

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de junio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don L.V.S., en nombre y representación de Diasorin Iberia S.A., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, por la que se adjudica el lote 7 del contrato de “suministro de material de laboratorio: determinaciones analíticas de serología”, nº de expediente: P.A. 2014-0-6, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de diciembre de 2013 se publicó anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, de convocatoria del contrato de suministro de material de laboratorio: determinaciones analíticas de serología. La publicación en el Boletín Oficial del Estado se produce el 11 de enero de 2014 y con fecha 15 de enero de 2014 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el perfil de contratante. El valor estimado del contrato es de 3.011.170,84 euros.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) recoge las características técnicas que debe cumplir cada lote. Dentro del lote 7 se incluyen los productos con

los números de orden 26 a 31. En el apartado 1.10 del PPT, relativo a las características técnicas del lote 7 figura:

- Para el número de orden 27: *“Determinación cuantitativa de IgM específica anti Toxoplasma gondii mediante ensayo de captura de anticuerpos por quimioluminiscencia (CLIA)”*.

- Para el número de orden 28: *“Determinación cuantitativa de IgM específica anti Ag de la capsida del virus Epstein-Bar (VCA) mediante ensayo indirecto por quimioluminiscencia, (CLIA)”*. Asimismo consta *“Utilización del péptido sintético p18”*.

- Para el número de orden 29: *“Determinación cuantitativa de IgG específica anti Ag de la capsida del virus Epstein-Barr mediante ensayo indirecto por quimioluminiscencia (CLIA)”*. Asimismo consta *“Utilización del péptido sintético p18”*.

- Para el número de orden 30: *“Determinación cuantitativa de IgG específica anti Ag nuclear del virus Epstein Barr mediante ensayo directo por quimioluminiscencia (CLIA)”*.

Tercero.- La apertura de la documentación técnica tuvo lugar el 26 de febrero de 2014 y la de la documentación económica el 2 de abril de 2014, procediéndose a la lectura en acto público de las valoraciones técnicas obtenidas por los licitadores.

La recurrente puso de manifiesto ante el órgano de contratación que la empresa Abbott Laboratories no cumple con las especificaciones técnicas del PPT, oponiéndose a la apertura de su proposición económica para el lote 7, señalando los puntos que a su parecer son incumplidos por dicha oferta que coinciden con los que se reiteran en el recurso objeto de esta Resolución.

En este acto público la Presidenta de la Mesa de contratación le indica que debe presentar escrito en el registro del Hospital ya que la Mesa no es competente para analizar este tema en este acto. Asimismo se le informa que, de acuerdo con el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es competencia de este Tribunal dirimir todo recurso interpuesto contra los actos de

trámite de la contratación administrativa. A continuación se pasa a leer los precios en acto público.

Mediante escrito fechado el 2 de abril de 2014 la recurrente manifiesta ante el órgano de contratación que la empresa Abbott Laboratories no cumple con las especificaciones técnicas del PPT. El anterior escrito fue respondido por la Subdirectora de Gestión del Hospital Universitario La Paz señalando que *“el informe técnico ha sido realizado por el Jefe de Servicio de Microbiología y Epidemiología, profesional con años de experiencia en el Hospital Universitario La Paz, y conocedor de las características técnicas necesarias en cada uno de los productos utilizados en las determinaciones analíticas con el fin de obtener los mejores resultados.*

En dicho informe se pone de manifiesto que tanto la empresa Abbott como Diasorin Ibérica, cumplen con las especificaciones técnicas requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, valoradas de acuerdo con la puntuación recogida en el apartado 8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y leídas en acto público antes de la apertura económica realizada el 2 de abril de 2014”.

Seguidamente comunica que tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada todo acto de revisión relacionado con el mismo es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Con fecha 7 de Mayo fue notificada la resolución del órgano de contratación mediante la cual se descarta la oferta realizada por Diasorin Iberia S.A. al lote 7 “por haber presentado otro licitador la oferta más ventajosa”, y se adjudica el mismo a la mercantil Abbott Laboratories, S.A.

