

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 7 de septiembre de 2023, 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 Concile Diagnostics S.L., contra el acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitarios Ramón y Cajal de fecha 27 de julio, por el que se adjudica el contrato de “Suministros de reactivos para la realización de pruebas analíticas de serología y pruebas rápidas de detección de antígenos para el servicio de microbiología para el H.U. Ramón y Cajal. Lote 4”, número de expediente 2023000031, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 31 de mayo de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y con división en 4 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 922.193,90 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación del lote 4, se presentaron 2 licitadores.

Segundo.- Tras la tramitación del procedimiento de licitación, se procedió a la clasificación de las ofertas, resultando primera la presentada por Vincell Spain S.L.U. La mesa de contratación primero requirió y después considero bastante la documentación aportada por la empresa y que acredita su personalidad, aptitud y solvencia, por lo que propuso la adjudicación del contrato que fue acordada por el órgano de contratación el 27 de julio de 2023.

Tercero.- El 17 de agosto de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Concile Spain S.L., en el que solicita la anulación de la adjudicación y exclusión de la oferta presentada por Vincell Spain al no cumplir con las exigencias mínimas requeridas en los Pliegos de condiciones.

El 23 de agosto de 2023, 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.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo el día 1 de septiembre de 2023, Vircell Spain S.L.U., no ha presentado escrito alguno.

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, clasificada en segundo lugar, *“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 17 de julio de 2023, practicada la notificación el 1 de agosto de 2023, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 17 de agosto de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación, 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se centra en verificar si la oferta que ha resultado adjudicataria cumple los requisitos técnicos solicitados en los Pliegos de condiciones o como sostiene el recurrente no los cumple lo que llevaría a una exclusión de dicha oferta.

Conviene en primer lugar tener presentes las características técnicas requeridas y que se establecen en el apartado 1 del pliego de prescripciones técnicas particulares:

“ESPECIFICACIONES TÉCNICAS LOTE 4

- *La técnica debe de consistir en un ensimoinmunoensayo en el que no haya migración de la muestra que tenga un paso de lavado, para reducir interferencias y adicción de sustrato para incrementar la visibilidad de las bandas.*
- *La técnica debe ser capaz de detectar la GDH (Glutamato deshidrogenasa) de C. difficile y las toxinas A y B en el mismo dispositivo.*
- *El ensayo debe tener una sensibilidad y una especificidad del 100% frente a los ensayos de citotoxicidad.*
- *La técnica debe realizarse de forma manual en un tiempo máximo de trabajo técnico de 30 minutos.”*

Manifiesta el recurrente que según consta en la oferta del adjudicatario la técnica que se utilizará en lugar del enzimoimunoensayo será de inmunocromatografica con revelado fluorescente. Explica asimismo la diferencia entre ambas técnicas y los perjuicios de utilizar los segundos.

En segundo lugar, informa que el PPTP exige la detección de la GDH de C. difficile y las toxinas A y B en el mismo dispositivo, no siendo posible cumplir este requisito con la técnica ofertada por Vincell Spain.

A la vista de lo cual y en aplicación de apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP considera que la oferta presentada por Vincell Spain debe ser excluida de la licitación por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos de condiciones.

El órgano de contratación manifiesta que: *“Señala la recurrente: “La técnica presentada por VIRCELL SPAIN, S.L.U no consiste en un enzimoimmunoensayo (EIA), tal y como se solicita en el pliego técnico, sino que consiste en, citando su justificación, en una prueba inmunocromatográfica con revelado fluorescente”*

La recurrente pues basa su recurso en los requerimientos técnicos que debía cumplir y que incluían:

1- La técnica debe de consistir en un enzimoimmunoensayo en el que no haya migración de la muestra y que tenga un paso de lavado, para reducir interferencias y adición de sustrato para incrementar la visibilidad de las bandas.

En relación a la técnica, los productos ofertados por ambas empresas cumplen con la descripción realizada por tratarse de productos que emplean técnicas basadas en la detección de un antígeno por la unión a un anticuerpo. Esta unión se puede “visualizar” mediante una reacción colorimétrica, fluorescencia u otros métodos como la quimioluminiscencia. El término enzimoimmunoensayo se emplea en muchos casos por extensión para referirse a todas ellas. Asimismo, la reacción antígeno-anticuerpo tiene lugar en el caso de las técnicas aportadas por ambas casas comerciales sobre diferentes soportes con pasos de lavado para reducir interferencias y facilitar la visualización.

