



Roj: **STSJ M 1504/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:1504**

Id Cendoj: **28079330032017100141**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/02/2017**

Nº de Recurso: **775/2015**

Nº de Resolución: **52/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARGARITA ENCARNACION PAZOS PITA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### **Sección Tercera**

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009730

**NIG:** 28.079.00.3-2015/0020962

**Recurso nº 775/2015**

**Ponente:** Dña. Margarita Pazos Pita

**Recurrente:** Sysmex España, S.L.

**Representante:** Procurador D. Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar

**Parte demandada:** SERMAS

**Representante:** Letrado de la Comunidad de Madrid

#### **SENTENCIA NÚM. 52**

**ILTMO. SR. PRESIDENTE:**

D. Gustavo Lescure Ceñal

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Dña. Margarita Pazos Pita

-----  
En Madrid, a 09 de Febrero de 2017.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 775/2015 interpuesto por el Procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de la entidad Sysmex España, S.L., contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 22 de julio de 2015 que estima el recurso especial en materia de contratación deducido por Biogén Diagnóstica, S.L. contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de fecha 12 de junio de 2015, por la que se adjudica el contrato "Suministro de dispositivos para la recogida y determinación de sangre oculta en heces", anulando la adjudicación recaída en Sysmex, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, previo cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP. Ha sido parte demandada el Servicio Madrileño de la Salud, representado y defendido por el Letrado de la Comunidad de Madrid.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguidos los trámites que constan en autos -entre ellos la unión de los justificantes de los emplazamientos verificados por la Administración- y el cauce procesal previsto legalmente, la recurrente despachó, en el momento oportuno el trámite correspondiente de demanda en el que, conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicó la anulación de acto objeto de impugnación en los concretos términos que figuran en aquél.

**SEGUNDO.-** Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

**TERCERO.-** Para votación y fallo del recurso se señaló el día 26 de octubre de 2015, si bien por providencia de la misma fecha se acordó, dejando sin efecto el señalamiento verificado: 1º Conceder traslado de la demanda a la Comunidad de Madrid a fin de que la conteste en el plazo de veinte días y formule cuantas alegaciones y medios de prueba entienda procedentes. 2º Se advierte la posible existencia de un motivo para fundar el recurso no consignado en la demanda, cual es la firmeza de la Resolución 72/2015, de 13 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y, por lo tanto, la no impugnación por Biogen Diagnóstica, S.L. ni por las demás licitadoras, del pronunciamiento de admisión de la oferta presentada por la aquí recurrente que se contiene en la parte dispositiva de tal Resolución.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el art. 33.2 LJCA, con advertencia de que no se prejuzga el fallo definitivo, se sometió tal cuestión a la entidad recurrente y a la Comunidad de Madrid, concediéndoles un plazo común de diez días para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas.

**CUARTO.-** Mediante escrito presentado con fecha 21 de noviembre de 2015 la entidad recurrente evacuó el traslado conferido, en el que formuló las alegaciones consignadas en el mismo y solicitó el dictado de Sentencia por la que se estimen las pretensiones deducidas en el cuerpo de la demanda.

**QUINTO.-** Mediante escrito presentado con fecha 23 de diciembre de 2016 el Letrado de la Comunidad de Madrid, en representación del Servicio Madrileño de la Salud, evacuó el traslado concedido para presentar escrito de contestación a la demanda así como para formular alegaciones en los términos previstos en la providencia de fecha 26 de noviembre de 2016, solicitando que se dicte Sentencia desestimando íntegramente el recurso interpuesto.

**SEXTO.-** En este estado quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 1 de febrero de 2017.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Margarita Pazos Pita.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la entidad Sysmex España, S.L. contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) de fecha 22 de julio de 2015 que resuelve estimar el recurso especial en materia de contratación deducido por Biogén Diagnóstica, S.L. contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de fecha 12 de junio de 2015, por la que se adjudica el contrato "Suministro de dispositivos para la recogida y determinación de sangre oculta en heces", *"anulando la adjudicación recaída en Sysmex, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, previo cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP"*.