El día 21 de mayo de 2014 la empresa Diasorin Iberia S.A., solicita al órgano de contratación que se le facilite el informe técnico elaborado por el Jefe de Servicio de Microbiología y Epidemiología. La contestación a esta petición se realiza mediante fax, el día 23 de mayo de 2014 indicando que *“no está permitido facilitar el informe técnico al incluir el mismo las características de los demás licitadores”.* Por

ello se detalla determinada información de la oferta de Diasorin y la adjudicataria. Así para el lote 7 se manifiesta que la empresa Diasorin obtiene una puntuación técnica de 0 puntos en cada uno de los números de orden y “*se ajusta a las características técnicas exigidas*”, explicando la puntuación de Abbott Laboratories en los criterios de calidad en cuanto “*existen razones que lo hacen recomendable*”.

Cuarto.- El 23 de mayo de 2014, previo anuncio al órgano de contratación el día 16, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Diasorin Iberia S.A, contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, por la que se adjudica el lote 7. A la vista de la contestación remitida el 23 de mayo, mismo día de la presentación del recurso, en relación a la solicitud de copia del informe técnico de valoración, el recuso fue ampliado el día 26.

El recurso alega vulneración del PPT regulador de la licitación por la oferta de la adjudicataria al no cumplir determinadas prescripciones técnicas lo que determinaría su exclusión; vulneración del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en cuanto si una oferta no se ajusta a las características técnicas exigidas en el PPT debe ser excluida de la licitación. Considera que se ha producido arbitrariedad y discriminación dado que la decisión del órgano de contratación se apoya en un informe que no proporciona garantías suficientes de objetividad conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española que consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad. Propone como medio de prueba, además de la documental consistente en el expediente de contratación y la documentación que anexa al recurso, designación de perito independiente del Centro Nacional de Microbiología experto en los virus correspondientes a los productos del lote 7. Por lo expuesto solicita que se dicte resolución anulando y dejando sin efecto la resolución de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento en que se debió excluir a la adjudicataria de la licitación.

Quinto.- El 28 de mayo de 2014 se remite al Tribunal una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Abbott Laboratories en el que alega inadmisibilidad del recurso por ausencia de legitimación activa, temeridad o mala fe en la interposición del recurso, falta de representación procesal, ausencia de invocación de vicios de nulidad o anulabilidad en el recurso especial, discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar y puntuar las ofertas presentadas y que la oferta de Abbott cumple el pliego técnico. Considera que las peticiones de prueba articuladas por la recurrente son improcedentes o innecesarias y sobre la solicitud de imposición de costas "*a quien se opongá a este recurso*", lo considera inadmisibile por no estar contemplado en el TRLCSP, reconoce el derecho de los interesados a formular alegaciones y recuerda la posibilidad de imposición de multa por interposición del recurso con temeridad o mala fe. En consecuencia solicita la inadmisión del recurso y subsidiariamente la desestimación íntegra y en el supuesto de que se acuerde la apertura de fase de prueba propone como medio la documental consistente en que se tengan por aportados los documentos que se acompañan al escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Diasorin Iberia S.A. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP) puesto que de prosperar el recurso podría resultar adjudicatario y, por ende, obtener un beneficio cierto a su favor.

En el escrito de alegaciones Abbott opone como cuestión de admisibilidad la ausencia de legitimación activa en base a que su oferta fue valorada con 95 puntos y la de la recurrente con 16,58. Añade que lo determinante para la adjudicación del contrato no ha sido lo técnico sino lo económico, que la recurrente no solicita la rectificación al alza de su puntuación lo que revela que solo tiene un interés por la legalidad. Expone que en el hipotético caso de que el recurso fuera estimado la puntuación de la recurrente le imposibilitaría la adjudicación del contrato a su favor dado que el resto de licitadores ha obtenido 80 puntos en el resto de los lotes y su oferta ni siquiera ha alcanzado el umbral mínimamente razonable, que fija en 20 puntos, para optar a la adjudicación.

