Recurso nº 1104/2018 C. Valenciana 246/2018

Resolución nº 1123/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 7 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.A.V.S., en nombre y representación de DIASORIN IBERIA S.A., contra el *"acuerdo de adjudicación"* de la licitación convocada por el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón, para contratar el *"Suministro continuado de reactivos, material fungible y equipamiento destinado a la realización de técnicas del Laboratorio de Análisis Clínicos del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón expediente 11/18"*, en relación con el lote 6, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 3 de marzo de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria para el "Suministro continuado de reactivos, material fungible y equipamiento destinado a la realización de técnicas del Laboratorio de Análisis Clínicos del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón", expediente 11/18, con una duración de 2 años, prorrogable por dos, y un valor estimado de 2.464.149,36 euros. Con fecha 17 de marzo de 2018, se realizó la publicación en el B.O.E.

Al lote 6 del contrato, "Serología infecciosa automatizada I", han concurrido las licitadoras DIASORIN IBÉRICA S.A y ABBOTT LABORATORIES, S.A.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

De conformidad con los pliegos rectores de la licitación, (cláusula 1 del PCAP y cláusula 1 del PPT), el objeto del contrato es el suministro de reactivos, material fungible y equipamiento destinado a la realización de técnicas del Laboratorio de Análisis Clínicos del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón. Los pliegos articulan el objeto del contrato en diversos lotes, agrupando en cada lote diferentes técnicas o pruebas analíticas. En el lote 6 se agrupan, bajo la denominación "Serología Infecciosa Automatizada I", una serie de técnicas o pruebas analíticas de serología infecciosa de ejecución automatizada. Como reactivos para la detección de infección por el virus de la Hepatitis A se requieren en el pliego los denominados "Ac HAV Ig M" y "Ac HAV Ig Totales".

Segundo. Tras la tramitación del procedimiento y la apertura del sobre 2, con fecha 7 de septiembre se emitió informe técnico por la jefa de Servicio de Análisis Clínicos, del que resultaba, en el lote 6, una puntuación de 45 puntos a favor de ABBOTT y de 24 puntos a favor de la recurrente DIASORIN IBERICA S.A.. El citado informe se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 17 de septiembre de 2018.

Una vez abierto el sobre 3, el 19 de septiembre de 2018 se emite por la Jefa del Servicio de Análisis Clínicos el informe-propuesta de adjudicación, en el que, en el lote 6, en función de lo ofertado en el sobre 3 y sumado a la puntuación obtenida en los criterios no evaluables automáticamente, resulta una puntuación de 99,64 puntos a favor de ABBOTT y 77,60 a favor de DIASORIN IBERICA S.A, publicándose en la misma fecha en la Plataforma de Contratación.

Contra los anteriores informes la licitadora DIASORIN IBERIA S.A interpuso recurso especial en materia de contratación, inadmitido por resolución 1022/2018 de 12 de noviembre de este Tribunal.

Con fecha 17 de octubre, se dicta por el órgano de contratación resolución de adjudicación del contrato, en que se adjudica a ABBOTT el lote 6 por un período de dos años, y por los importes expresados en su oferta económica.

Tercero. Contra la resolución de adjudicación se interpone recurso especial el 24 de octubre de 2018 por DIASORIN IBERIA S.A., argumentando, en síntesis que el reactivo Ac HAV IgG, ofertado por Abbott Laboratories SA, tiene características técnicas diferentes del reactivo solicitado en los Pliegos. Mientras el reactivo requerido en el pliego, Ig Totales, es de detección doble (IgG e IgM), el ofertado por dicha licitadora detecta únicamente IgG, por lo que el acuerdo de adjudicación contravendría los artículos 1 y 139 TRLCSP 2011, que proscriben la discriminación entre licitadores y abogan por la transparencia e igualdad de trato en la contratación

Cuarto. El órgano de contratación ha emitido su informe preceptivo con fecha 24 de octubre de 2018, interesando la desestimación del recurso.

Transcribe un informe técnico de acuerdo con el cual el objeto del concurso de los reactivos para la hepatitis A es el diagnóstico de infección aguda o pasada por el virus de la hepatitis A (VHA).

Esto se consigue, se expone, tanto con la determinación de Ig totales e IgM, como con IgG e IgM. En realidad Ig totales incluye IgA, IgM e IgG con lo que se está llegando más exactamente al objetivo de determinar y diferenciar la fase de inmunización y la fase aguda determinando IgG e IgM específicamente que Ig totales, ya que aunque la presencia de los anticuerpos totales anti-HAV indique que hubo exposición al virus HAV, dicha detección no permite distinguir una infección actual de una pasada, y por eso es útil principalmente para estudios epidemiológicos, pero no diagnósticos.

Añade que únicamente ABBOTT posee la prueba IgG, el resto de casas sólo tiene comercializada la técnica Ig totales. Con el fin de evitar exclusiones y promover la concurrencia del máximo número de ofertas, se decidió facilitar la participación del mayor número de casas, aún a sabiendas que las diferencias técnicas podían ser notables, como de hecho se ve en la valoración técnica de las dos casas concurrentes en que la demandada obtiene una puntuación técnica bastante superior a la demandante. Con este motivo se incluyó la prueba Ig totales que era la que mayoritariamente poseían las casas comerciales, considerando que la casa que solo tiene IgG también podía participar con su reactivo ya que sirve para el fin de ver el estado inmune del paciente y con cualquiera de las dos pruebas se cubre el objetivo de la solicitud clínica. De haber puesto el título IgG VHA solo habría podido presentarse una casa comercial y hubiera sido impugnable por excluir la participación del resto de casas.

