOTT LABORATORIES SA, por lo que no puede conocer si la resolución de adjudicación es ajustada a derecho. Recuerda la doctrina del TACRC sobre el acceso del expediente, y entiende que la adjudicataria ha declarado que es confidencial la práctica totalidad de su oferta técnica, conducta que podría ser un fraude y no se ajustaría a la citada doctrina.

Además, sostiene que la licitadora ROCHE DIAGNOSTICS, que obtuvo la segunda mejor puntuación, debió ser excluida del proceso, porque no reunía las técnicas mínimas previstas en los pliegos de la licitación, en especial PPT. Considera que incumple los requisitos relativos a la velocidad de procesamiento de determinaciones y la capacidad mínima de las mismas, sin que se puedan agregar las velocidades de los dos sistemas ofertados.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

En el meritado informe, el órgano de contratación interesa la desestimación del recurso, formulando alegaciones frente a las cuestiones que en él se proponen.

En primer lugar, y respecto de la presunta falta de acceso al expediente y a la copia de la oferta técnica de la empresa adjudicataria, ABBOTT LABORATORIES S.A., el órgano de contratación explica que dicha entidad identificó los archivos que se podían mostrar, relacionados en el informe, y a los que tuvo acceso la hoy recurrente. Además, se señala que la hoy impugnante no solicitó, en ningún momento, acceder a documentos de la adjudicataria que obraran en el sobre nº1.

Respecto de la pretendida exclusión de la empresa ROCHE DIAGNOSTICS, se señala que esta entidad, junto con la adjudicataria, formularon preguntas relativas al cumplimiento de los requisitos mínimos, que fueron aclaradas de forma pública, en la Plataforma de Contratación del Estado. Disipa las dudas sobre los equipos ofertados por ROCHE DIAGNOSTICS, la cual ofertó cuatro equipos integrados, y no dos, como sí que hizo una de las entidades excluidas, SIEMENS.



La entidad adjudicataria, ABBOTT LABORATORIES S.A., ha presentado alegaciones al recurso formulado por la hoy recurrente. Se centra en la única cuestión que se propone respecto de la adjudicataria, relativa a la confidencialidad de la oferta. Señala que ha cumplido con las cláusulas 16 y 29 del PCAP; se limitó a declarar como confidenciales los aspectos de la oferta que incluían información sensible a efectos competitivos, comerciales y de protección de datos. En particular, parte del contenido del sobre nº2 presentado por dicha empresa, así como algunos manuales de operaciones, expresando las razones por las que se considera justificada la declaración de confidencialidad.

También ha formulado alegaciones la mercantil ROCHE DIAGNOSTICS, que se opone al recurso presentado de contrario. Sostiene que la ahora recurrente carece de legitimación para recurrir, por haber obtenido la tercera mejor puntuación, y cumplir ROCHE DIAGNOSTICS con todos los requisitos del PPT. Indica que los dos pretendidos incumplimientos que alega la recurrente no son tales, puesto que fueron aclarados por el órgano de contratación en sucesivas ocasiones.

Añade que, en cuanto a la confidencialidad de su oferta técnica, ROCHE DIAGNOSTICS ha cumplido con la doctrina del TACRC, pues sólo ha clasificado como confidencial aquello que era digno de protección.

Sexto. Se ha producido la suspensión automática del procedimiento de licitación, conforme al art. 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 45.1 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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), y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).



Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es 9.708.019,16 euros, IVA excluido, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, éste es el acuerdo de adjudicación de la recurrente, susceptible de impugnación conforme al artículo 44.2.c) LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, habiendo obtenido la tercera mejor puntuación, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al artículo 48 LCSP, y ello



porque interesa también la exclusión de la entidad que ha obtenido la segunda mejor puntuación, ROCHE DIAGNOSTICS.

Cuarto. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo.

Quinto. Pasando a continuación a examinar el fondo del asunto, la recurrente, después de reiterar los trámites principales del procedimiento, interesa, en primer lugar, el acceso al expediente. Considera que es importante dicho acceso para consultar la oferta técnica de la adjudicataria y valorar si cumple con los requisitos de los pliegos.

Insiste, también, en que la adjudicataria no ha cumplido con el requisito de indicar qué parte de su oferta considera que es confidencial.