Consta en el expediente que al lote 7, objeto del recurso, únicamente se presentaron dos ofertas, la de Diasorin y la de Abbott, no apareciendo, tal como exige el artículo 151 del TRLCSP documento de clasificación de las ofertas por orden decreciente, sino únicamente el informe técnico con la valoración de las ofertas y la propuesta de adjudicación. De dichos documentos consta que efectivamente Abbott obtiene 95 puntos y Diasorin 16,58. En consecuencia, aparece en el segundo lugar de las ofertas presentadas y admitidas al lote 7. No procede tener en cuenta, como pretende Abbott en el escrito de recurso, la puntuación del resto de empresas en el resto de lotes, pues en nada afectan a la adjudicación del lote 7 impugnado. Además la obtención de la puntuación máxima de 80 puntos en la mayoría de los lotes se debe a ser la única oferta admitida. Ciertamente Diasorin no

solicita rectificación al alza de la puntuación de su oferta ni a la baja de la de la otra licitadora, pero el simple hecho de tratarse de una oferta admitida y estar en segundo lugar la sitúa en una posición que de prosperar el recurso la puede conducir a ser adjudicataria del lote. Tampoco puede tenerse en cuenta la alegación de que no ha alcanzado el umbral mínimo razonable de 20 puntos, pues en modo alguno se establece un nivel mínimo en el PCAP ni explica Abbott cómo llega a la conclusión de que ese es el nivel razonable. Es más, de resultar rechazada la oferta de Abbott como pretende la recurrente la puntuación en el criterio precio se vería automáticamente elevada al ser la única licitadora admitida. Por consiguiente procede rechazar lo alegado en relación a la falta de legitimación activa y tener por cumplido el requisito procesal de legitimación para la interposición del recurso.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Se alega por Abbott que no le consta que en la documentación presentada por Diasorin se prevea la facultad específica del firmante para interponer el recurso especial lo que significa que se ha interpuesto en contravención del artículo 44.4.a) del TRLCSP. Sin embargo se ha comprobado que como documento adjunto al recurso se ha aportado testimonio notarial de los acuerdos sociales, inscritos en el Registro Mercantil, por los que se concede poder a Don L.V.S., *“para representar a la sociedad en juicio y fuera de él (...) y ante ellos personarse, instar, seguir y terminar, como actor, demandado o en cualquier otro concepto, toda clase de trámites, expedientes, juicios y procedimientos civiles, mercantiles, penales, administrativos, contencioso-administrativos, económico-administrativos, gubernativos y laborales de todos los grados, jurisdicciones e instancias (...)”*. Por tanto queda acreditada la representación que ostenta el firmante y su capacidad para interponer el recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación

armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de abril de 2014, practicada la notificación el 7 de mayo e interpuesto el recurso el 23 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- Con carácter previo, y en relación a la solicitud de la recurrente de acceso al informe técnico de valoración del lote 7, cabe analizar la colisión entre el principio de confidencialidad y los principios de transparencia, publicidad y contradicción en su vertiente de acceso a los recursos.

El interés manifestado por la recurrente en obtener copia del informe de valoración técnica es conocer los términos en que ha sido formulada por la empresa adjudicataria la oferta técnica para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y su apreciación por los técnicos encargados de su valoración, todo ello, con el interés de valorar la interposición del recurso especial en materia de contratación, si entendiera que se lesionan sus derechos e intereses legítimos; es decir, con el ánimo de poder argumentar adecuadamente el recurso que pudiera interponer.

La negativa de remisión del citado informe así como la declaración de confidencialidad que Abbot realiza sobre la totalidad de documentación de su oferta técnica, que consta en el expediente, comporta que al carecer de información sobre los términos de la oferta presentada por la empresa no pueda discrepar, si fuera el caso, del análisis realizado por el órgano de contratación, impidiéndose de este modo, fundamentar o motivar, debidamente, el recurso especial en materia de contratación.

La confidencialidad de la información facilitada por los licitadores está regulada en el TRLCSP en los artículos 140 y 153, el primero referido el principio de confidencialidad aplicable a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, y el segundo a la información no publicable sobre el resultado del procedimiento. Así el artículo 140.1 establece:

“Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”.

