



Recurso nº 1909/2021 C.A. Illes Balears 115/2021

Resolución nº 130/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 3 de febrero de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.Z.A. en representación de GAMMA SOLUTIONS, S.L., contra la resolución de adjudicación de la licitación convocada por el Servicio de Salud de Illes Balears para contratar “*Suministros reactivos determinación Covid 19, TaqPath Covid 19 (lote 10 Acuerdo Marco 2020/70 INGESA*”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 4 de agosto de 2020 el Director nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) acuerda declarar la emergencia para la tramitación de un Acuerdo Marco, con miras al Sistema Nacional de Salud, de suministro de material sanitario para hacer frente al Covid-19.

El Acuerdo Marco se articuló mediante el procedimiento de adopción de tipo previsto en la Orden Ministerial SSI/1075/2014, de declaración centralizada mediante procedimiento negociado, al concurrir las circunstancias descritas en el artículo 168 a) 2º de la LCSP.

Segundo. Dentro del plazo máximo de presentación de ofertas la entidad recurrente, presentó en tiempo y forma oferta con fecha 16 de agosto de 2020.

Tercero. Con fecha 11 de noviembre de 2020, GAMMA SOLUTIONS S.L. recibe notificación de la Resolución de adjudicación definitiva del Acuerdo Marco para el LOTE 10. Esta resolución fue modificada en fecha 19 de enero de 2021, con el objeto de incorporar la oferta de LIFE TECHNOLOGIES al LOTE 10, al haberse estimado el recurso interpuesto por esa empresa contra su exclusión al procedimiento.



Cuarto. El 3 de agosto de 2021 el Subdirector de compras y logística del Servei de Salut de Illes Balears, emite informe mediante el cual justifica la necesidad de iniciar la tramitación del expediente de referencia y se motiva la elección de LIFE TECHNOLOGIES al ser la única compatible con varios softwares de los laboratorios hospitalarios del Servei de Salut de Illes Balears.

Quinto. El 3 de agosto de 2021, el Director General del Ibsalut dictó resolución de inicio del expediente de referencia, conforme establece el artículo 116 de la LCSP.

Sexto. El 23 de agosto de 2021, por Acuerdo del Consejo de Gobierno, se otorga autorización previa al director general del Ibsalut para ejercer la competencia en materia de autorización y disposición del gasto correspondiente a la contratación de continua cita. Esa misma fecha se emite propuesta de adjudicación a LIFE TECHNOLOGIES. EL 3 de septiembre de 2021, la Intervención General emitió informe de fiscalización previa favorable, adjudicándose el procedimiento a LIFE TECHNOLOGIES el 8 de septiembre de 2021, publicándose en la Plataforma de Contratación del Estado, el 10 de septiembre.

Séptimo. El 30 de diciembre de 2021, el órgano de contratación recibe la comunicación de recurso especial interpuesto por GAMMA SOLUTIONS S.L. contra la resolución de adjudicación.

Octavo. En fecha 4 de enero de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 12 de enero de 2022 se presentan alegaciones por la entidad LIFE TECHNOLOGIES, S.A solicitando la inadmisión del recurso, al tratarse de un procedimiento, para el que se ha acordado la tramitación de emergencia.

Noveno. Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento, salvo cuando se trata, como es el caso, de la que se acuerda en un contrato derivado de un Acuerdo marco.



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 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante 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, 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). Nos remitimos, igualmente, al 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).

Segundo. Se recurre el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Servei de Salut de Illes Balears para contratar *“Suministros reactivos determinación Covid 19, TaqPath Covid 19 (lote 10 Acuerdo Marco 2020/70 INGESA”*, cuyo valor estimado supera los 100.000€, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 44.2 c) de la LCSP.

No lleva razón la empresa adjudicataria, cuando en sus alegaciones al recurso defiende su inadmisión, por tratarse de un acto no recurrible, con base en el artículo 44.4 de la LCSP, esto es, por haberse tramitado la licitación siguiendo el procedimiento de emergencia.

La declaración de emergencia se acuerda en fecha 4 de agosto de 2020 exclusivamente para la tramitación del Acuerdo Marco y, en consecuencia, los Pliegos rectores de dicha licitación indican la improcedencia del recurso especial frente a los actos dictados durante su tramitación, conforme dispone el artículo 44.4 de la LCSP.

Ahora bien, dicha declaración de emergencia no se hace extensiva ni se dispone en el acuerdo de inicio de fecha 3 de agosto de 2020 del procedimiento cuya adjudicación es objeto del presente recurso. En consecuencia, dicha resolución es susceptible de recurso



conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 c) de la LCSP, tal y como expresamente en ella se indica.

