

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía todas las firmas auténticas y se han ocultado los datos personales protegidos y los códigos que permitirían acceder al original.

Recurso nº 056/2021**Resolución nº 94/2021**

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 25 de febrero de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de AT-Biotech Traceability Information System S.L. (en adelante AT-B) contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 22 de diciembre por el que se excluye su oferta de la licitación del contrato de “Suministro de sistema de seguridad transfuncional y hemovigilancia con pulseras de identificación del paciente, software y hardware para el servicio de hematología del Hospital Clínico San Carlos” número de expediente PA2020-0-097 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 23 de octubre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes

El valor estimado de contrato asciende a 345.600 euros y su plazo de

duración será de 2 años

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores, siendo finalmente admitido solo uno.

Tras la tramitación del expediente se acuerda por Resolución de fecha 18 de enero de 2021, del Director Gerente del Hospital la adjudicación del contrato, notificándose a los licitadores el día 18 de enero de 2021, cuando también se publica en el perfil de contratante

Segundo.- El 5 de febrero de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AT-B, en el que solicita la anulación de su exclusión por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos al suministro que se pretende contratar, así como la exclusión de la oferta presentada por el adjudicatario por incumplimiento de determinados requisitos técnicos exigidos.

Tercero.- El 18 de febrero de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de

contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de diciembre de 2020, practicada la notificación el 20 de enero de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 5 de febrero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de la mesa de contratación de excluir la oferta de la recurrente de la licitación, acto de trámite cualificado en el

marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso dos motivos de impugnación pretende el recurrente, por un lado demostrar que su producto cumple con los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones y por otro lado demostrar que el adjudicatario presenta una oferta que no cumple con estos en varios de sus apartados.

En cuanto al primero de ellos, a su vez lo sustenta en dos hechos diferenciados, por un lado, las apreciaciones técnicas sobre el producto y por otro lado la falta de competencia de quien ha acordado la exclusión de la oferta.

En lo que respecta a este segundo aspecto, el recurrente considera que el instrumento básico para su exclusión ha sido un informe elaborado por una facultativa, que no determina su cargo en la antefirma del informe que elabora y que éste además no es aceptado por la mesa de contratación, incluso pone en duda que el informe haya sido solicitado por el órgano colegiado a esta doctora. Basa su discurso en que la mesa de contratación solicita informe al departamento promotor de la contratación y que el informe elaborado carece de conformidad por este departamento. A su vez considera que la falta de publicidad del acta de la sesión de la mesa de contratación de fecha 22 de diciembre de 2020, le lleva a dudar de que efectivamente se haya realizado dicha sesión y en consecuencia que la exclusión de su oferta la haya acordado órgano competente.

El órgano de contratación por su parte defiende el informe elaborado por la Dra. S., considera que ha sido la profesional designada por el servicio promotor de la contratación para elaborar dicho instrumento técnico, corrobora que fue admitido por la mesa, considera que la firma del máximo responsable del departamento promotor de la licitación no es indispensable y admite como error el retraso de la publicación del acta de la sesión celebrada el 22 de diciembre de 2020 por la mesa de contratación.

El RD 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, vigente en nuestros días en todo aquello que no se oponga a la actual LCSP, en su Capítulo III, establece el funcionamiento de las mesas de contratación. Concretamente en su artículo 22e) establece la posibilidad de solicitud de cuantos informes técnicos precise para alcanzar la calificación y clasificación de las ofertas. Es por ello que la solicitud de un informe a un departamento conlleva inexorablemente a que este designe técnico adecuado para su emisión. La sola presentación ante la mesa de contratación de dicho informe conlleva una aceptación de este por el departamento encargado de su emisión, así como la ausencia de rechazo por parte de la mesa de contratación conlleva inexorablemente su admisión y en consecuencia su utilización para ejercer las funciones que la ley atribuye a este órgano colegiado.

No obstante lo dicho, el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 22 de diciembre de 2020 dice: *“Se aporta a la mesa los informes sobre el cumplimiento del pliego de prescripciones técnicas realizado por el Servicio Promotor (Dra S.) tal y como se había solicitado en sesión del 15 de diciembre, con el siguiente resultado”*. Es indubitado que el informe elaborado por la Dra S. es admitido por la mesa de contratación como propio del servicio promotor de la licitación, así como su aceptación al estar su acuerdo basado en las afirmaciones que en él se contienen.

Por lo que respecta a la posibilidad de que la sesión de 22 de diciembre no se hubiera celebrado y en consecuencia la exclusión de la oferta del recurrente hubiera sido acordada por órgano incompetente, basada tal afirmación en la ausencia de publicación de este documento en el perfil de contratante, baste con indicar que dicha falta de publicidad ha sido admitida por el órgano de contratación, pero también baste con indicar que dicha acta fue notificada individualmente al recurrente el 20 de enero de 2021, dies a quo para la interposición de este recurso. Por lo que el pretendido motivo de recurso queda desarmado ante la realidad del documento

existente y notificado.

Como segundo submotivo de recurso el recurrente plantea que su producto cumple los requisitos para su funcionamiento de forma superior a la planteada por el órgano de contratación en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

En este punto es necesario traer a colación el apartado 2.1 del PPTP:

“2. DESCRIPCION DEL SISTEMA

2.1. PULSERA DE SEGURIDAD TRANSFUSIONAL.....

.... Incluirá una etiqueta autocopiativa (la negrita y el subrayado es de esta parte) con código de barras para la identificación del tubo de muestra donde quede constancia de los datos del paciente (nombre y apellidos y NH), fecha de extracción e identificación del extractor(N Empleado y firma).....”

