



Recurso nº 718/2022 C. Illes Balears 41/2022

Resolución nº 881/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. L. M. , en representación de HEALTH IN CODE S. L., contra la Resolución, de 13 de mayo de 2022, del Director Gerente del Hospital Universitario Son Espases, por la que se adjudica la licitación convocada por el Servicio de Salud de las Illes Balears para contratar el *“Servicio de realización de estudios genéticos mediante secuenciación masiva para la Unidad de Diagnóstico Molecular y Genética Clínica (UDMGC) del Hospital Universitario Son Espases”* (Exp. HUSE 10/22 PA); este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 16 de febrero de 2020 a las 12:53 horas, en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector público (en adelante, PCSP), se publica el anuncio del contrato de servicio de realización de estudios genéticos mediante secuenciación masiva para la Unidad de Diagnóstico Molecular y Genética Clínica (UDMGC) del Hospital Universitario Son Espases, expediente HUSE 10/22 PA, licitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears. Ese mismo día, a las 12:55 horas, se incorporan a la PCSP los pliegos de la licitación para su descarga.

El contrato, calificado como de servicios, clasificación CPV 85145000, servicios prestados por laboratorios médicos, tiene un valor estimado de 169.369,50 euros, no estando sujeto a regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, y presentación de la oferta electrónica.

En el Cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), en lo que a la impugnación concierne, se prevé lo siguiente:

“C. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La documentación relativa a los criterios de adjudicación que debe presentarse es la siguiente (se indica también el sobre en el que debe incluirse):

<i>Documentación</i>	<i>Sobre nº</i>
<i>1.- DEUC y Declaración grupo empresarial (Anexo III y IV)</i>	<i>1</i>
<i>2.- Oferta económica: (Anexo II y II BIS)</i>	<i>2</i>
<i>3.- Oferta técnica:</i>	<i>2</i>
<i>En su caso, declaración/compromiso de la empresa en relación con el criterio correspondiente. Si no hay declaración/compromiso expreso en relación con el criterio, se valorará con 0 puntos. Requisitos PPT.</i>	

[...] Q. SUBCONTRATACIÓN. Art. 215 LCSP

Condiciones de la subcontratación:

No se permite

Tareas críticas que no pueden ser objeto de subcontratación:

Los análisis de las muestras, así como la elaboración de los informes asociados, constituyen tareas críticas del contrato porque aseguran la coherencia y trazabilidad de los resultados de las analíticas, por lo tanto, se consideran tareas críticas no subcontratables [...]”.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), por lo que a este recurso importa, se establece.

“2. DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO PARA LOS LICITADORES

La realización de las pruebas se desarrollará en instalaciones propias de la empresa, con sus propios recursos técnicos y conocimientos científicos necesarios para llevar a cabo el objeto del contrato, asumiendo todos los gastos necesarios para ello.

La oferta deberá incluir obligatoriamente estudios desde un solo gen hasta el estudio del exoma completo y presentarse a la totalidad del lote único objeto del presente contrato. El

servicio también incluye el estudio de familiares de primer grado y de la condición de portador de variantes génicas conocidas "mutaciones" además de la secuenciación de genoma completo. La clasificación del tipo de estudio a realizar y sus estimaciones anuales se enumeran en el siguiente cuadro:

<i>DETERMINACIÓN OBJETO DEL CONTRATO (LOTE ÚNICO)</i>	<i>Nº ESTIMADO DE PRUEBAS ANUALES</i>
<i>EXOMA COMPLETO+ familiares 1er grado</i>	<i>40</i>
<i>MENOS DE 250 GENES+ estudios familiares 1º grado</i>	<i>40</i>
<i>ESTUDIO CONDICIÓN DE PORTADOR DE VARIANTE CONOCIDA</i>	<i>100</i>
<i>GENOMA COMPLETO</i>	<i>10</i>
<i>EXOMATRIO</i>	<i>10</i>

[...].

Segundo. Llegado el vencimiento del término para presentar las proposiciones, entre los licitadores se encuentra HEALTH IN CODE S. L.