Atendido lo anterior y teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en el párrafo anterior, el recurso se ha interpuesto contra un acto recurrible.

Tercero. La empresa recurrente ostenta legitimación para la interposición del presente recurso al amparo del artículo 48 de la LCSP, al figurar entre las empresas adjudicatarias del lote 10 del Acuerdo marco.

Cuarto. La resolución del presente recurso pasa por examinar, con carácter previo al examen del fondo del asunto, si se han cumplido, o no, las prescripciones del plazo establecidas en el artículo 50 de la LCSP, y por ende, si ha de acordarse o no la inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso conforme al artículo 55.1 d):

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Por su parte, la Disposición Adicional decimoquinta, en lo que ahora interesa dispone lo siguiente:

“1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.



No obstante lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.

2. La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen: los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación”.

El art. 19.4 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 dispone:

“Cuando la notificación se practique por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, se considerará que la remisión se realiza en la fecha en la que se ha producido el envío.”

Por último, respecto a la relación entre la LCSP y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos remitimos a la Disposición Final cuarta, apartado 1 de la LCSPA que establece:



“Los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias.”

Con fecha 10 de septiembre de 2021, se publica la adjudicación a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público pero no consta su notificación al recurrente.

Atendido lo anterior, el recurso especial ha de entenderse interpuesto en tiempo y forma, pues lo dispuesto en el artículo 221.6 f) de la LCSP conforme al cual la notificación a los no adjudicatarios de la adjudicación de un contrato derivado de un acuerdo marco puede sustituirse por la publicación en otro medio, exige previsión específica al respecto en los Pliegos para el trámite, la adjudicación, y para el medio de producirse esta, sin que quepa presumirse de otras referencias que a lo largo de los Pliegos puedan hacerse a la PCSP.

Quinto. La recurrente invocando el Pliego de Condiciones Administrativas particulares y sus cláusulas, defiende que la adjudicación debió resolverse tomándose en consideración exclusivamente el criterio económico y, por tanto, a su favor, al ser la oferta más económica.

La resolución recurrida acuerda la adjudicación a favor de LIFE TECHNOLOGIES, empresa que ha sido seleccionada en el acuerdo de inicio del expediente. En este, tras la identificación en sus antecedentes de las empresas que han resultado adjudicatarias en el lote 10, se señala que:

“Este procedimiento está basado en lo citado en el artículo 221.4 de la LCSP en el cual no será necesaria una nueva licitación. Debiéndose basar en el precio la selección del adjudicatario, cuando hay varias soluciones idóneas para cubrir la necesidad clínica.”

El órgano de contratación defiende el criterio anterior en su informe al presente recurso señalando, entre otras consideraciones que:



“la única oferta compatible con los sistemas del Servei de Salut era la de la adjudicataria. Por lo que se ha considerado que es la económicamente más ventajosa ya que cualquier otra habría supuesto costes indirectos a esta Administración aparte de retrasos no deseables en el control de la pandemia.”

En esa línea, resulta especialmente ilustrativo a juicio de este Tribunal el informe justificativo sobre la necesidad de iniciar un expediente de contratación de fecha 16 de julio de 2021, en el cual expresamente se señala que:

“De entre los adjudicatarios del Acuerdo Marco, la oferta presentada por la empresa LIFE TECHNOLOGIES, si bien no es la más económica de todas las ofertadas, resulta ser la más económica de entre las idóneas para satisfacer la necesidad a cubrir.”

A continuación, dicho informe justifica la idoneidad extensamente señalando:

“Actualmente los laboratorios de Microbiología de los hospitales del Servei de Salut de les Illes Balears realizan el diagnóstico de Covid 19 gracias a los extractores de ácidos nucleicos y termociclador que permiten detectar 3 genes del virus; N, S y ORF mediante q/RT-PCR (Reacción en cadena de la Polimerasa a tiempo real).

Se requiere la adquisición de Kit de test moleculares de análisis para diagnóstico del SARS-COV-2 mediante amplificación RT-PCR (real-time reverse transcription polymerase chain reactio) a partir de bastoncillos o aspirados nasofaríngeos y lavado broncoalveolares, en tiempo real en pacientes del Área de Salut de Illes Balears.

El kit TaqPath CE-IVD está asociado a un software interpretativo CE-IVD diseñado y validado para los equipos: QuantStudio 5/7500 disponible en los distintos laboratorios de los centros hospitalarios.

