

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

En Madrid, a 26 de septiembre de 2012.

**VISTO** el recurso interpuesto por Don J.P.M., en representación de la empresa Phadia Spain, S.L., contra la adjudicación del Lote 7 del contrato de “suministro de diversos reactivos de medios de cultivo para microbiología, drogas de abuso, alergia y HB glicada para el Hospital Universitario de Fuenlabrada a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios PA Sum 12-001”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Hospital Universitario de Fuenlabrada, tiene la consideración de Administración Pública a los efectos de aplicación en su contratación de la normativa reguladora de la contratación pública por tanto se encuentra sometida a los trámites previstos en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y por el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril.

**Segundo.-** Por resolución del Gerente del Ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada, de 26 de abril, y según lo previsto en sus Estatutos, aprobados por Decreto 196/2002, de 26 de Diciembre, de la Consejería de Sanidad se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) así como el expediente de contratación, para suministro de diversos reactivos de medios de cultivo para microbiología, drogas de abuso, alergia y HB glicada para adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Dividido en 8 lotes.

El anuncio de licitación se publicó en el DOUE de fecha de 19 de mayo de 2012, y en el BOE y en el BOCM el día de 17 de mayo.

El PCAP dispone en el Anexo I que los criterios de adjudicación objetivos son el precio, al que se otorgan un máximo 70 puntos a valorar mediante aplicación de la fórmula que se establece y respecto del lote 7 el criterio de límite de sensibilidad de la técnica, valorado de 0 a 5 según la mayor sensibilidad. Para este lote entre los criterios evaluables mediante juicio de valor, se establece el criterio de calidad técnica del producto y como subcriterios de este, entre otros, la *cartera de alérgenos completa* valorable hasta con 4 puntos y la presentación de *alérgenos/rendimiento* valorable igualmente hasta con 4 puntos. El Pliego dispone que la documentación técnica en relación con los criterios objetivos de adjudicación se presentará en el sobre 2B.

El PPT, respecto del Lote 7, dispone que la oferta debe incluir obligatoriamente como mínimo 69 parámetros que relaciona, entre ellos figura el nº 3 *IgEs\_arboles Rt222Cupressus arizonica* y nº 17 *IgES\_Alimentos Rf 307 Merluza* a los que se refiere el recurrente y nº 69 *Triptasa*.

La cláusula primera dispone que la contratación se realizara conforme a las especificaciones técnicas que se detallan en el mismo *con sus respectivos presupuestos de licitación y la cantidad estimada para cada uno* y aparece un primer cuadro donde figuran apartados correspondiente al número de lote, número de orden de cada producto, código del producto, denominación, cantidad estimada para 24 meses, precio unitario IVA excluido, importe total IVA excluido y el Total.

Respecto del Lote 7, figura “Alergia, y entre otros con el numero de orden 23, código del producto 9113, aparece: Denominación “*Triptasa*, con cantidad estimada para 24 meses 275, precio unitario 5,42 € IVA excluido e importe total estimado, IVA excluido, 1.490,50 €.

Figura seguidamente en este Pliego el cuadro de especificaciones técnicas exigibles según lotes con los datos siguientes:

“Nº Lote----- Descripción.-----Nombre/Área

7.-

<i>Técnica de inmuno ensayo</i>	<i>Alérgenos específicos</i>
<i>Debe incluir equipamiento con todos los reactivos y materiales adicionales. ....</i>	<i>Alérgenos específicos</i>
<i>Debe incluir conexión on line al sistema informático del laboratorio.....</i>	<i>Alérgenos específicos</i>

*La oferta debe incluir obligatoriamente como mínimo los siguientes parámetros:*

*(...)*

El ultimo corresponde al número 69 y figura:

*69 Triptasa”*

La Mesa de contratación en su reunión de 18 de julio de 2012 procede a la apertura de la documentación técnica correspondiente a los criterios objetivos de valoración del sobre 2 B y advierte que se va comprobar si contiene *algún importe* y que posteriormente se revisara la documentación.

El día 19 de julio la empresa Phadia Spain, S.L. (Phadia) presenta el escrito en el que manifiesta que respecto del Lote 7 Siemens no cumple los requisitos de incluir todos los parámetros en concreto el nº 3 *IgEs\_arboles RtCupressus arizonica* y nº 17 *IgsES\_Alimentos Rf 307 Merluza* y que ella si lo cumple y en relación con el parámetro nº 69 *Triptasa*, manifiesta que son distribuidores exclusivos y únicos proveedores de este producto en el mercado y solicita la revisión de la valoración.