El 9 de marzo de 2022, la Mesa de contratación examina los archivos electrónicos que contienen la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia de los licitadores, admitiendo a todos ellos, salvo a uno al que se le solicita la subsanación del defecto observado en su documentación.

El 14 de marzo, la Mesa examina la subsanación aportada y admitiendo al licitador, y procede a la apertura de las ofertas, haciendo entrega a los servicios técnicos para su valoración.

El 29 de marzo, la Mesa de acuerdo con el informe emitido clasifica las ofertas y propone como adjudicataria a HEALTH IN CODE S. L.

El 1 de abril LORGEN GENÉTICA PROTEÓMICA S. L formula alegaciones a la puntuación obtenida en la valoración de su oferta, y a consecuencia de ellas se procede por los técnicos la revisión de su informe.

El 26 de abril, de acuerdo con el nuevo informe, la Mesa clasifica de nuevo las ofertas, quedando como primera clasificada LORGEN GENÉTICA PROTEÓMICA S. L, con una puntuación total de 91,75 puntos, y segunda clasificada HEALTH IN CODE. S. L., con 90,43 puntos.

El 2 de mayo la Mesa propone como adjudicataria a LORGEN GENÉTICA PROTEÓMICA S. L.

El 13 de mayo el órgano de contratación acuerda la adjudicación, conteniendo la resolución pie de recurso ante este Tribunal.

El 13 de mayo de 2022 a las 10:02 horas, se publica en la PCSP el acto de adjudicación, sin que obre en el expediente remitido la fecha en que se hizo la notificación individual a los licitadores de la adjudicación, ni obra tal dato en el recurso interpuesto.

Tercero. El 3 de junio de 2022, a las 19:22 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación por HEALTH IN CODE. S. L. con el siguiente *pétitum*: *“que se declare la nulidad de la Resolución de Adjudicación del expediente de referencia, de fecha 13 de mayo de 2022, en atención a lo alegado a lo largo del presente escrito de recurso y se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno con el objeto de realizar la valoración de la oferta presentada por LORGEN GENÉTICA PROTEÓMICA S. L. al referenciado Lote Único en atención a la realidad de la oferta presentada por la referida mercantil, lo que no puede sino determinar su exclusión del referido lote y expediente”*.

Igualmente solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 (en adelante LCSP) y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Quinto. El órgano de contratación remite a este Tribunal el expediente de contratación y su informe el 10 de junio de 2022.

Sexto. El 9 de junio, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso a los demás licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular las alegaciones que estimasen convenientes, haciendo uso de ese derecho LORGEN GENÉTICA PROTEÓMICA S. L. mediante escrito presentado el 15 de junio de 2022, a las 14:34 horas.

Séptimo. El 15 de junio, la Secretaria del Tribunal –por delegación de éste– acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP y 22.1.1º del RPERMC, y la cláusula tercera del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020), al ser el contratante ente público dependiente de la Comunidad Autónoma.

Tercero. Ha de examinarse la legitimación de la recurrente.

El artículo 48 de la LCSP establece 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”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias 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, 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.

La recurrente es una empresa que ha participado en la licitación quedando clasificada en segundo lugar, por lo que, de estimarse su recurso puede ser adjudicataria, por lo que tiene interés legítimo en la interposición del recurso y, en consecuencia, legitimación.

Cuarto. Se recurre el acto de adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El contrato y el acto son susceptible de recurso especial, conforme al artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. No forma parte del expediente remitido el documento acreditativo del envío y la recepción a través de la PCSP de la notificación individual del acto de adjudicación a la recurrente, ni tampoco manifiesta ésta en su escrito de recurso la fecha en que le fue notificado, aunque sí consta en las publicaciones de la PCSP relativas al procedimiento que la adjudicación se hizo pública en la misma fecha de su producción, el 13 de mayo de 2022. El recurso se interpuso en debida forma el 3 de junio.