En nuestros hospitales esta tecnología se está utilizando de forma eficiente, para apoyar el gran volumen de muestras existentes y reducir el tiempo de respuesta en el diagnóstico de la Covid 19, algo crucial en esto momentos para la toma de



decisiones clínicas. Dicha tecnología tiene capacidad para detectar 3 genes del virus lo que hace más seguro el resultado ante muestras complejas de falsos positivos que exigen una confirmación y ante resultados dudosos, que en algunos momentos son muchos, utilizarlo como segunda técnica diagnóstica de confirmación, dando mayor seguridad y fiabilidad en la emisión de informes.

Otra ventaja que presenta esta solución es la presencia de la diana S, donde este gen nos aporta información preliminar y nos hace sospechar si estamos ante la variante británica.”

Dicha justificación se encuentra también recogida en el informe del órgano de contratación al presente recurso.

Planteado el debate en dichos términos, este ha de resolverse teniendo en cuenta el contenido de la cláusula 16 del PCAP, que regula la adjudicación de los contratos basados en un Acuerdo Marco, la cual literalmente señala:

“16. CONTRATOS BASADOS EN EL ACUERDO MARCO

16.1. ÓRGANO DE CONTRATACIÓN COMPETENTE

El órgano de contratación será el que resulte competente de cada entidad participante en el acuerdo marco.

16.2. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

En el procedimiento de adjudicación de los contratos basados se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

a. *Con carácter general, los suministros basados podrán realizarse según lo previsto en el párrafo primero del artículo 221.4 de la LCSP, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. En este caso, cuando varias de las soluciones seleccionadas en el acuerdo marco sean idóneas para satisfacer la necesidad clínica a cubrir, el criterio de selección entre éstas será el precio.*



*b. De manera excepcional, cuando el acuerdo marco para un lote se haya concluido con varios empresarios y por el órgano de contratación del contrato basado se aprecie la necesidad de tener en cuenta en un suministro concreto alguna de las condiciones adicionales establecidas en la cláusula 16.5 de este pliego, o exista algún **condicionante objetivo** (que deberá acreditarse en el expediente de contratación basado) de índole clínica o logística que pueda afectar a la selección de la oferta más beneficiosa en los contratos basados, éstos se efectuarán, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 221.4 de la LCSP, convocando a las partes.*

A tal efecto, en la convocatoria se comunicará a las empresas seleccionadas en el acuerdo marco, las condiciones o condicionantes específicos a los que está subordinado el expediente concreto que se tramita mediante esta excepción. Las empresas convocadas deberán manifestar si están en disposición de ofrecer solución a las condiciones o condicionantes puestos de manifiesto, con los productos seleccionados en el acuerdo marco.

Una vez determinadas las empresas cuyos productos seleccionados están en disposición de dar solución a los condicionantes o condiciones específicas puestos de manifiesto, cuando existían distintas soluciones, el criterio de selección entre dichos productos será el precio establecido en el acuerdo marco.

c. Cuando circunstancias especiales en un suministro concreto hagan necesario disponer de distintos suministradores para garantizar aspectos tales como la cadencia de determinados productos, el mantenimiento de su stockage o cualquier otro aspecto debidamente motivado en el expediente, los órganos competentes de las entidades participantes podrán determinar el número ("n") de empresas, de las seleccionadas en el acuerdo marco, con las que formalizar los suministros.

En este caso, con objeto de dar una adecuada preponderancia al precio que respete el concepto normativo general de oferta más beneficiosa, el número de unidades de producto adquiridas a cada empresa deberá respetar al menos la siguiente fórmula:

$$U.T. = uE1 + uE2 + + uEn-1 + uEn$$

Dónde:

U.T. = número total de unidades a adquirir en el expediente.

uE1 = número de unidades a adquirir a la empresa con el precio más bajo seleccionada en el acuerdo marco.

El número de unidades (redondeado en caso de decimales al entero más alto), deberá ser, como mínimo, del 60% del U.T. (número total de unidades).

uE2 = número máximo de unidades a adquirir a la empresa con el segundo precio más bajo seleccionado en el acuerdo marco.

Este número de unidades no podrá ser superior a la magnitud resultante de multiplicar uE1 por 0,65 (despreciando los decimales).

uEn-1 = número máximo de unidades a adquirir a la empresa con el segundo precio más alto.

Este número de unidades no podrá ser superior a la magnitud resultante de multiplicar uEn-2 por 0,65 (despreciando los decimales).

uEn = número máximo de unidades a adquirir a la empresa con el precio más alto seleccionado en el acuerdo marco.

Este número de unidades se corresponderá con el resto del montante para completar el U.T, no pudiendo ser superior a la magnitud resultante de multiplicar uEn-1 por 0,65 (despreciando los decimales).

d. *En los supuestos regulados en las letras anteriores, en los que existan diversas soluciones seleccionadas en el acuerdo marco, adecuadas para dar respuesta a las necesidades de un contrato en concreto, el criterio de selección entre todas ellas*



será el precio. Dado que no se establece criterio alguno de desempate, en su caso, será de aplicación lo previsto en el artículo 147.2 de la LCSP.