**SEGUNDO.-** Para la adecuada resolución del presente recurso conviene tener presentes los siguientes hechos que resultan del expediente administrativo y de las actuaciones seguidas ante esta Sala:

1.- Mediante Resolución de la Gerencia de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud de 30 de diciembre de 2014 se convoca procedimiento abierto con pluralidad de criterios para la contratación del "Suministro de dispositivos para la recogida y determinación de sangre oculta en heces". La publicación de la licitación tiene lugar en el BOE de fecha 12 de enero de 2015. El valor estimado del contrato asciende a 2.570,400 euros.

2.- Conforme a la cláusula 1, punto 9, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), los criterios objetivos de adjudicación del contrato son, en esencia, y en lo que al presente recurso interesa:

Número 1

Descripción del criterio: Precio

Ponderación: 80% Máximo 80 puntos

(...)

Número 2

Descripción del criterio: Técnico

Ponderación: 20% Máximo 20 puntos

2.1 Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Máximo 15 puntos

(...)

2.2 Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: Máximo 5 puntos

(...)

Expresamente se prevé que: *"Importante: Quedarán excluidas del procedimiento de contratación todas aquellas proposiciones cuyas características técnicas no se ajusten a las establecidas como mínimas en el pliego de prescripciones técnicas"*.

3.- En el apartado 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) -Características de los dispositivos para realizar el TSOHI- se consigna, entre otros extremos, que:

*El test a utilizar para la determinación de sangre oculta en heces será el de tipo inmunológico a partir de una sola muestra biológica.*

*Los dispositivos para el test (tubos colectores) estarán preparados para su utilización inmediata cuando se entreguen a los destinatarios. Estos dispositivos incluirán un sistema de filtros que eliminen, por una parte el exceso de muestra y por otra que garanticen la separación de los restos sólidos de la muestra precisa para la determinación. El dispositivo garantizará que se estandariza, de forma constante, la cantidad y concentración de muestra que se utilizará para el análisis.*

*El dispositivo será de material plástico duro, transparente, de fácil manejo, con un tapón que no induzca a error en su manipulación por parte del usuario, de fácil apertura y cierre seguro, y el buffer que contiene estará protegido en un espacio que no se pueda extravasar accidentalmente durante la manipulación del test por parte del usuario o el profesional. La muestra no precisará ninguna manipulación durante su procesamiento y análisis, pues una vez colocado el dispositivo en el autoanalizador el proceso tendrá que estar automatizado.*

*Se incluirá un sobre opaco (dimensiones: 115x225 mm con tira adhesiva para autopegado) para introducir cada dispositivo. En el sobre además del dispositivo, deben incluirse las instrucciones para su uso. El licitador facilitará el modelo de instrucciones en texto y en un formato gráfico que permita seguir, paso a paso, el método correcto para la recogida de la muestra. Se proveerá a todos los centros de salud participantes en el programa de un contenedor apropiado para la entrega de las mismas por el usuario.*

*La caducidad de los dispositivos sin utilizar será, al menos, de 12 meses. Una vez que el dispositivo contenga la muestra biológica se mantendrá su estabilidad, al menos, 7 días a temperatura ambiente sin que se produzca la degradación de la muestra y, al menos, 14 días si se mantiene refrigerada. Se aportarán las curvas de estabilidad de los dispositivos con muestra biológica a diferentes temperaturas, así como la proporción de hemoglobina que se mantiene.*

(...)

4.- Conforme a la Cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -Calificación de la documentación presentada, valoración de los criterios de selección y apertura de proposiciones-:

*Constituida la Mesa de contratación a los efectos de calificación de la documentación, si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, mediante telefax, correo electrónico, tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación*

*Pública de la Comunidad de Madrid o cualquier otro medio similar, concediéndose un plazo no superior a cinco días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios.*

*Una vez calificada la documentación y realizadas, si así procede, las actuaciones indicadas, la Mesa procederá a determinar las empresas que cumplen los criterios de selección que se establecen en el apartado 5 de la cláusula 1, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo. Estas circunstancias podrán publicarse, si así se determina en el apartado 12 de la cláusula 1, en el tablón de anuncios electrónico que en él se indica.*



*En un plazo que no podrá ser superior a siete días, a contar desde la apertura de la documentación administrativa, se procederá, en su caso, a la apertura en acto público de los sobres que contengan la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor (sobres 2-A), entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en los mismos, dejando constancia documental de todo lo actuado.*