Por otro lado, interesa la exclusión de la empresa que ha obtenido la segunda mejor puntuación, ROCHE, por no cumplir dos de los requisitos de los PPT.

El Órgano de contratación, la adjudicataria ABBOTT y ROCHE, que ha obtenido la segunda mejor puntuación, por las razones antes expuestas, que se expresan en el informe emitido en virtud del Art. 56.2 LCSP y en los escritos de alegaciones, se oponen al recurso presentado.

Expuestas así las posturas de las partes, pasamos a su examen en los apartados siguientes.

Sexto. En primer lugar, la parte recurrente señala que no pudo acceder de forma plena al expediente, para poder fundamentar el recurso formulado.



La recurrente interesó el acceso al expediente de licitación en escrito presentado el 5 de abril de 2019. Dicha petición, amparada en el Art. 52 LCSP, se realizó de forma genérica, sin especificar qué concreta documentación quería examinar, pues se limitó a solicitar la "*documentación técnica*" tanto de la empresa adjudicataria en el Lote 1 (ABBOTT) como la otra licitadora (ROCHE).

Ante tal petición, la Gerencia de Atención Sanitaria de Ceuta informa que se trataba de una documentación compleja y muy extensa, lo que dificultaba su identificación e hizo preciso varios días para su clasificación.

El órgano de contratación contactó con las empresas para realizar una correcta clasificación de los documentos, resultando en el caso de ABBOTT, que una vez se le comunicó que habían solicitado ver su documentación, indicó los archivos que se podían mostrar, y que estaban identificados como se relacionan:

Sobre 1: 6 Lote1_Anexo 3_EncuestaAnalizador.pdf. 8_ Lote3_Anexo 3_EncuestaAnalizadorpdf Sobre 2: O_Resumen_Lote1.pdf
O_Resumen_Lote3.pdf.

Con fecha 17 de abril de 2019, el órgano de contratación comunicó a la empresa BECKMAN la posibilidad de tomar vista del expediente el día 22 de abril de 2019, pero dicha entidad alegó que no podían asistir, solicitando hacerlo el día 23 de abril de 2019. La empresa consideró necesario continuar el día 24 de abril de 2019, a lo que no se les puso ningún reparo, siendo la propia empresa la que decidió el momento en que dio por finalizada la toma de vista del expediente.

Visto lo anterior, debe anticiparse que, aunque la recurrente no lo solicita expresamente, no procede la concesión de vista del expediente de contratación, porque se considera un trámite innecesario. Efectivamente, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones al pronunciarse sobre el alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente, se considera que el acceso no es necesario para la impugnación del recurrente o, "a contrario", que su no acceso no determina indefensión. Así, en la Resolución 131/2015 indicábamos



que “debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014:

“En tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación.”

En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonábamos como sigue:

“Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de



Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia, la presente alegación no puede prosperar.” (Resolución de 14 de julio de 2017, 634/2017)

Y entendemos que, en este caso, el acceso es innecesario porque, en primer lugar, a la recurrente no se le ha denegado, expresamente, el acceso al expediente, sino que ha tenido acceso al mismo por el tiempo que ha considerado necesario, ha podido estudiar las ofertas técnicas presentadas por el resto de licitadores, salvo la parte de las mismas declarada confidencial.

Por otro lado, consta debidamente notificado a la recurrente el acuerdo impugnado, que no es otro que el de adjudicación, por lo que conoce cuáles son los hechos y fundamentos de derecho por las cuáles el órgano de contratación procedió a adjudicar el contrato.

De lo anterior resulta que la recurrente ha dispuesto de la información necesaria para articular sus pretensiones en esta sede.

Por lo que no ha sufrido indefensión, dado que de forma directa o indirecta ha tenido conocimiento de los diferentes trámites y resoluciones del procedimiento, así como de la documentación aportada por otros licitadores. La recurrente ha tenido a su disposición los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente. De hecho, de la lectura del recurso queda acreditado que la parte recurrente conoce los fundamentos de la decisión adoptada por el órgano de contratación.

