

Recurso nº 84/2018

Resolución nº 78/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 24 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por I.R.S.J y A.S.S. actuando en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. la adjudicación, por la Gerencia de Gestión Integrada de Ferrol, de un suministro sucesivo de reactivos y materiales para la realización de pruebas analíticas y el arrendamiento, sin opción de compra, de un sistema de automatización total o laboratorio core en el Hospital Arquitecto Marcide, código MS-ASF1-17-006, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Gerencia de la Gestión Integrada de Ferrol se convocó la licitación del contrato de suministro sucesivo de reactivos y materiales para la realización de pruebas analíticas y el arrendamiento, sin opción de compra, de un sistema de automatización total o laboratorio core en el Hospital Arquitecto Marcide, con un valor estimado declarado de 7.198.944,13 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 13.10.2017; BOE del 24.10.2017 y DOGA del 26.10.2017.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- Mediante el recurso presentado se impugna la resolución de fecha 30.07.2018 por la que se adjudica el contrato a la empresa SIEMENS HEALTHCARE S.L.U (SIEMENS en adelante), con base en el incumplimiento por la oferta de la adjudicataria de lo previsto en varios apartados del PPT.

Cuarto.- En fecha 03.09.2018 ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. (ROCHE en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- En la misma fecha se reclamó a la Gerencia de Gestión Integrada de Ferrol el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación del expediente fue recibida inicialmente en este Tribunal el día 10.09.2018 y completada la solicitud de este Tribunal el día 20.09.2018. El informe sobre el recurso fue recibido el día 19.09.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 11.09.2018, recibándose las alegaciones de la empresa SIEMENS.

Séptimo.- El día 10.09.2018 este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el

Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente fue el segundo clasificado en el procedimiento de licitación, por lo que la posible estimación de este recurso le supondría un beneficio en su situación que determina su legitimación.

Cuarto.- El acuerdo de adjudicación fue notificado el día 10.08.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Al tratarse del acto de adjudicación de un contrato de subministración por importe superior a 100.000 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente alega que la oferta técnica de la adjudicataria incumple diversos apartados del PPT al respecto de los requisitos ambientales y de tratamiento de los residuos previstos como exigencias a cumplir por los licitadores.

El órgano de contratación se opone a las argumentaciones del recurso según analizaremos en esta Resolución.

El adjudicatario, en sus alegaciones, defiende su cumplimiento de los requisitos previstos en el PPT.

Séptimo.- El recurrente delimita los posibles incumplimientos de la oferta de la adjudicataria por referencia a diversos apartados del PPT, que transcribimos a continuación:

“Página 1. PPT:

2.- Características Técnicas Generales 2.1. Equipamiento, implantación y software

El licitador deberá aportar los analizadores y equipamiento necesarios para realizar las pruebas especificadas en el Anexo I. Los equipos ofertados deberán ser nuevos, extremo que deberá acreditarse por el licitador, mediante declaración responsable. La comprobación por parte del órgano de contratación del incumplimiento de este requisito dará lugar a la no consideración de la oferta

presentada a la licitación o a la resolución del contrato, de detectarse con posterioridad a la adjudicación.

Deberán especificarse para todo el equipamiento ofertado las siguientes características: Superficie máxima a ocupar (m²). Peso del equipo (Kg) Consumo eléctrico máximo {KVA). Calorías generadas {KW) Ruido generado (dBa). Vibración (Hz). Instalaciones de fontanería si precisa. Características del equipo en posición "stand-by". Tipos de reactivos utilizados y su volumen/proporción final. Sistema de tratamiento/recogida de residuos generados y su composición.

Página 2. PPT:

El adjudicatario deberá instalar, sin coste para el Hospital y en el caso de que sea necesario, el sistema de recogida de los residuos generados para su posterior tratamiento según legislación vigente. En cualquier caso dispondrá de un sistema de detección de llenado.

Página 5. PPT:

2.5 Gestión Ambiental del Hospital

El licitador se compromete al cumplimiento de la legislación ambiental aplicable ya sea europea, estatal, autonómica y/o municipal así como a las normas de gestión ambiental que establezca el Hospital, para la bioseguridad en la manipulación de muestras, tratamiento y eliminación de residuos sólidos y líquidos.