El producto aportado por el recurrente no incluye la mencionada etiqueta autocopiativa, tal y como admite a lo largo de su escrito de recurso, en el que además insiste en que el modelo por el presentado aumenta las garantías en el uso del suministro con la utilización de otras formas de trazabilidad de las extracciones.

Es doctrina de este Tribunal que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la

LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En el caso de que el producto requerido fuera obsoleto, sus requisitos no fueran de posible cumplimiento o limitaran los derechos de los licitadores, hubo un momento de impugnación que son los quince días hábiles desde que los pliegos se ponen a disposición de los licitadores, pasado ese plazo estos se convierten en la ley del contrato y no pueden invocarse sus posibles defectos en otras fases del procedimiento como en este caso en la admisión de las ofertas.

El producto ofertado por la recurrente según el informe técnico emitido mantiene: “La propuesta del licitador no cumple con este requisito, ya que no ofrece una etiqueta autocopiativa dirigida al tubo de muestra con los datos del receptor, de forma que éstos permanezcan idénticos en la pulsera del paciente”.

La rotundidad del informe técnico emitido permite que la mesa de contratación no solicite subsanación o aclaración alguna al licitador. El producto contiene la etiqueta autocopiativa o no lo tiene, nada hay que aclarar a este respecto, por lo que

la mesa de contratación obro conforme a derecho.

Por todo ello se desestima el recurso en cuanto a la pretendida nulidad de la exclusión de la oferta del recurrente.

En consecuencia con su exclusión, AT-B perdería la legitimación para recurrir la adjudicación del contrato a Bio-Raid Laboratories S.A., pues con ella no la ganaría el recurrente al haber sido previamente excluido, es decir ningún beneficio propio obtendría. No obstante, el hecho de que solo continúa en el procedimiento de licitación esta empresa, su exclusión conllevaría a la declaración de procedimiento como desierto, reportando en ese caso, un beneficio directo al recurrente. Por ello se resolverá sobre el segundo motivo de recurso.

Considera AT-B que la adjudicataria no cumple con los requisitos 2.3.1.2.1 y 2.3.1.6.1 donde se exige que los procedimientos considerados se realicen en la cabecera de paciente. Añade que *“esta necesidad no es una mera explicación contextual sino que el producto ofertado debe proporcionar un mecanismo que asegure que la operación se realiza en dicha ubicación y no en otra, por ejemplo en la sala de enfermería. Dicho requerimiento tiene sentido médico, destinado a reducir los errores potenciales durante el procedimiento. La tecnología que la licitadora presenta en su oferta no cuenta con un procedimiento que asegure de forma fehaciente dicho requerimiento”*.

A este respecto el órgano de contratación en su informe al recurso expone:
“El licitador BIO-RAD LABORATORIES consultó si era admisible un dispositivo móvil de características técnicas superiores a lo exigido, y lógicamente, este dispositivo sí sería aceptable siempre y cuando se cumplan los requisitos técnicos básicos exigidos en el PPT: si no los cumpliesen no lo admitiríamos bajo ningún concepto.

Punto 2.3.1.2.1: El procedimiento (se refiere a la extracción de la muestra) debe ser realizado en la cabecera del paciente mediante dispositivo móvil.

El licitador BIO-RAD LABORATORIES en su solución, incluye un dispositivo móvil que exige leer la etiqueta del tubo y de la pulsera en un espacio de tiempo muy corto, para garantizar que todos los elementos están delante del paciente al realizar el registro.

Esto queda acreditado en la documentación técnica de BIO-RAD LABORATORIES:

- *Página 11: Punto 2.1.2: REGISTRO DE EXTRACCIÓN DE MUESTRA EN LA CABECERA DEL PACIENTE*
- *Página 18: Punto 3: Estrategias para la cobertura de 60 puestos transfusionales*

Punto 2.3.1.6.1: El procedimiento (se refiere al momento de la administración del componente sanguíneo) debe ser realizado en la cabecera del paciente mediante un dispositivo móvil.

Igualmente, al momento de iniciar la transfusión, el dispositivo móvil (Smartphone, PDA, PC o Tablet) permite la transfusión si las numeraciones del componente sanguíneo y la pulsera transfusional coinciden (mismo número, diferente codificación para obligar a leer la pulsera en la muñeca del receptor y no otro código de barras), tras la identificación de la persona que va a realizarla.

Esto queda acreditado en la documentación técnica de BIO-RAD LABORATORIES:

- *Página 12: Punto 2.1.10: CONTROL DE SEGURIDAD TRANSFUSIONAL*
- *Página 12: Punto 2.1.12: CIERRE DE LA TRANSFUSIÓN*
- *Página 18: Punto 3: Estrategias para la cobertura de 60 puestos transfusionales”.*

A la vista de las manifestaciones de la recurrente y del órgano de contratación debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la admisión de la oferta de la adjudicataria.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, “cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.

En el presente caso, la valoración del órgano de contratación coincide con el sentido de las manifestaciones y consideran suficientemente detalladas, por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de AT-Biotech Traceability Information System S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 22 de diciembre por el que se excluye su oferta de la licitación del contrato de “Suministro de sistema de seguridad transfuncional y hemovigilancia con pulseras de identificación del paciente, software y hardware para el servicio de hematología del Hospital Clínico San Carlos” número de expediente PA2020-0-097

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2021 03 01 15:47