Concluye el informe técnico que en el caso de la casa demandante su puntuación técnica es inferior a la casa demandada, pretendiendo su exclusión por la forma de nombrar la prueba, con el principal perjuicio económico para el hospital, debido a que las presentaciones de sus reactivos no se adecuan al número de muestras que se realizan en el hospital, dado que muchas de sus pruebas tienen presentaciones de 200 determinaciones que caducarían sin utilizarse y la casa demandada tiene presentaciones de 100 determinaciones que podrían utilizarse dentro del tiempo de caducidad sin perjuicio económico para el hospital.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 LSCP, confirió traslado para alegaciones a la licitadora ABBOTT LABORATORIES, S.A, que presentó escrito de alegaciones el 7 de noviembre de 2018.

Alega que el reactivo ofertado por Abbott para la realización de esta técnica o prueba analítica es el ARCHITECT HAVAb-IgG idóneo para la técnica analítica señalada, tal y como han confirmado y concluido los técnicos evaluadores de la

Administración, y que además es pacífico y plenamente conocido por las empresas del sector que los pliegos de suministros como el que nos ocupa, al referir las técnicas analíticas para las que se ha de suministrar reactivos, aluden de manera indiferenciada o indistinta a ensayos HAV IgG o HAV Ig Totales, pues el objetivo diagnóstico, esto es, su funcionalidad, es exactamente el mismo.

Considera que esta circunstancia es algo pacífico y plenamente conocido por las empresas del sector y, como tal, por Diasorin, que con la presente impugnación no solo silencia esta circunstancia, sino que actúa contra sus propios actos, al haber concurrido ofreciendo el reactivo Ig totales a licitaciones en que se requería el reactivo IcG, a cuyo efecto cita el expediente CS/9999/100735003/16/PA, convocado para la adjudicación del "Contrato de suministro de reactivos y materiales necesarios para la realización de técnicas microbiológicas con destino a los centros sanitarios del Servicio Murciano de Salud", del que conoció este Tribunal en el recurso número 879/2017 –C.A. Región de Murcia 103/2017.

Sexto. El 12 de noviembre de 2018 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resuelve mantener la suspensión del expediente de contratación, en relación con el lote 6, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro con valor estimado superior a 100.000,00 euros, acto susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 44.1 a) en relación con el artículo 44.2 c) LCSP.

La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 46.2 del mismo texto legal y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Valencia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de 22 de marzo de 2013, publicado el B.O.E. de 17 de abril de 2013.

Segundo. Como ha quedado expuesto, los pliegos rectores de la licitación articulan el objeto del contrato en diversos lotes, agrupando en cada lote diferentes técnicas o pruebas analíticas. En el lote 6 se agrupan, bajo la denominación "Serología Infecciosa Automatizada I", una serie de técnicas o pruebas analíticas de serología infecciosa de ejecución automatizada. Como reactivos para la detección de infección por el virus de la Hepatitis A se requieren en el pliego los denominados "Ac HAV Ig M" y "Ac HAV Ig Totales".

El recurso considera que el reactivo Ac HAV IgG ofertado por la adjudicataria tiene características técnicas diferentes del reactivo solicitado en los Pliegos. Mientras el reactivo requerido en el pliego, Ig Totales, es de detección doble (IgG e IgM), el ofertado por dicha licitadora detecta únicamente IgG, por lo que la admisión de la oferta de la licitadora y posterior adjudicación contravendría los artículos 1 y 139 TRLCSP 2011, que proscriben la discriminación entre licitadores y abogan por la transparencia e igualdad de trato en la contratación**.**

No alega, y menos acredita, la recurrente la ineptitud del producto ofrecido por la adjudicataria para cumplir el objeto del contrato, sustentando su recurso en la diferencia del reactivo ofertado respecto del requerido en el pliego.

A estos efectos, este Tribunal ha declarado reiteradamente (por todas, resolución nº 675/2018) que debe tenerse en cuenta que las exigencias del PPT deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa recogidos en el art 1 del TRLCSP. En consonancia con ello, debe interpretarse el artículo 84 del

Reglamento (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato (Resolución 815/2014, de 31 de octubre).

A estos efectos, el informe técnico que obra en el expediente razona que el objeto del contrato, en el particular referido al suministro de los reactivos para la hepatitis A, es el diagnóstico de infección aguda o pasada por el virus de la hepatitis A (VHA), que se consigue con la determinación de Ig totales e IgM, como con IgG e IgM, explicando su equivalencia funcional y que únicamente ABBOTT posee la prueba IgG, por lo que, en aras a promover la concurrencia, se incluyó en el pliego la prueba de determinación doble, siendo así que Ig totales incluye IgA, IgM e IgG con lo que se está llegando más exactamente al objetivo de determinar y diferenciar la fase de inmunización y la fase aguda determinando IgG e IgM específicamente que Ig totales .

En este estado de cosas, justificándose por el órgano de contratación la equivalencia funcional del producto ofertado por la adjudicataria con el requerido en el pliego, sin que por la recurrente se haya justificado que conduciría a la imposibilidad de cumplimiento del objeto del contrato, procedería la desestimación del recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. L.A.V.S., en nombre y representación de DIASORIN IBERIA S.A., contra el *"acuerdo de adjudicación"* de la licitación convocada por el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón, para

contratar el *"Suministro continuado de reactivos, material fungible y equipamiento destinado a la realización de técnicas del Laboratorio de Análisis Clínicos del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón expediente 11/18"*,

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 LCSP

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.