Se facilitará toda la información ambiental necesaria, incluida la ficha de seguridad, de cada uno de los materiales suministrados {reactivos, controles, calibradores, etc.). Especialmente se facilitará Información en cuanto a la toxicidad de los materiales para su correcto desechado. También se indicará el volumen y concentración de los residuos generados y se pondrá un sistema de recogida de los mismos.

En la medida de lo posible, se elegirán reactivos de menor poder contaminante, así como que faciliten el desechado, reutilización de envases, etc.,

En cualquier caso, se dispondrá del método de eliminación adecuado para cada material, que en ningún caso será desechado por el desagüe, salvo que las características ecotoxicológicas y la legislación ambiental vigente lo permitan. Para ello se realizará una caracterización del residuo generado.”

Si bien el recurrente hace una general referencia a las cláusulas citadas, el argumento central del recurso se fundamenta en que la adjudicataria no presenta la información solicitada en el PPT sobre la composición, volumen y la concentración de los residuos.

El órgano de contratación en su informe argumenta en primer lugar que la oferta de la empresa adjudicataria especifica el sistema de tratamiento/recogida de residuos generados y su composición, indicando que:

“los analizadores ofertados cuentan con sistema de recogida de residuos sólidos y líquidos, en el caso del Advia Centauro XPT y de sistema de recogida de residuos líquidos para el caso del Advia Chemistry XPT por no generar estos equipos residuos sólidos, diferenciando desagües para separar los residuos contaminantes de los no contaminantes”.

En cuanto a la eliminación de los residuos biológicos de las muestras de pacientes, el informe señala que:

“Siemens en su oferta indica que:“la eliminación automática de muestras caducadas se lleva a cabo a través de la nevera automatizada, sin actuación ninguna por parte del operador, y por consiguiente, garantizar la seguridad del proceso”.

Por lo tanto, lo que se muestra inicialmente a este Tribunal es que según el órgano de contratación los sistemas de recogida de residuos previstos en la oferta de la adjudicataria cumplen los requisitos exigidos en los PPT, sin que el recurrente presente argumentación en contrario.

El recurso se fundamenta, como ya dijimos, en que SIEMENS no aporta la documentación exigida sobre la composición de los residuos, lo que vulneraría el principio de igualdad de trato. Refiere al respecto que *“el PPT pedía información sobre la toxicidad, caracterización y composición no solo de los productos; también de los residuos, información que se genera después de usar el producto, esto es, una vez empleados y sometidos a reacción, momento en el que se desechan”.*

Por lo que concluye el recurrente que esa omisión *“constituye fundamento suficiente para que se deba declarar su exclusión del procedimiento de licitación”.*

Debemos, por lo tanto, hacer referencia a la normativa y a la doctrina pacíficamente asentada por los Tribunales administrativos al respecto de la exclusiones de las ofertas en un procedimiento de licitación.

El artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin reserva ninguna.

La posibilidad de la exclusión de la oferta de un licitador está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”

Por lo tanto, como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 113/2018 para determinar la exclusión de la oferta:

“debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos.”

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 613/2014, también señala que:

“debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente

utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TR-LCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TR-LCSP cuando exige que: “Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. En consonancia con ello, debe interpretarse el art 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación”

Podemos concluir, por lo tanto, y siguiendo lo expresado por el TACRC en su Resolución 815/2014, que no cualquier incumplimiento debe suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse según los principios de igualdad y concurrencia, y siempre tiene de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato.

Con vista en esta reiterada doctrina, y una vez comprobado por este Tribunal y admitido igualmente en el informe del órgano de contratación, que en la oferta de la adjudicataria no se recoge el detalle de la concentración de los residuos generados, debemos determinar si esa circunstancia debe traer como consecuencia la exclusión de la oferta de la adjudicataria, para lo cual debemos hacer referencia a tres aspectos principales.