El artículo 153 del TRLCSP establece lo siguiente:

“El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”.

A efectos de determinar la amplitud del derecho de acceso al contenido del expediente y la posible colisión con el deber de confidencialidad cabe exponer la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación pública y de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

En el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, se examina el alcance y extensión que ha de

darse al principio de confidencialidad y su relación con otros principios con los que entra en conflicto, como son el principio de transparencia en concurrencia con el de publicidad de las licitaciones y el de acceso a su información.

“Esta concurrencia de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica: ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene.

En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado mas allá de lo necesario como ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones, entre otras, la nº 199/2011 y la nº 62/2012”.

En idéntico sentido se pronuncia el Informe de la Junta Consultiva de Cataluña 11/2013, de 26 de julio, que argumenta que *“la confidencialidad no puede significar vulneración de los principios de publicidad y transparencia, en el sentido de dejar sin contenido el derecho de otros licitadores a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y adjudicación, de manera que necesariamente, debe buscarse el equilibrio y proporcionalidad en la ponderación de los diferentes intereses en juego”.* Igual consideración se contiene en la Resolución nº 42/2013, 13 de marzo, de este Tribunal.

Considerando que la empresa Abbott manifiesta por escrito, en fecha 4 de febrero de 2014, que la relación de productos ofertados al lote 7 y el documento oferta técnica: cumplimiento PPT y características de la oferta, entre otros más son confidenciales, debe estimarse que dicha manifestación, por genérica, es improcedente.

En cuanto al acceso al expediente, el órgano de contratación deberá ponderar los principios de confidencialidad y transparencia y si su divulgación pudiera suponer vulneración de la confidencialidad de la misma, de forma motivada debe mantener dicho carácter.

De los hechos expuestos se constata que la negativa de copia del informe de valoración técnica no obedece a ninguna de las causas previstas en el TRLCSP, puesto que simplemente se limita a explicar que incluye las características técnicas de los demás licitadores.

El informe técnico solicitado en cuanto afecta al lote 7 impugnado no contiene ninguna información susceptible de confidencialidad, sino que se limita a señalar respecto de las dos únicas empresas licitadoras si cumplen o no las prescripciones técnicas y las razones que en cada caso se considera que hacen recomendable el producto a efectos de atribuirle la puntuación en concepto de criterio de adjudicación calidad.

Debería haberse facilitado por el órgano de contratación el acceso a la documentación que fue solicitada, eliminando, en su caso, la información relativa a otros lotes que no son objeto del recurso, ya que como hemos señalado no afecta a secretos técnicos o comerciales ni se corresponde con aspectos confidenciales.

El incumplimiento de la obligación determina que este Tribunal debería permitir a la recurrente, tal como solicita en la propuesta de prueba documental, el acceso al informe que figura en el expediente a fin de que pueda fundar de forma razonada, en su caso, el recuso presentado. No obstante la mera declaración de “*se ajusta a las características técnicas exigidas*” que figura en el informe que no fue remitido, nada permitiría añadir a la veracidad o no de lo afirmado en relación al cumplimiento de las condiciones técnicas por la oferta adjudicataria, por lo que no procede ordenar tal puesta de manifiesto, sino que por economía procesal el Tribunal debe comprobar dicha afirmación con la documentación que figura en el

expediente aportada por el propio licitador en el sobre de documentación técnica. Esta ha sido la tenida en cuenta en el informe técnico para la valoración de la oferta presentada y es la que debe ser objeto de comprobación, independientemente de su posible complemento con la información publicada en la página web de la oferente que es la que ha sido tenida en cuenta para la formulación del recurso, o la aportada en fase de alegaciones como luego se hará al analizar cada requisito técnico cuyo incumplimiento se invoca.

Sexto.- En cuanto a los criterios de adjudicación utilizados, en el PCAP figura el criterio de calidad valorable con 5 o 10 puntos en función de que existan una o dos razones que hagan recomendable el producto ofertado. Se puntúan con 0 puntos los productos que se ajustan a las características técnicas y quedarán excluidos de la licitación los que no se ajustan a las características exigidas en el PPT.

