

Recurso nº 267/2022
Resolución nº 276/2022

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 14 de julio de 2022, 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 Hologic Iberia S.L., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “Suministros de los reactivos y del equipamiento necesarios para la determinación de la carga viral del virus SARSCOV-2 mediante amplificación de ácidos nucleicos y del virus de la hepatitis B (VHB, virus de la hepatitis C (VHC) y virus de la inmunodeficiencia humana tipo 1 (VIH-1) y otros virus mediante la amplificación genética en tiempo real en plasma/suero para el servicio de microbiología del Hospital Clínico San Carlos”, número de expediente PA 2022-0-004, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 13 de junio de 2022 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 15 en el DOUE y el 21 en el BOCM , se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 6.491.596,8 euros y su plazo de duración será de doce meses, con posibilidad de prórroga por otros 48 meses más.

La fecha límite de presentación de ofertas es el 22 de julio, por lo que no consta en el expediente los licitadores que se han presentado.

Segundo.- El 1 de julio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Hologic Ibería en el que solicita la anulación de la prescripción técnica que se expondrá a continuación y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El órgano de contratación el 6 de julio de 2022, acuerda la suspensión de los trámites derivados del expediente de licitación como son la apertura de la documentación administrativa, así como de la documentación económica hasta tanto se reciba comunicación de este Tribunal al respecto.

El 7 de julio de 2022, 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) solicitando la desestimación del recurso.

Tercero.- 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 potencial licitador *“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 los pliegos fueron publicados el 13 de junio de 2022 e interpuesto el recurso el 1 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso alega el recurrente que una de las características de los productos objeto del contrato definidas en el PPT, limitan la concurrencia pues solo una casa comercial las satisface, siendo por tanto la única que puede licitar en el presente procedimiento y que además no es esencial para la ejecución del objeto del contrato, que supone una vulneración del artículo 126.1 de la LCSP y que el apartado 6 de este artículo debe ser interpretado de manera restrictiva, así el órgano de contratación que quiera aplicar esas excepciones en la descripción de las prescripciones técnica tendrá que probar que se dan las circunstancias objetivas que justifican esa excepción.

La especificación de referida es:

- *“Prueba basada en la reacción en cadena de la polimerasa en tiempo real (RT-PCR).*

- *Tipo de muestras; suero o plasma humanos*
- *Resultados en <120 minutos o listo para el uso*
- *Sin manipulación de nuestras o listo para su uso”.*

En su recurso resalta en un diferente color la especificación *“Resultados en <120 minutos o listo para el uso”* y considera que queda demostrado que la prescripción técnica solo es cumplida por una empresa por lo que debe ser anulada.

Por su parte el órgano de contratación opone que el PPTP se limita a realizar una descripción de las diferentes características que los suministros objeto del contrato deben cumplir para satisfacer las necesidades de nuestro centro.

En ese sentido se remite al informe de necesidad dónde el Servicio Promotor del Contrato hace referencia a la carga viral en sangre de manera *“Como consecuencia de las sucesivas olas epidémicas por el virus SARS-COV2, la demanda de pruebas moleculares al laboratorio de Microbiología ha experimentado un aumento sin precedentes, para responder a esta demanda, necesitamos un equipo molecular para realización de PCR a tiempo real, de carga continua y que ofrezca una respuesta rápida a las necesidades de diagnóstico que nos exige esta infección, que vienen aumentando debido a los cribados hospitalarios de pacientes y personal y las PCR previas a cualquier ingreso, procedimiento diagnóstico o intervención quirúrgica”. Y también “Del mismo modo, las infecciones por Citomegalovirus y Virus de Epstein-Barr son frecuentes en pacientes inmunodeprimidos, sobre todo en trasplantados renales y pacientes oncohematológicos, la determinación de precoz es una herramienta fundamental para evitar y tratar la infección diseminada”.*

Sobre la base de este informe de necesidad se elabora el PPTP que entre otras características se establece como requisito: tener el resultado de las pruebas en un tiempo inferior a 120 minutos, para cada una de las determinaciones que son objeto de este contrato.

Otra exigencia del PPTP para los equipos que han de procesar las muestras para la realización de PCR EN TIEMPO REAL, es que deberá cumplir con la siguiente característica: *“Realizar al menos 300 determinaciones en jornada de 8 horas...”*.

Resulta evidente que estas características requeridas se han hecho con base en las necesidades asistenciales del centro, ya que si el tiempo para obtener el resultado de una determinación es igual o superior a 120 minutos no sería posible conseguir ese mínimo necesario de 300 determinaciones en una jornada de 8 horas.