En la medida en que la adjudicataria, ABBOTT, ha cumplido con la obligación de justificar debidamente la confidencialidad de parte de su oferta, que se ha garantizado el acceso a la información para cotejar la corrección de la valoración técnica realizada, se deniega no sólo el acceso al expediente –que no se solicita expresamente- sino también la existencia de indefensión, puesto que la recurrente ha podido formular las alegaciones y recursos en los términos que ha considerado necesario.

Séptimo. Pasando a examinar la cuestión sobre la pretendida falta de cumplimiento del PPT de la oferta presentada por ROCHE DIAGNOSTICS, señala la parte recurrente que debió ser excluida del proceso, porque no reunía las técnicas mínimas previstas en los pliegos de la licitación, en especial PPT. Considera que incumple los requisitos relativos a

la velocidad de procesamiento de determinaciones y la capacidad mínima de las mismas, sin que se puedan agregar las velocidades de los dos sistemas ofertados.

Para responder a esta cuestión, debemos partir de la literalidad del PPT, que establece, en el apartado “Especificaciones Técnicas de los Sistemas Analíticos Lote 1”, cuáles son los “requisitos mínimos de los 2 autoanalizadores o de los 2 sistemas integrados de autoanalizadores para determinaciones de bioquímica e inmunoquímica de rutina” al fijar que:

“Cada analizador o sistema integrado de analizador debe disponer de la capacidad de un mínimo de 80 determinaciones de bioquímica y 25 de inmunoquímica a bordo.

Cada analizador o sistema integrado de analizador debe tener una capacidad de procesamiento de un mínimo de 1000 determinaciones de bioquímica/hora y 200 determinaciones de inmunoquímica/hora. Con una respuesta de obtención de del primer resultado inferior a 30 minutos para las pruebas de inmunoquímica”.

Fueron varios los licitadores que plantearon dudas al órgano de contratación sobre la interpretación de esta cláusula, ante lo cual, se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado la aclaración siguiente:

«Pregunta

¿La capacidad de determinaciones abordo y de procesamiento que solicitan, se valoran por equipo, solución total ofertada o por laboratorio de urgencias/ rutina?

Respuesta:

Esta consulta ya ha sido realizada anteriormente.

Respuesta:

El requisito mínimo que consta en el PPT donde dice:



"Cada analizador o sistema integrado de analizador debe disponer de la capacidad de un mínimo de 80 determinaciones de bioquímica y 25 de inmunoquímica a bordo"

Hace referencia a la capacidad mínima del conjunto de los analizadores o conjunto de sistemas integrados requeridos en los lotes referidos.

Entendiéndose conjunto de al menos 80 determinaciones de bioquímica y 25 de inmunoquímica para Bioquímica de Urgencias; y al menos 80 determinaciones de bioquímica y 25 de inmunoquímica para Bioquímica de Rutina.

Se pide pues que los dos analizadores o los dos sistemas integrados que se oferten para la realización de las pruebas de bioquímica de urgencias sean en su conjunto capaces de realizar al menos 80 determinaciones de bioquímica y 25 de inmunoquímica. De igual forma se pide pues que los dos analizadores o los dos sistemas integrados que se oferten para la realización de las pruebas de bioquímica de rutina sean en su conjunto capaces de realizar al menos 80 determinaciones de bioquímica y 25 de inmunoquímica».

Como se indica en el informe del órgano de contratación, y a diferencia de lo que ocurría con la empresa SIEMENS, el Servicio Técnico informó que ROCHE había ofertado cuatro equipos integrados y no dos, de manera que no era necesario unir los equipos en uno sólo para dar la respuesta directa que se exigía en los pliegos.

Como también indica ROCHE en sus alegaciones, la solución en su conjunto para cada uno de los dos ámbitos (Bioquímica de Rutina y Bioquímica de Urgencias) la que debe ofrecer las prestaciones de ambos requisitos mínimos, algo que su propuesta cumple.

En consecuencia, este motivo debe ser también rechazado.

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 la resolución por la que se acuerda la adjudicación de la licitación en el procedimiento abierto del “*Suministro de reactivos para los laboratorios de análisis clínicos y microbiología del Hospital Universitario de Ceuta, Expediente 6/2018*”, convocada por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social-Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con 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 58.2 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 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.