El artículo 150.1 del TRLCSP establece que *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio...”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe de 56/04, de 12 de noviembre de 2004, señala que: *“Por tanto los criterios de calidad y mejora de la calidad pueden figurar como criterios de adjudicación en los respectivos pliegos”*.

Aunque conforme a lo anteriormente expuesto sea posible establecer como criterio de adjudicación determinadas características atinentes a la calidad de la oferta, es preciso que tales características se expongan en el PCAP y se atribuya a las mismas una puntuación baremada. Se observa que en este caso el PCAP se limita a atribuir una puntuación en función de la calidad determinada según la apreciación subjetiva de las razones indeterminadas que hacen recomendable el producto, pero no señala cómo deben considerarse o apreciarse esas condiciones

que lo hacen recomendable. Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración de un criterio decisivo en la adjudicación.

La mayor calidad como criterio de valoración de las ofertas es admisible si se objetiva, es decir debe indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que podrá recaer, indicando previamente cómo será baremada cada una, permitiendo que las empresas licitadoras formulen sus propuestas conociendo los aspectos que serán merecedores de valoración, de tal forma que se respete el legítimo derecho de los licitadores a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios va a influir en la adjudicación, requisito éste que no se cumple en el expediente en cuestión.

El Pliego no define cómo se concreta que una característica del producto lo haga recomendable, dejándolo en manos de los técnicos que realicen la valoración, de manera que introduce subjetividad en la adjudicación del contrato y dificulta su control posterior. Por otra parte el cumplimiento de las características técnicas mínimas exigidas en el PPT es una condición necesaria cuyo incumplimiento determina que la oferta no puede ser valorada. Por ello no debe ser objeto de puntuación el cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas en el PPT y si se incumplen estas prescripciones la oferta debe ser rechazada, sin que proceda acceder a la fase de valoración de los criterios de adjudicación.

No obstante, dado que el PCAP, no ha sido impugnado, debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores y sobre cuya validez no puede pronunciarse este Tribunal en virtud del principio de congruencia.

Séptimo.- En cuanto a la celebración de la prueba solicitada por la recurrente, el Tribunal, para acordar la resolución del recurso, ha considerado la documentación que obra en el expediente, la aportada por la recurrente y en el escrito de

alegaciones, documentación que es coincidente en ambos casos y con la de los productos ofertados que consta en el expediente. El Tribunal considera que el recurso puede ser resuelto sin necesidad de nuevas pruebas ni nuevas alegaciones, sin que resulte procedente admitir el otro medio solicitado, la pericial del Instituto Nacional de Microbiología, por cuanto ello no vendría a probar de manera diferente el cumplimiento del producto ofertado de las prescripciones exigidas en el Pliego y dilataría improductivamente la tramitación del procedimiento.

La resolución del recurso no requiere de un debate jurídico, pues no se discute la necesaria acreditación de los requisitos técnicos por las ofertas de los licitadores, sino una cuestión de determinación de los hechos consistentes en el contenido de la oferta presentada y el cumplimiento de los requisitos técnicos que figuran en el PPT. La prueba es un acto de instrucción del procedimiento consistente en la comprobación de los datos incorporados al expediente. Ha de versar sobre “los hechos relevantes para la resolución del recurso”. Su finalidad es provocar el convencimiento del titular de la competencia decisoria. Por tanto procedería la apertura de un periodo de prueba cuando no se tienen por cierto los hechos alegados por los interesados y consecuentemente no procede cuando los hechos son admitidos o reconocidos por las partes, pues como ocurre en este procedimiento la documentación que se adjunta a la oferta, las fichas técnicas y la descripción de los productos que en ellas se contiene es suficiente para comprobar los hechos determinantes de la resolución que se adopte.

El Tribunal ha de pronunciarse sobre los datos obrantes en el expediente, pero no basta con que esos datos hayan sido aportados al procedimiento, es necesario que esos datos hayan sido comprobados como veraces. Esa es la actividad de prueba con la que se trata de averiguar la realidad o certeza de los actos que han de ser tenidos en cuenta en la resolución final. Como se ha dicho anteriormente no se alega falsedad de la documentación aportada en el sobre de documentación técnica y tanto la recurrente como la actual adjudicataria en trámite

de alegaciones se remiten a idéntica ficha técnica de los productos ofertados, por tanto ha de tenerse por cierto lo en ellas manifestado.