Ante la ausencia del dato del envío y la recepción de la notificación individual, es imposible determinar con certeza el *dies a quo* para la interposición del recurso a los efectos de la Disposición Adicional 15ª, apartado 1, de la LCSP, pues se desconoce si la fecha de publicación de la adjudicación en el Perfil de contratante es la misma que la del envío de la notificación o de su aviso, o si, por el contrario, la fecha de recepción de la notificación individual fue posterior a la publicación –no pudiendo ser anterior, pues la adjudicación se publicó el mismo día en que se dictó–, siendo en tal supuesto esa la fecha de inicio del cómputo del plazo de recurso.

En cualquier caso, contado el plazo a partir de la única fecha contrastable, el día siguiente a la publicación del acto en la PCSP, el recurso se habría interpuesto dentro de plazo, por lo que tanto más lo hubiera sido si el envío y recepción de la notificación fuesen posteriores a esa fecha de publicación conocida, por lo que en aplicación también del principio *pro actione*, debe estimarse presentado el recurso en tiempo y forma.

Sexto. La recurrente funda su recurso en el siguiente argumento:

Que –a su juicio– la oferta de la adjudicataria incumple el PPT por lo que debería haber sido excluida.

Así, afirma que no es posible que la adjudicataria no cumple el requisito de que las pruebas se desarrolle en instalaciones propias de la empresa y con sus propios recursos técnicos, por cuanto la secuenciación de genoma completo, mediante tecnología de preparación de librerías “PCR-Free” y una cobertura horizontal mínima media de 30x, como exige el PPT, no se cumplen con el equipo ofertado “NextSeq 500/550” porque –según expone– las indicaciones del fabricante confirman que la secuenciación de genomas humanos completos no está incluido este equipo. Indicando como prueba un enlace que conduce a la pagina Web del fabricante, afirmando que –de acuerdo con la documentación del fabricante– no existe indicación alguna de la posibilidad de realizar esta prueba con el equipo ofertado.

Señala, asimismo, que el PCAP prohíbe la subcontratación y, por tanto, no puede realizarse por una empresa distinta.

El ente contratante, de contrario, aduce lo siguiente:

El requisito del PPT, de que en el caso de la secuenciación de genoma completo esté se llevará a cabo mediante tecnología de preparación de librerías “PCR-Free” y una cobertura horizontal mínima media de 30x, no menciona el tipo de equipo con el que se ha de realizar el estudio del genoma completo, del que solamente se solicitan un número estimado de diez anuales.

La adjudicataria se compromete en su oferta a facilitar la secuenciación del genoma completo de pacientes cumpliendo con las especificaciones técnicas de los pliegos, señalando que *“en los casos de genomas completos, se generan FASQ (90Gb), BAM,*

BAM.bai, CNVs, VCF, sin anotación, profundidad mínima de lectura >30x.”, por lo que cumple el PPT.

En cuanto al uso por la adjudicataria de un secuenciador Nextseq 500/550, se entiende claramente en su oferta que su uso hace referencia al work-flow para la preparación y secuenciación de exomas completos, según el protocolo y librería SureSelect de la empresa Agilent Technologies (kits de reactivos para preparar las librerías), por lo que también cumple con las exigencias del PPT.

Por último, el adjudicatario en sus alegaciones señala:

El enlace a la página Web del fabricante aportado por la recurrente no está actualizado y aporta copia del manual de instrucciones del secuenciador NextSeq 500/550, que detalla que, si realiza “genoma humano completo” y como lo realiza el secuenciador, cumpliendo con todas las prescripciones técnicas mínimas requeridas en el PPT.

En cuanto a las especificaciones técnicas del equipo de secuenciación NextSeq 500/550; según información técnica de la casa Illumina, el equipo es una solución para secuenciación de genomas completos especie de alta calidad para cualquier especie (incluida la humana).

En el manual del equipo NextSeq500/550, en la página 20 detalla claramente en sus características del equipo la capacidad para secuenciar genomas completos.