El Presidente de la Mesa de contratación dirige escrito el 20 de julio a Siemens dando traslado de la copia del escrito de Phadia para aclaración de determinados extremos y mediante escrito de 24 de julio responde Siemens informando que los alérgenos denominados “*merluza*” y “*cupressus arizónica*” se realizarán en el laboratorio de referencia que determine el Hospital y que en el caso de *RtCupressus arizonica* dispone de “*cupressus sempervirens*”, que es homóloga.

A la vista de esta justificación el Director Gerente informa a la recurrente de lo manifestado por Siemens y que considera que no procede la exclusión del licitador por la causa de no cumplimiento de lo requerido en el PPT.

En la documentación aportada por el órgano de contratación relativa a la oferta presentada por Siemens el alérgeno “*merluza*” aparece con referencia f507 y con el código t23 el ciprés mediterráneo “*Cupressus sempevirens*” y hace constar que la prueba de “*Triptasa*” se realizará en el laboratorio de referencia que determine el servicio de Laboratorio.

El informe técnico de valoración de los criterios, señala respecto del Lote 7 que Phadia cumple los criterios exigibles a excepción del epitelio de perro, cuyo uso

ha sido prohibido por la UE recomendando en su lugar caspa de perro y respecto de la oferta de Siemens señala que ésta no aporta todos los alérgenos y solicitada la confirmación de los alérgenos no incluidos contesta que dispone de ellos y remite archivo a suministros y del archivo remitido respecto de la Triptasa dice que no dispone pero plantea el envío a laboratorio externo al tratarse de un número muy pequeño de pruebas y el informe señala *“Desde nuestro punto de vista técnico es válido ya que lo urgente es la extracción de la muestra no el análisis que puede hacerse diferido si se mantiene nuestro tiempo de respuesta”*. En cuanto a las puntuaciones asigna a Phadia 4 puntos y 2 puntos a Siemens.

Valorados todos los criterios de adjudicación obtiene mayor puntuación la oferta de Siemens y se formula propuesta de adjudicación el 25 de julio, dictándose Resolución, de 2 de agosto de 2012, del Director Gerente por la que se adjudica el Lote 7, que se notifica el día 4 de agosto a la recurrente.

**Tercero.-** El día 24 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial formulado por la empresa Phadia Spain S.L., contra la Resolución del Gerente del Hospital, de 2 de agosto de 2012, por la que se resuelve la adjudicación del contrato, presentado el día 21 del citado mes ante el órgano de contratación, previo el anuncio regulado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

La recurrente considera que la resolución impugnada es nula de pleno derecho y/o anulable conforme a los artículos 32.a) y 33 del TRLCSP en relación con los artículos 62.1 a) y e) de la Ley 30/10992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de la Administraciones Pública y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y que se ha vulnerado el artículo 24 de la CE y el 3.3 de la LRJ-PAC por lo que solicita que se declare la nulidad de pleno derecho y/o la anulabilidad de la resolución de adjudicación del lote 7 y se excluya a Siemens adjudicándosele el contrato, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- Que la oferta presentada por Siemens no cumple las especificaciones

técnicas del PPT para el Lote 7 ya que no incluye los parámetros nº 3 *IgEs\_arboles RtCupressus arizonica* y nº 7 *IgsES\_Alimentos Rf 307 Merluza*.

- Que no relaciona en qué laboratorios se realizarán las pruebas alergénicas de los parámetros ofertados y que únicamente menciona que el parámetro 69 *Ttriptasa* se realizará en el laboratorio de referencia que determine el servicio de Laboratorio y en cambio no dice nada para el resto de parámetros.
- Sobre la aclaración de Siemens a su oferta a requerimiento del órgano de contratación, manifiesta que no tiene constancia del modo en que se ha efectuado la solicitud de aclaración, ni la forma en que ha respondido Siemens pues no se les ha facilitado y ello genera inseguridad jurídica.
- Que la aclaración no ha subsanado los defectos o incumplimientos de la oferta presenta por Siemens al no incluir los citados parámetros ni se aclara que *Phadia Spain, S.L.* es distribuidor exclusivo del Parámetro 69 *Triptasa* por lo que no se justifica cómo procederá la adjudicataria a suministrar dicho parámetro.
- Que la Mesa de contratación debía haber requerido la subsanación de acuerdo con la cláusula 12 del PCAP al abrir los sobres, y aprovecha la denuncia de la recurrente para solicitar la aclaración lo que se considera una infracción del procedimiento, una desviación de poder y una vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima.