*En acto público, dentro del plazo de un mes desde el fin del plazo de presentación de ofertas, la Mesa pondrá en conocimiento de los licitadores el resultado de la calificación de la documentación administrativa y, en su caso, la valoración previa de los criterios de adjudicación cuya ponderación dependa de un juicio de valor. Seguidamente, abrirá el sobre nº 3 "Proposición económica", dando lectura a las ofertas, de las empresas admitidas, y, en su caso, al sobre 2-B, correspondiente a la documentación relativa a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.*

*Posteriormente, junto con los informes emitidos, en su caso, las elevará con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en el apartado 8 de la cláusula 1, al órgano de contratación.*

*Si se celebra subasta electrónica, tras la apertura de estos sobres y la realización de una primera evaluación completa de las proposiciones, se invitará simultáneamente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a participar*

*en la subasta.*

*Si se identificase alguna proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, de acuerdo, en su caso, con lo indicado en el apartado 8 de la cláusula 1, se realizará la tramitación prevista en el artículo 152 del TRLCSP. En caso de subasta electrónica esta tramitación se llevará a*

*cabo tras la finalización de la subasta, tomando en consideración para apreciar si existen valores anormales o desproporcionados los de la última puja de cada licitador.*

*Posteriormente, junto con los informes emitidos, en su caso, la Mesa elevará las ofertas con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en el apartado 8 de la cláusula 1, al órgano de contratación.*

5.- El 25 de febrero de 2015 se extiende el "Acta Apertura Ofertas Técnicas Criterios Juicios de Valor", cuyo objeto, en concreto, es proceder en acto público a la apertura de los sobres 2A que contienen las ofertas técnicas cuya valoración depende de un juicio de valor.

Respecto a la acreditación de la solvencia técnica, "los miembros de la Mesa, tras su deliberación, acuerdan considerar acreditada la solvencia técnica de todas las empresas para poder continuar el proceso de licitación. Al inicio de la sesión pública, se expone a los licitadores asistentes, brevemente los criterios de la Mesa respecto a la acreditación de la solvencia técnica y el acuerdo unánime de admitir a todos los licitadores presentados".

Y continúa el Acta que "A continuación comienza el acto de apertura de los sobres 2A que contienen las ofertas técnicas de los licitadores admitidos. Toda la información que en ellos se expresa es transmitida al Coordinador del Programa de Cribado de Cáncer de Colon de la Gerencia de Atención Primaria para que proceda a elaborar un informe de valoración en el que constará si las ofertas cumplen lo estipulado en el pliego de prescripciones técnicas y, en caso de valor recogidos en la Cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...)

6.- El 11 de marzo de 2015 se levanta "Acta Apertura Ofertas Técnicas Criterios Aplicación de Fórmulas y Ofertas Económicas", cuyo objeto es proceder en acto público a la apertura de los sobres 2B que contienen las ofertas técnicas cuya valoración se realiza por aplicación de fórmulas y las ofertas económicas.

En primer lugar se entrega y presenta el informe del Coordinador del Programa de Cribado de Cáncer de Colon de la Gerencia de Atención Primaria de la Comunidad de Madrid con la valoración técnica subjetiva de las ofertas contenidas en los sobres abiertos en la anterior sesión y, entre otros extremos, se comunica a los representantes de los licitadores que han acudido el resultado de la valoración.

Se hace lectura de los precios ofertados, IVA excluido, con el resultado que se consigna.

Se adjunta al acta el informe de valoración técnica de los criterios evaluables según juicio de valor realizado por el Coordinador del Programa de Cribado de Cáncer de Colon de la Gerencia de Atención Primaria, con 15 puntos para Biogén, 4 puntos para Sysmex y Menarini y 1 punto para Leti -folios 49 y siguientes del expediente administrativo-



7.- Mediante escrito con fecha de entrada de 11 de marzo de 2015 la entidad Biogén solicita la fundamentación objetiva del cumplimiento de prescripciones técnicas requeridas descritas en el el PPT por parte de cada una de las empresas licitadoras.