Así, manifiesta que de acuerdo con la doctrina de los Tribunales de Contratación Pública el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplido por los licitadores y no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnica que se ajuste a las necesidades del órgano de contratación, dentro de los principios y requisitos de la LCSP.

A la vista del recurso interpuesto el Servicio Promotor esto es el Servicio de Microbiología y Parasitología del Hospital informa que *“Respecto al recurso de Hologic queremos hacer constar que la empresa licitadora debe ser capaz de atender la actividad asistencial propia de nuestro centro, esto supone una carga de trabajo de al menos 300 muestras en cada jornada laboral de 8 horas, por este motivo, el tiempo de respuesta debe ser menor a 120 minutos. Teniendo en cuenta que éste es el punto que se recurre, debemos aclarar que no limita en absoluto la libre concurrencia en esta licitación, ya que existen al menos tres casas comerciales que cumplirían con las características del tiempo de respuesta requerido (Abbott 115 minutos, Qiagen 80 minutos, Cepheid 35-60 minutos)”*.

Por ello considera que está suficientemente justificada la exigencia técnica establecida y su vinculación al objeto del contrato, operando dentro del margen de discrecionalidad técnica del que goza; sin que se pueda estimar conculcados los principios de contratación a los que alude la recurrente de manera subjetiva. El

hecho de que el producto comercializado por una empresa no cumpla los requisitos establecidos por el poder adjudicador en el ejercicio de su discrecionalidad, no es sinónimo de desigualdad en el trato a los interesados ni implica fraude a la concurrencia; el objeto del contrato se ha de definir en función de las necesidades de la Administración contratante no de las potencialidades de los posibles licitadores.

Añade que la recurrente alega vulneración del principio de igualdad de trato, pero sin desarrollar alguna actividad probatoria en apoyo de su denuncia, aun cuando incumbe a la recurrente la carga de la prueba e introducir los argumentos jurídicos que a partir de los hechos probados permitan al Tribunal pronunciarse sobre su pretensión.

Vistas las posiciones de las partes, lo primero que llama la atención a este Tribunal es que la recurrente se limita a indicar que queda probado que la prescripción técnica objeto de controversia sólo puede ser cumplida por una empresa, pero sin aportar ninguna documentación, referencia o análisis de que eso sea así, por lo que es una simple manifestación carente de prueba ni fundamento.

Por el contrario, en el informe técnico del Servicio de Microbiología consta que al menos tres empresas cumplen con este requisito y además justifican la necesidad del mismo para el cumplimiento del objeto del contrato.

Al respecto procede citar la doctrina mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma *“En este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero). En este sentido, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha*

analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la Administración, señalando que --cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute-- (Resolución 618/2014)”.

También es ilustrativa al caso que nos ocupa nuestra Resolución 273/2017 de 27 de septiembre que cita el Acuerdo 47/2015, de 17 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, n, *“En nuestro ordenamiento jurídico, es lo mismo no tener un derecho, que tenerlo y no poder probarlo. Es al licitador, hoy recurrente, a quien le corresponde demostrar la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, contrario a la forma prescrita por la ley, en este caso al PPT. La carga de la prueba es la obligación procesal del deber de demostrar un hecho, e incumbe al recurrente. Quien tiene la carga de la prueba, es quien ha de demostrar el incumplimiento de la Ley. Este principio general de todo procedimiento contradictorio, se desprende del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es el denominado “onus probando” y su fundamento es que si el recurrente denuncia, o imputa, al órgano de contratación, un determinado incumplimiento legal (en este caso la aplicación incorrecta de los pliegos de la licitación), debe demostrarlo”.*

En consecuencia, dado que la recurrente no acredita lo más mínimo las alegaciones vertidas sobre el objeto de controversia procede desestimar el recurso interpuesto.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento de licitación solicitada por el recurrente.

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 Hologic Iberia S.L., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “Suministros de los reactivos y del equipamiento necesarios para la determinación de la carga viral del virus SARSCOV-2 mediante amplificación de ácidos nucleicos y del virus de la hepatitis B (VHB, virus de la hepatitis C (VHC) y virus de la inmunodeficiencia humana tipo 1 (VIH-1) y otros virus mediante la amplificación genética en tiempo real en plasma/suero para el servicio de microbiología del Hospital Clínico San Carlos”, número de expediente PA 2022-0-004.

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.

Tercero.- 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: 2022 07 15 09:14