**Cuarto.-** El órgano de contratación junto al escrito de interposición del recurso remitió el expediente de contratación y su correspondiente informe. En el informe manifiesta que respecto del lote número 7, los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) contienen una serie de parámetros que obligatoriamente debían incluirse en

las ofertas de los alérgenos. Que la Mesa de contratación en su reunión de 18 de julio de 2012 procedió a la apertura del sobre que contenía la oferta técnica y la empresa recurrente manifestó verbalmente que Siemens Health Care Diagnostic, S.L. no cumplía las exigencias técnicas. El presidente de la Mesa solicitó aclaración a Siemens respecto de lo planteado por Phadia Spain, S.L., produciéndose tal aclaración. Que posteriormente para elaborar el informe de valoración se revisa y se objetiva que en la relación de alérgenos que oferta Siemens se incluyen los parámetros exigidos en el Pliego, finalmente tras la valoración de las ofertas, el lote 7 es adjudicado a Siemens. El informe manifiesta que no se considera nulo o anulable el acto de adjudicación y se estima que la medida de suspensión cautelar interesada no debe ser tenida en cuenta.

**Quinto.-** Con fecha 20 de septiembre de 2012, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Sexto.-** El Tribunal ha dado traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

**Séptimo.-** En virtud de la Resolución 1/2012, de 26 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se acordó la suspensión de la resolución de los recursos especiales pendientes ante este Tribunal, del 6 de agosto al 6 de septiembre de 2012, sin perjuicio de la realización de todos los trámites hasta llegar a la fase de resolución y exceptuando aquellos recursos en los que se hubiera solicitado la convocatoria extraordinaria del Pleno por razones de urgencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Phadia, S.L., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro con un presupuesto de adjudicación de 342.379,75 € estando sujeto a regulación armonizada por lo que es recurrible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1 a) y 2.c) del TRLCSP.

**Segundo.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el día 2 de agosto de 2012, notificado el día 4, e interpuesto el recurso, el día 21 de agosto ante el órgano de contratación dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Tercero.-** 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.

**Cuarto.-** En cuanto al fondo del asunto el recurrente alega en primer lugar que la oferta presentada por la adjudicataria no cumplía con lo dispuesto en el PPT al no incluir los parámetros exigidos.

Sobre esta alegación relativa a los alérgenos incluidos en la oferta, el Tribunal entiende que se cumple lo prescrito en el PPT ya que resulta en la documentación aportada que aparece en la oferta controvertida el Rf307 merluza y en cuanto al RtCupressus arizónica incluye el cupressus sempervirens, que considera homólogo y en la aclaración de su oferta manifiesta que la determinación de estos alérgenos se

realizarán en el Laboratorio de referencia que determine el Hospital y así se estima en el informe técnico y lo admite el órgano de contratación debiendo en este caso aceptar el Tribunal el criterio técnico en el ámbito de la discrecionalidad del órgano de contratación en esta materia.

En cuanto a lo alegado por la recurrente sobre el desconocimiento de la solicitud de aclaración de la oferta de Siemens, consta en el expediente que el Presidente de la Mesa de contratación solicitó la debida aclaración el día 20 de julio, que la empresa Siemens respondió el día 24 de dicho mes y aclaró varios de los puntos y que se dio traslado de lo en ella manifestado a la recurrente mediante escrito del Director Gerente del día 26 de julio, con registro de salida del día 27 de dicho mes y que el órgano de contratación al darle esta información le comunicaba que no encontraba motivo para la exclusión. Por lo tanto no puede admitirse las alegaciones de la recurrente en torno a la falta de conocimiento del contenido de la aclaración.

En relación con la alegada infracción del procedimiento, relativa al momento en que se solicita tal aclaración y su procedencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del R.D. 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Publico, corresponde a la Mesa de Contratación calificar la documentación presentada por los licitadores previéndose la posibilidad de subsanación de los defectos u omisiones subsanables en el apartado 1.1 del citado precepto, actuación que viene referida a la apertura de documentación administrativa.

Sin embargo, ello no implica que la Mesa no pueda solicitar aclaración de algunos extremos, máxime cuando, como en el presente caso, otro de los licitadores plantea dudas sobre las ofertas presentadas, y que se haga en momento anterior a la apertura de los sobres que contienen los criterios objetivos de valoración sin que esto deba ser considerado como una subsanación de defectos fuera del plazo establecido para ello, siempre claro está que tales aclaraciones no impliquen de

facto modificaciones de las ofertas.