Como consecuencia de ello se procede a una revisión de las ofertas y a emitir un informe técnico de reevaluación, en el que se establece que la única empresa que cumple con todos los requisitos mínimos establecidos en el PPT es Biogén, debiendo procederse a la exclusión de las restantes licitadoras por incumplir alguno o varios de estos requisitos.

En particular, en cuanto al punto:

*"Los dispositivos para el test (tubos colectores) estarán preparados para su utilización inmediata cuando se entreguen a los destinatarios. Estos dispositivos incluirán un sistema de filtros que eliminen, por una parte el exceso de muestra y por otra que garanticen la separación de los restos sólidos de la muestra precisa para la determinación. El dispositivo garantizará que se estandariza, de forma constante, la cantidad y concentración de muestra que se utilizará para el análisis".*

Se señala en el informe que: *"Consideramos: que todos los dispositivos tienen en su diseño algún sistema de eliminación y filtrado de la muestra que parece garantizar una cantidad limitada para el análisis"*

En cuanto al punto:

*" El dispositivo será de material plástico duro, transparente, de fácil manejo, con un tapón que no induzca a error en su manipulación por parte del usuario, de fácil apertura y cierre seguro, y el buffer que contiene estará protegido en un espacio que no se pueda extravasar accidentalmente durante la manipulación del test por parte del usuario o el profesional. La muestra no precisará ninguna manipulación durante su procesamiento y análisis, pues una vez colocado el dispositivo en el autoanalizador el proceso tendrá que estar automatizado."*

El mentado informe de reevaluación de 13 de marzo señala:

*"Consideramos: que, tal y como se especifica para cada empresa licitadora en el análisis del Criterio A del informe técnico sobre criterios de adjudicación y cuya cuantificación depende de un juicio de valor, tras nuevo análisis detallado únicamente el dispositivo de la compañía Biogen dispone de una cámara de aislamiento de muestra que evita, una pérdida accidental del contenido del Buffer en su manipulación. Queremos hacer constar que si bien en el anterior informe se puntuó esta característica, reevaluado el análisis inicial, consideramos constituye un criterio técnico excluyente a exigir a los dispositivos; motivo por el cual no serían evaluables aquellas empresas cuyo dispositivo no cumplan con este requerimiento (Menarini, Sysmex y Leti)".*

Y viene a concluir el informe, en lo que al presente recurso interesa, que:

*" Por lo tanto y una vez reevaluada toda la información aportada por las licitadoras al concurso, en relación con el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el propio pliego de condiciones técnicas, se concluye que las empresas Leti y Menarini incumplen al menos cuatro de los requerimientos mínimos solicitados, la licitadora Sysmex al menos uno de los condicionantes pedidos y por tanto, únicamente la empresa Biogén estaría en disposición de cumplir los requerimientos establecidos tras la reevaluación efectuada del PPT".*

8.- En atención al informe de reevaluación de las ofertas presentadas, el día 18 de marzo se reúne la Mesa de contratación que, con el voto en contra de la representante de Intervención, acuerda incorporar el informe de reevaluación del cumplimiento de las prescripciones técnicas y la exclusión de varias empresas, entre las que figura la recurrente.

El 13 de abril se dicta Resolución de adjudicación donde consta la exclusión de la recurrente por el siguiente motivo: Por no ajustarse a las características técnicas establecidas como mínimas en el pliego de prescripciones técnicas según valoración del informe técnico de fecha 13 de marzo de 2015 en los siguientes puntos:

*El dispositivo será de material plástico duro, transparente, de fácil manejo, con un tapón que no induzca a error en su manipulación por parte del usuario, de fácil apertura y cierre seguro, y el buffer que contiene estará protegido en un espacio que no se pueda extravasar accidentalmente durante la manipulación del test por parte del usuario o el profesional. La muestra no precisará ninguna manipulación durante su procesamiento y análisis, pues una vez colocado el dispositivo en el autoanalizador el proceso tendrá que estar automatizado."*

9.- Contra la Resolución del Gerente de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud de fecha 13 de abril de 2015 por la que se acuerda excluir a la recurrente y se adjudica a Biogén el suministro de litis, Sysmex interpuso recurso especial en materia de contratación que fue resuelto mediante la Resolución del TACP 72/2015, de 13 de mayo, de la que cabe destacar los siguientes extremos:



«Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se interpone, en primer lugar, contra la exclusión de la recurrente por incumplimiento de las prescripciones técnicas.