En consecuencia, este Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), deniega la realización del medio de prueba pericial propuesto por considerarlo innecesario.

Octavo.- El recurso alega vulneración del PPT regulador de la licitación por la oferta de la adjudicataria al no cumplir determinadas prescripciones técnicas según la documentación con marcado CE publicada y facilitada por Abbott Laboratories en su página web. En concreto que para los números de orden 27 a 30 no cumple con la determinación cuantitativa de anticuerpos frente al virus Epstein-Barr y anti toxoplasma gondii, y en los números de orden 28 y 29 no se utiliza el péptido p18.

Se opone por Abbott, en fase de alegaciones, que no se invoca ningún vicio de nulidad o anulabilidad por lo que el Tribunal no puede analizar si concurre o no el vicio con la consiguiente imposibilidad de declarar la invalidez del acto administrativo de adjudicación. No obstante el escrito del recurso reúne los requisitos del artículo 44.4 del TRLCSP, constando los motivos que fundamentan el recurso y la solicitud expresa de que en base a los mismos se acuerde anular y dejar sin efecto la resolución de adjudicación. Queda patente la disconformidad de la recurrente con el acto de adjudicación y los fundamentos de la misma, siendo suficiente para que el Tribunal pueda conocer el fondo de los asuntos planteados en el mismo.

Como es sabido, 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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

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 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, pues la aceptación de proposiciones que no cumplen las prescripciones técnicas no permiten una comparación en términos de igualdad que determine cuál es la económicamente más ventajosa, pues la diferencia de condiciones técnicas y calidades influyen en la oferta económica y en la desigualdad a la hora de comparación de ofertas.

Sentado lo anterior debe considerarse si los productos ofertados por Abbott para cada uno de los números de orden del lote 7, objeto de impugnación, cumplen las características técnicas exigidas.

El artículo 160 del TRLCSP relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación establece, en el segundo párrafo de su apartado 1, que *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego”*.

En el informe de valoración de las ofertas se hace constar que tanto las ofertas de las dos licitadoras, la de la adjudicataria como la de la recurrente, cumplen las condiciones técnicas, procediendo a la valoración del criterio de adjudicación calidad.

En este punto considera Abbott, en su escrito de alegaciones, que el órgano de contratación cuenta con discrecionalidad técnica a la hora de valorar y puntuar las ofertas presentadas por los licitadores y en este caso tras la emisión del correspondiente informe llegaron a la legítima conclusión de que dicha oferta cumple las especificaciones técnicas contempladas en el PPT. Si bien eso es cierto en cuanto a la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor o subjetivos o del análisis de cuestiones técnicas (que también son susceptibles de control en los elementos reglados o error en la apreciación) la discrecionalidad técnica no opera respecto de la comprobación de datos objetivos como pueden ser el cumplimiento de las condiciones técnicas fácilmente objetivables cuyo cumplimiento debe quedar acreditado por comparación de la oferta con el PPT.

Para los números de orden 27, 28, 29 y 30 el PPT exige, tal como se ha señalado en los antecedentes de hecho de esta resolución, determinación cuantitativa de anticuerpos frente a determinados virus.

Tal como señala Abbott en su escrito de alegaciones la Real Academia de la Medicina, en el Diccionario de Términos Médicos define los términos determinación y detección.

“*Determinación*: (i) acción o efecto de determinar; (ii) realización de un experimento o medida que permite obtener un dato cuantitativo”.

“*Detección*: (i) acción o efecto de detectar”

“*Detectar*: (i) poner de manifiesto, por métodos físicos o químicos, algo que no puede apreciarse a simple vista o de forma directa; (ii) descubrir o hallar”.