No se aprecia por tanto vulneración del procedimiento que pudiera fundamentar la nulidad de la adjudicación, ex en el artículo 62.1 de LRJ-PAC ni producida vulneración de derechos fundamentales que igualmente pudiera fundamentar la nulidad solicitada con base en el apartado 2) del párrafo 1 del indicado precepto.

Por otra parte es necesario advertir que, en este caso, en el PPT se ha determinado, entre las prescripciones técnicas que deben cumplir las ofertas, que debe incluir como mínimo los 69 parámetros y a su vez valora hasta con 4 puntos la *cartera de alérgenos completa* lo que genera confusión ya que si no incluyen los 69 parámetros exigidos obligatoriamente las ofertas deberían ser rechazadas en fase anterior y resulta indeterminado el concepto de *cartera de alérgenos completa* para poder ser considerado como criterio de adjudicación y la forma de valoración.

Finalmente, sobre el motivo de impugnación alegado por la recurrente en cuanto a que Phadia, S.L. es distribuidor exclusivo del Parámetro 69 “Triptasa” y por ello no resulta justificado que la adjudicataria pueda proceder a suministrar dicho parámetro, se observa que en la oferta del adjudicatario sobre este parámetro no se indica cantidad estimada para 24 meses, precio unitario, IVA excluido, e importe total como disponía el PPT y en la aclaración a su oferta el adjudicatario no hace mención a la exclusividad. En el informe del órgano de contratación sobre el recurso, en relación con este motivo de impugnación, se reconoce que la técnica es exclusiva de Phadia, S.L. y que la misma se ha incluido como exigible por las características de la carta de servicios del Hospital, informa que la prueba requiere la extracción de carácter urgente si bien el procesamiento puede hacerse diferido y que en base a este criterio se aceptó que solo en el caso de Triptasa, fuese válido el envío a laboratorio externo, dado que se trata de un número no muy alto de test y añade *“que de hecho en las características del concurso no se especifica que la Triptasa tuviera que hacerse en el mismo analizador que el resto de los alérgenos”* y añade

que de esa manera se cubrían las necesidades pero se permitía una mayor concurrencia de proveedores y por lo tanto también mejoras en las ofertas económicas.

Sobre este motivo de impugnación se advierte que el PPT, respecto del Lote 7, dispone que la oferta debe incluir obligatoriamente como mínimo 69 parámetros y con el número 69 aparece *Triptasa*, sin que en este Pliego se haga mención a que la determinación se realice o no en el Laboratorio del Hospital.

Al no disponer la empresa adjudicataria de la técnica exigida, incumple las prescripciones establecidas en el PPT sin que sea posible a posteriori alterar las condiciones exigidas a los licitadores vía interpretación a la vista de las ofertas presentadas, lo que supondría una vulneración del principio de igualdad en la concurrencia de los licitadores. A su vez el Anexo I del PCAP, en el apartado 19, dispone que no procede la subcontratación, por todo ello la adjudicataria no podrá cumplir la condiciones del contrato en los términos establecidos en los Pliegos.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato contienen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes revistiendo carácter contractual a tenor del artículo 115 del TRLCSP, Además la cláusula 2 del PCAP dispone “*El contenido de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas revisten carácter contractual (...)*”.

Igualmente señala tal carácter reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre otras las Sentencias de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que vienen a establecer que “*el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes*”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863) cuyo Fundamento de derecho tercero dice: “*(...) Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en*

*la ley del concurso” (SsTS de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00 (RJ2004/5448), y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00).*

El Tribunal entiende que en estos casos, si el órgano de contratación advierte la existencia de derechos de exclusividad de un producto podrá acudir para la adjudicación del contrato al procedimiento negociado ya que tal supuesto se encuentra contemplado en el artículo 170 d) del TRLCSP, evitando de esta forma la posibilidad de impugnación por estos motivos.

**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 J.P.M., en representación de la empresa Phadia Spain, S.L., contra la adjudicación del Lote 7 del contrato de “suministro de diversos reactivos de medios de cultivo para microbiología, drogas de abuso, alergia y HB glicada”, para el Hospital Universitario de Fuenlabrada a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios anulándose la adjudicación, y debiendo retrotraerse las actuaciones hasta la propuesta de adjudicación.

**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 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP y mantenida por Acuerdo del tribunal de 20 de septiembre de 2012.

**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.