16.2.1. *De acuerdo con lo previsto en el artículo 153.1 de la LCSP **no resultará necesaria la formalización del contrato.***

16.2.2. *El adjudicatario no podrá aplicar precios, condiciones o prestaciones distintos a los de la propia adjudicación, salvo las previstas en este Pliego. El incumplimiento de esta obligación, que se considera esencial, dará lugar a la aplicación de las penalidades prevista en este Pliego y podrá determinar la resolución del acuerdo marco conforme lo previsto en el artículo 211.1.f de la LCSP y la correspondiente exclusión del catálogo de bienes de adquisición centralizada del INGESA.”*

Atendido lo anterior, ha de partirse de la remisión contenida en la letra a de la cláusula 16.2 del PCAP, al artículo 221.4 de la LCSP. Dicho artículo 221.4 de la LCSP señala que la posibilidad de adjudicar el contrato basado con o sin nueva licitación, ha de estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco, el cual determinará cuándo se acudiría o no a una nueva licitación y los términos de esta.

Teniendo en cuenta lo anterior, la cláusula 16.2 diferencia los supuestos en los que ha de acudir o no a una nueva licitación. Partiendo de una regla general:

*“a. Con carácter general, **los suministros basados podrán realizarse según lo previsto en el párrafo primero del artículo 221.4 de la LCSP, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.** En este caso, cuando varias de las soluciones seleccionadas en el acuerdo marco sean idóneas para satisfacer la necesidad clínica a cubrir, el criterio de selección entre éstas será el precio.”*

Aplicando la literalidad de dicha cláusula, la regla general para la adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco, es la adjudicación sin nueva licitación y, en ese caso, cuando varias soluciones seleccionadas sean idóneas para satisfacer la necesidad a cubrir, el criterio de selección será el precio.



El informe técnico al órgano de contratación emitido el 16 de julio de 2021 literalmente señala que de entre los adjudicatarios del Acuerdo Marco, la oferta presentada por la empresa LIFE TECHNOLOGIES, si bien no es la más económica de todas las ofertadas, resulta ser la más económica de entre las idóneas para satisfacer la necesidad clínica a cubrir y justifica con detalle los motivos.

La resolución que acuerda la selección de la empresa, al acordar el inicio del expediente el 3 de agosto de 2021, anteriormente citada, señala que:

“Como hemos establecido en los antecedentes, este procedimiento está basado en lo citado en el artículo 221.4 de la LCSP en el cual no será necesaria una nueva licitación. Debiéndose basar en el precio la selección del adjudicatario, cuando hay varias soluciones idóneas para cubrir la necesidad clínica.

Criterio que se sigue en el caso concreto.”

Atendido lo anterior, procede desestimar el motivo del recurso, pues en la adjudicación del contrato basado en el Acuerdo Marco se han aplicado los criterios de adjudicación expresamente previstos en la cláusula 16 del PCAP del Acuerdo Marco.

En efecto, conforme a la regla general contenida en la cláusula 16. 2 a) del PCAP, el procedimiento se ha tramitado sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación, al ser esa la regla general y no concurrir las circunstancias específicas a la que se hace referencia en el resto de letras de la cláusula 16.2 del PCAP.

La adjudicación se ha acordado, siguiendo el criterio fijado en la cláusula citada en favor de la oferta más económica dentro de las idóneas.

El recurrente solo justifica que su oferta es la más económica del lote 10 pero en ningún momento justifica la idoneidad del producto por ella ofertado dentro del Acuerdo Marco, dentro de los parámetros definidos en el contrato derivado. La carga de la prueba incumbe a quien alega y a falta de prueba, la idoneidad de su oferta en los términos que se ha definido y justificado en el expediente de contratación, no ha quedado acreditada y por ello no ha resultado adjudicataria, a pesar de ser la más económica.



La desestimación del motivo principal del recurso, al ser la base para la segunda pretensión, conlleva la de esta, por la que se reclamaba una indemnización de conformidad con el artículo 58.1 de la LCSP.

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. J.M.Z.A. en representación de GAMMA SOLUTIONS, S.L., contra la resolución de adjudicación de la licitación convocada por el Servicio de Salud de Illes Balears para contratar *“Suministros reactivos determinación Covid 19, TaqPath Covid 19 (lote 10 Acuerdo Marco 2020/70 INGESA)”*.

Segundo. 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 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 Islas Baleares, 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.