El Jefe de Servicio de Microbiología y Parasitología del Hospital Universitario La Paz hace constar en el informe al recurso que: “*Con respecto a las alegaciones referentes a la exigencia de determinación cuantitativa de anticuerpos frente a Toxoplasma gondii de la clase IgM, y anticuerpos frente al Virus Epstein Barr de la clase: IgM VCA, IgG VCA e IgG antiEBNA recogidos en dichos puntos queremos*

aclarar que realmente las técnicas ofertadas por Abbott no son puramente cualitativas”, en el sentido que describen las publicaciones que indica.

“En cuanto a las alegaciones relativas a la no utilización del péptido p18 en las técnicas de Abbott de determinación de anticuerpos de clase IgG e IgM frente a proteínas de la cápside del virus Epstein-Barr (VCA) quisiéramos aclarar que en la documentación técnica de Abbott Laboratories SA así como en bibliografía publicada en la literatura médica se especifica que el antígeno utilizado en la fase sólida de los sistemas de detección de IgG e IgM es el péptido 18. “En la fase sólida se utilizan micropartículas paramagnéticas recubiertas con antígeno EBV VCA, péptido p18”.

Siendo la documentación aportada por el licitador en el sobre 2 “documentación técnica” la que debe acreditar el cumplimiento y la que se somete a valoración de los técnicos, ésta es la que debe ser tenida en cuenta a efectos de determinar su adecuación a los requisitos del PPT y de ser necesario puede ser objeto de aclaraciones no modificativas. Por ello el informe técnico no puede justificar, sin tener en cuenta elementos de juicio que no figuran en el expediente o sus propio conocimiento del producto, la adecuación del producto a los requerimientos técnicos.

Analizada la documentación presentada por Abbott que figura en el expediente de contratación se puede constatar que en el documento denominado “cumplimiento del pliego técnico y características de la oferta técnica presentada” no aparece mención expresa a la realización de la determinación solicitada a los reactivos en términos cuantitativos. En las fichas técnicas figura que los reactivos ofertados tienen:

“FINALIDAD DE USO.-

ARCHITECT Toxo IgM es un inmunoanálisis quimioluminiscente de micropartículas (CMIA) para la detección cualitativa de anticuerpos IgM frente a Toxoplasma gondii en suero y plasma humanos”.

De donde resulta evidente que el test ofertado por Abbot Laboratories está indicado para un uso cualitativo y no cuantitativo.

La documentación que se adjunta al recurso, obtenida según la recurrente de la página Web de la adjudicataria, es la misma ficha técnica o prospecto de instrucciones, documentación oficial para conocer las características del reactivo y en ella solo figura la determinación cualitativa pero no la cuantitativa exigible según el PPT. Este es el mismo documento que en fase de alegaciones incorpora Abbot, figurando como finalidad de uso la misma determinación cualitativa de anticuerpos.

Se alega por Abbott que se trata de pruebas que miden las concentraciones de anticuerpos específicos en las muestras, mediante una tecnología de inmunoanálisis que proporciona resultados cuantitativos medibles en unidades de luz emitida (por quimioluminiscencia). Estas unidades de luz emitida por la reacción son totalmente cuantitativas y proporcionales a la concentración de anticuerpos. El analizador mide esa luz emitida mediante un sistema de fotomultiplicador electrónico, que la transforma en voltajes medidos. Y el ordenador del analizador finalmente los transforma en unidades cuantitativas index o unidades S/CO (muestra/punto de corte), todas ellas expresadas numérica y cuantitativamente. No son pruebas cualitativas pues éstas no tienen componentes cuantitativos ni existe un resultado numérico. Los párrafos de las instrucciones de uso que Diasorin ha incluido en su recurso especial para crear confusión e incitar a la estimación de sus alegaciones hacen referencia a que la determinación cuantitativa proporcionada por estas pruebas se interpreta en términos cualitativos, es decir, el resultado cuantitativo de anticuerpos en unidades index o unidades S/CO se utiliza para la detección cualitativa de la presencia o no de infección por el virus, ya que el resultado cuantitativo de la concentración medida de anticuerpos tiene el significado clínico de detectar si existe o no infección. Como es lógico, la detección de infección o no por el virus que proporcionan estas pruebas no puede tener otro carácter que el de una respuesta binaria, cualitativa: hay o no hay infección vírica. Pero para esa interpretación, las pruebas realizan determinaciones cuantitativas de la

concentración de anticuerpos, tal como se pide en los Pliegos. La cantidad o concentración de anticuerpos, siendo una medición cuantitativa, tiene un significado binario: a partir de cierta concentración límite (de corte) de anticuerpos se considera que existe infección, por debajo de esa medida cuantitativa se dice que no hay infección.