En primer lugar, y como dijimos anteriormente, que según el órgano de contratación los sistemas de recogida de residuos previstos en la oferta de la adjudicataria cumplen los requisitos exigidos en los PPT, algo que el texto del recurso no pretende desvirtuar.

En segundo, que el órgano de contratación en su informe admite que “*SIEMENS procedió a detallar el volumen pero no la concentración de los residuos generados, ni su caracterización puesto que las condiciones de funcionamiento del sistema varían mucho de un laboratorio a otro y por tanto carecerían de valor para este órgano de concentración*”.

Y añade que “*resulta claro que no se puede determinar la concentración exacta de los residuos hasta que esté en pleno funcionamiento la instalación y con las técnicas concretas en activo*”.

El recurrente señala a este respecto que *“debe tenerse presente que la actividad objeto del contrato viene perfectamente definida en el PPT, claramente estimada, e incluye la lista de parámetros y el número de determinaciones de cada uno de ellos, lo que es a todas luces suficiente para poder dar una predicción ajustada (que no exacta) de la composición de los residuos”*.

Ante esta argumentación, el informe del órgano señala que:

“resulta completamente erróneo lo plasmado por ROCHE en el recurso respecto a que con la información facilitada en el PPT en cuanto a la actividad prevista, la lista de parámetros y número de determinaciones se podía hacer una predicción ajustada de la composición de los residuos puesto que como ya dijimos de esta estimación solo podría ser hecha una vez que el laboratorio esté en pleno rendimiento y tras realizar varios muestreos significativos dada la gran diversidad de pruebas que se ejecutan en el sistema y las distintas mezclas de reactivos que se ejecutan y tienen como resultado que las características de los residuos puedan no ser comparables de un instrumento a otro y de un día a otro”.

Y abunda en su argumentación indicando que:

“la naturaleza de los residuos, su composición, concentración y, por tanto, caracterización generados por una instalación compleja como la que se va a realizar dependen de una serie de variables interrelacionadas como son el número de equipos conectados a los sistema de automatización, la naturaleza de las técnicas realizadas, cantidad de determinación, intervalos de tiempo en que se realizan y su proporción, el número de equipos en los que estén activas las diversas técnicas, la combinación de las técnicas realizadas en un mismo equipo puesto que a veces se requieren lavados extra para evitar contaminaciones cruzadas y tiempo de los trabajos del sistema entre otras”.

Por lo tanto, a juicio del órgano de contratación no es posible fijar a priori la concentración de los residuos a generar, o no lo es en parámetros ajustados a la realidad. En este aspecto, este Tribunal respetando la discrecionalidad técnica que necesariamente corresponde al órgano de contratación, debe dar por válida esa imposibilidad, teniendo en cuenta que la argumentación técnica del órgano no carece de verosimilitud, que el propio recurrente reconoce que no sería posible aportar una predicción “exacta”, además de que en su oferta se recoge una mención explícita al respecto, como veremos a continuación.

El recurrente señala que, en todo caso, la empresa adjudicataria podría conocer la composición de los residuos por ser la actual suministradora de los productos. Esta argumentación no puede ser admitida, ya que hacerlo sería tanto como permitir la existencia de una condición de la licitación que sólo podría ser cumplida por la actual adjudicataria, vulnerando así el principio de igualdad.

El tercer aspecto relevante a tener en cuenta es que el informe del órgano de contratación, enlazando con la imposibilidad para los licitadores de poder aportar la concentración de los residuos, señala que *“así lo entendieron y manifestaron el resto de licitadores, en tanto que o bien no presentaron nada relativo a la concentración y caracterización de los residuos o bien presentaron una concentración o caracterización de los residuos que no se adaptan a la realidad de nuestros laboratorio, y que por tanto no fueron tenidas en cuenta”*.

Pues bien, este Tribunal accedió a la correspondiente documentación incluida en la oferta técnica de cada uno de los licitadores, observando lo siguiente.