2.- Con relación a la comparativa de las diferentes soluciones de secuenciación masiva para genomas de Illumina, el documento describe y detalla entre las aplicaciones del NextSeq550 la secuenciación de genoma completo;

3.- Por último, la preparación de librerías para estudio de Genoma Completo, en la URL de Illumina puede comprobarse como con el kit de preparación de librerías Illumina DNA Prep se utiliza para secuenciación de genoma completo humano en plataforma de secuenciación NextSeq500/550, y que, en las especificaciones para ese kit, entre los sistemas compatibles, está el equipo NextSeq500/550.

Séptimo. Expuestas las alegaciones de las partes, procede recordar la doctrina de este Tribunal sobre el incumplimiento por las ofertas de las condiciones establecidas por los pliegos, singularmente por el de PPT.

Dado que los pliegos son la ley del contrato, conforme al artículo 139.1 de la LCSP: *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*; por ello, es criterio consolidado de este Tribunal la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el PPT, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

La posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), que dispone: *“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”*.

Ahora bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, expresada, entre otras, en la Resolución 815/2014, de 31 de octubre, que las exigencias de los PPT 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, garantía de una eficiente utilización de los fondos públicos, y salvaguarda de la libre competencia) recogidos en el artículo 1.1 de la LCSP, y así resulta también del artículo 132.1 de la LCSP cuando establece que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”*.

Es por ello por lo que el artículo 84 del RGLCAP ha de interpretarse y aplicarse de modo que cualquier incumplimiento, por el mero hecho de serlo, haya de suponer automáticamente la exclusión de la oferta, sino que, para que el incumplimiento produzca dicha consecuencia, debe subsumirse en alguna de las causas de exclusión recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato.

A ello se añade, desde nuestra Resolución 985/2015, de 23 de octubre, que el incumplimiento del PPT por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro, pues conforme al trascrito del artículo 139.1 de la LCSP, que previene que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, deriva que se establece la presunción *iuris tantum* 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 las prescripciones técnicas previstas en el PPT, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la Mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato.

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

Sólo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna de 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 PPT, 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 bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios

técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.

Para ello es fundamental el análisis del informe técnico de valoración de las ofertas, del que resulta que la oferta de la adjudicataria cumple las especificaciones establecidas en el PPT.

Ello es así porque los informes técnicos, en virtud de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la discrecionalidad técnica de la Administración, están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten, de modo que sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, pues se emiten sobre materias que, al no ser propiamente jurídicas, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico, limitándose nuestro examen a apreciar la existencia de error material patente, arbitrariedad o discriminación.

Valorando en el presente caso si, a la vista de dicho informe y de las alegaciones de las partes, hay un incumplimiento expreso, claro y evidente, más allá de toda duda técnica o jurídica, de que las prescripciones técnicas exigidas en el PPT, sin género de dudas, no pueden cumplirse por la oferta de la adjudicataria; resulta que el órgano técnico no apreció incumplimiento en la oferta de las exigencias del PPT, y las razones técnicas aducidas como prueba del hipotético error de apreciación del órgano técnico por la recurrente resultan desvirtuadas por las alegaciones y pruebas documentales aportadas por la adjudicataria en sus alegaciones.

En consecuencia, no se concluye que de lo alegado y aportado por la recurrente en su recurso resulte un incumplimiento expreso, claro y evidente de las prescripciones técnicas exigidas por el PPT por la oferta de la adjudicataria, sin que se exista por tanto en la actuación del órgano técnico de evaluación, y en el acuerdo conforme con su informe del órgano de contratación, manifiesto error material, arbitrariedad o discriminación.

Por todo ello procede, desestimar el recurso, y confirmar el acto recurrido.

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. M. L. M. , en representación de HEALTH IN CODE S. L., contra la Resolución, de 13 de mayo de 2022, del Director Gerente del Hospital Universitario Son Espases, por la que se adjudica la licitación convocada por el Servicio de Salud de las Illes Balears para contratar el “*Servicio de realización de estudios genéticos mediante secuenciación masiva para la Unidad de Diagnóstico Molecular y Genética Clínica (UDMGC) del Hospital Universitario Son Espases*” (Exp. HUSE 10/22 PA)

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida en virtud del artículo 58.3 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 multa 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 dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, conforme a 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.