En consecuencia, queda acreditado que la determinación de la presencia de anticuerpos frente a determinados virus en la técnica ofertada por Abbott se realiza a partir de una medición cuantitativa, pero el resultado se presenta de forma cualitativa indicando si hay o no infección a partir de la comparación de la señal quimio luminiscente de la reacción con la señal del punto de corte marcado en una curva de calibración activa, que se presenta en forma binaria (hay o no infección), lo cual permite la detección de anticuerpos, pero no se ofrece un resultado cuantitativo del número de ellos presentes en la muestra. Por tanto, la oferta técnica de Abbott no se ajusta a la exigencia del PPT consistente en ofrecer la determinación cuantitativa de anticuerpos, procediendo la estimación del recurso y el rechazo de la oferta de Abbott al lote 7.

Para los números de orden 28 y 29 el PPT exige como requisito la utilización del péptido p18. Analizada la documentación presentada por Abbott que figura en el expediente de contratación, tal como manifiesta el informe del órgano de contratación y Abbott en su escrito de alegaciones, se puede constatar que si aparece mención expresa a la realización de dicho péptido en ambos números de orden: *“en la fase sólida se utilizan microparticulas paramagnéticas recubiertas con antígeno EBV VCA, péptido p18”*. Por ello procede desestimar el recurso en cuanto a esta alegación.

Noveno.- En cuanto a la temeridad o mala fe en la interposición del recurso y en cuanto a la imposición de las costas procesales.

La no procedencia de abrir periodo de prueba supone la ausencia de gastos que deban ser sufragados por la recurrente, además de no estar prevista en el TRLCSP la imposición de costas tampoco procede el abono de gasto alguno por parte de los alegantes.

Se invoca por Abbott que el recurso ha provocado la suspensión automática de la adjudicación con la consiguiente imposibilidad de formalizar el contrato lo que ha llevado Diasorin a pesar de que ya conocía que ni siquiera había alcanzado el umbral mínimamente razonable (20 puntos) para optar a la adjudicación por lo que procede aplicar una multa por mala fe o temeridad que cuantifica en el 10% del importe del contrato referido a los 19 días de retraso que hasta la fecha se ha producido sobre la adjudicación, a determinar en el momento en que se conozca el retraso definitivo provocado por la interposición del recurso.

El efecto suspensivo del contrato es una garantía establecida *ex lege* que permite obtener previamente a la licitación una satisfacción a las pretensiones de los interesados afectados por una decisión que consideran ilegal. Se trata de una previsión legal que en el supuesto de que el acto recurrido sea la adjudicación tiene carácter automático. No obstante el Tribunal, según dispone el artículo 46.3 del TRLCSP en el plazo de 5 días hábiles resolverá sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática, no siendo por tanto imputable al licitador que por otra parte tiene derecho a defender legítimamente sus intereses que considera vulnerados. Por lo tanto no procede la imposición a la recurrente de la multa solicitada, siendo que además su pretensión de anulación de la adjudicación ha sido atendida por este Tribunal.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Don L.V.S., en nombre y representación de Diasorin Iberia S.A., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, por la que se adjudica el lote 7 del contrato de “suministro de material de laboratorio: determinaciones analíticas de serología”, nº de expediente: P.A. 2014-0-6, anulando la resolución de adjudicación recaída al lote 7, debiendo ser excluida la oferta de Abbott Laboratories, retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración económica de las ofertas y previas las actuaciones a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP se adjudique el contrato a la oferta mejor clasificada.

Segundo.- Denegar la apertura de periodo de prueba para practicar la pericial solicitada en el recurso.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.