Una de las empresas licitadoras en su documentación, si bien acompaña información sobre los posible residuos, señala específicamente a continuación que *“la composición concreta del residuo de los analizadores de un laboratorio determinado depende de la variedad de análisis efectuados, de su número y de las muestras de pacientes procesadas, por lo que los estudios proporcionados podrían no ser totalmente representativos”*. Y añade algo significativo, como es que *“los valores para los vertidos indicados en la reglamentación se refieren a las concentraciones medidas en el vertido total que realmente entra en el sistema de alcantarillado público, lo cual corresponde a los valores que habrían de medirse en la arqueta final que recoja todo el vertido del laboratorio o del hospital”*.

Otra de las empresas no identificó en su oferta documentación al respecto.

Y especialmente relevante es que la propia recurrente en su oferta reconoce literalmente que la composición de los residuos es específica para cada instalación, señalando que:

“La composición de los residuos contaminantes generados en estos equipos depende de los test (reactivos) y reactivos auxiliares utilizados, así como del volumen, frecuencia y secuencia de los mismos. De esta manera la variabilidad en la composición y concentración de los residuos concentrados generados es específica para cada instalación”.

Por lo tanto, la situación que se nos muestra es, en primer lugar, que el propio texto del recurso no alega ningún incumplimiento o defecto al respeto de los elementos y materiales que son el objeto del contrato de suministro, que recordemos según la cláusula 2 del PCAP se refiere la:

“reactivos y materiales (calibradores, controles, material auxiliar específico y fungible ligado a equipos en la cantidad necesaria) para la realización de pruebas analíticas...y el arrendamiento sin opción de compra incluido mantenimiento de los equipos necesarios para ser utilizados dentro de un sistema de automatización total o laboratorio Core...”

Y, en consecuencia, que nos encontramos ante una omisión formal de la oferta de la adjudicataria circunscrita a un aspecto documental referido a un elemento accesorio de la licitación, como son los posibles residuos a generar en la instalación durante la ejecución contractual. Documentación que el órgano de contratación reconoce que es imposible de cumplimentar de forma efectiva y que la totalidad de los licitadores o bien no la presentaron, o bien advirtieron, como específicamente hizo el recurrente en su oferta, que la información que aportaban no se ajustaba a la realidad de la instalación.

Así, entendemos que el defecto alegado no se sitúa en un supuesto subsumible en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas citado anteriormente. No nos encontramos ante una oferta que carezca de concordancia, o exceda del presupuesto base de la licitación, ni que varíe substancialmente el modelo establecido, o que comporte error manifiesto en el imponerte de la proposición. Y no se aporta en el recurso ningún argumento al respecto a que la oferta resulte inviable, en el sentido de que su ejecución se separaría de lo exigido en los pliegos de la licitación.

Como dijimos en la Resolución TACGal 45/2018:

“A mayores, no por conocido no debe ser traído que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respecto”.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el suyo Acuerdo 8/2011, que señala que:

“la valoración de la documentación requerida y los efectos derivados de su presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, especialmente, al de proporcionalidad.”

Igualmente en nuestra Resolución 12/2018 ya precisábamos que:

“hace falta señalar que la exclusión de las ofertas por cuestiones formales debe ser objeto de una interpretación estricta, por ser un acto contrario a los principios de libre concurrencia y antiformalidad que rigen en la contratación pública, y vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidad. Más en un supuesto en que ya existe un adjudicatario, por lo que los intereses de terceros licitadores no pueden prevalecer sobre el interés público que supone el cumplimiento de la oferta más ventajosa, aquí ya declarada en el acuerdo de adjudicación”

Y la Resolución 78/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía también establece que:

“en aplicación del principio de proporcionalidad propugnado por la jurisprudencia comunitaria y que se eleva a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, hemos de tomar en consideración que los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiendo entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.”

En conclusión, en virtud del principio de proporcionalidad procede desestimar el recurso presentado al no apreciar este Tribunal que en la licitación se vulnerara el principio de igualdad y al no afectar al defecto formal alegado en el recurso a la adecuada ejecución del contrato.

Por todo el anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. contra la adjudicación, por la Gerencia de Gestión Integrada de Ferrol, de un suministro sucesivo de reactivos y materiales para la realización de pruebas analíticas y el

arrendamiento, sin opción de compra, de un sistema de automatización total o laboratorio core en el Hospital Arquitecto Marcide.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.