2- Señala la recurrente: “Se exige en el PPT que la técnica debe ser capaz de detectar la GDH de C. difficile y las toxinas A y B en el mismo dispositivo”.

En relación al dispositivo, las técnicas de ambas empresas emplean un único dispositivo para la detección de la GDH (Glutamato deshidrogenasa) de C. difficile y las toxinas A y B, si bien la de VIRCELL emplea dos referencias y la de CONCILE una sola, tal como se indica en la oferta. En el caso de VIRCELL, los productos asociados a cada referencia, se puede hacer por separado o de forma conjunta pero siempre en el mismo dispositivo.

3.- Señala la recurrente: “Se exige que el ensayo tenga sensibilidad y una especificidad del 100 % frente a ensayos de citotoxicidad, cuestión que no se cumple en la oferta de VIRCELL SPAIN, S.L.U.”

En relación a los valores de sensibilidad y especificidad, ambas empresas cumplirían con el estándar requerido después de haber analizado la información aportada y la recogida por el Servicio de Microbiología del Hospital Universitario Ramón y Cajal:

- La empresa CONCILE indica en su ficha técnica que la sensibilidad frente al cultivo bacteriano y cultivo tisular es del 90,5% y 87,8%, respectivamente, siendo la especificidad del 93,1% y 99,4%, respectivamente. Asimismo, esta empresa, aporta una traducción al español de una presentación en formato poster de un congreso internacional en el que se indica que la sensibilidad y especificidad comparada con el cultivo es del 90,9% y del 96,0%, respectivamente. Cuando se empleó como comparación un ensayo de citotoxicidad ambas fueron del 100%. (páginas 193 y 198)

- En el caso de VIRCEL, la sensibilidad analítica indicada en su ficha técnica es del 100%. También, se indica en la documentación aportada que la sensibilidad es del 100% y su especificidad del 98%, entrando este último valor dentro del rango de variabilidad diagnóstica cercano al 100%. Este valor de especificidad es del 100% en una información aportada por esta compañía en la presentación de la técnica al Servicio de Microbiología en que se compara con un sistema de referencia de otra casa comercial. (página 191).

4- Señala la recurrente: “La técnica debe de poder realizarse de forma manual con un tiempo máximo de trabajo técnico de 30 minutos.

Ambas casas comerciales aportan documentación de que su técnica puede realizarse de forma manual y en un tiempo máximo de trabajo técnico de 30 minutos. (páginas 191 y 193)”.

Concluyendo: “Este órgano de contratación y por todo lo mencionado anteriormente, **se ratifica en el informe técnico elaborado y firmado con fecha 6 de julio de 2023 por el responsable del Servicio de Microbiología y declaramos que la propuesta de adjudicación se ajusta a derecho.** (página 151).

Vistas las posiciones de las partes, debe recordarse que 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.

Igualmente, las características técnicas correspondientes a servicios a prestar 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.

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 falta de conocimientos técnicos en la materia por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del criterio.

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 ha sido motivada suficientemente y previamente revisada, concluyendo en los mismos términos que se apreciaron por el informe técnico emitido.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “*arbitrariedad*” en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario, ni falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

En cuanto al segundo de los motivos de recurso, la vulneración de los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores considera el recurrente que admitir una oferta que no cumple los requisitos técnicos exigidos vulneraría este principios. A la vista de la desestimación del primer motivo de recurso, no puede entrarse a valorar el segundo que dependía única y exclusivamente de la estimación del primero, por lo que debe ser también desestimado.

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 Conciles Diagnostics S.A, contra el acuerdo del director gerente del Hospital Universitarios Ramón y Cajal de fecha 27 de julio, por el que se adjudica el contrato de “Suministros de reactivos para la realización de pruebas analíticas de serología y pruebas rápidas de detección de antígenos para el servicio de microbiología para el H.U. Ramón y Cajal. Lote 4” número de expediente 2023000031.

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.- 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.

Madrid, a 11 de septiembre de 2023

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