(...)

El cumplimiento de las condiciones técnicas debe quedar acreditado por comparación de la oferta con el PPT. Lo que procede, por tanto, es determinar si las ofertas de SYSMEX y BIOGEN cumplen o no con las prescripciones mínimas, mediante una operación de comprobación de ambas con el PPT.

El motivo de exclusión de SYSMEX que figura en la notificación de adjudicación es que "únicamente el dispositivo de la compañía Biogen dispone de una cámara de aislamiento de muestra que evita, una pérdida accidental del contenido del Buffer en su manipulación".

El apartado 2.1 del PPT exige que "el buffer que contiene estará protegido en un espacio que no se pueda extravasar accidentalmente durante la manipulación del test por parte del usuario o el profesional". Por tanto esta es la prescripción técnica cuyo cumplimiento se ha de acreditar, y no si esto se consigue con una cámara de aislamiento de muestra. Ello a pesar de la deficiente notificación que no concreta el motivo de rechazo de la oferta de SYSMEX que ha determinado que, a efectos de interposición del recurso, haya tenido que concluir que este es el motivo de incumplimiento sin poder alegar sobre la posible perforación de la membrana que luego, en el informe al recurso se centra como causa del rechazo.

La finalidad de los distintos apartados incluidos en el PPT es adquirir un dispositivo que permita al usuario recolectar la muestra sin dificultad, de forma fácil y sencilla, y que durante la manipulación por el usuario o el profesional no se produzcan pérdidas de líquido (buffer) que comprometan la viabilidad de la prueba y la fiabilidad de los resultados. Por ello se pide que el buffer que contiene el dispositivo esté protegido en un espacio que no se pueda extravasar accidentalmente durante la manipulación del test por parte del usuario o el profesional.

Sostiene la recurrente que su oferta cumple los requisitos técnicos exigidos en el PPT y el dispositivo que oferta está protegido frente a pérdidas accidentales de buffer. Sin embargo, el dispositivo ofertado por BIOGEN no cumple con la obligación de ser plástico duro lo que implica que al presionarlo se pierda líquido.

Por tanto, lo que debe comprobarse es si el dispositivo ofertado por SYSMEX tiene o no el buffer en un espacio protegido que no pueda extravasarse accidentalmente durante la manipulación, independientemente de si esto lo consigue a través de una cámara de aislamiento o a través de cualquier otro medio.

Se alega en el recurso que el dispositivo ofertado por SYSMEX se articula en una doble cápsula: por un lado, la que contiene el buffer que está sellada con un tapón transparente que no puede abrirse por el usuario, y, por otro, la zona para el depósito de la muestra por el usuario con tapón verde de fácil apertura y cierre para que el usuario pueda utilizarlo sin dificultad. El sistema de doble cápsula permite mantener el líquido a salvo de posibles pérdidas durante la manipulación por el usuario y, además, evita que la muestra se contamine antes de llegar al analizador.

El dispositivo está realizado en plástico duro lo que impide que por una presión fuerte del usuario durante la manipulación se pierda líquido. Por mucho que se apriete el dispositivo, incluso con el tapón verde abierto, no se perderá líquido o buffer, que es lo buscado y exigido por la Administración.

Se adjunta como medio probatorio un certificado emitido por PharmD. V.B. del Laboratorio Clínico Practimed CVBA sito en Bélgica y en el que se describen el uso y características del producto:

(...)

Examinadas las muestras por el Tribunal se comprueba que los tubos de SYSMEX quedan cerrados por una membrana plástica. El requisito técnico de que el líquido esté "protegido en un espacio que no se pueda extravasar accidentalmente" queda garantizado durante la manipulación del test por parte del usuario al tratarse de un material plástico rígido, y con un uso normal no se producirá la extravasación por presión. No se puede considerar manipulación normal la agitación o golpeo del tubo. Tampoco se puede considerar un uso normal del dispositivo la perforación accidental, pues eso implica la utilización de medios con tal fin de forma intencionada o la manipulación inadecuada, y no es imputable al producto las consecuencias debidas a mala utilización o externas a la manipulación con el fin de recogida de la muestra, que es lo exigido en el PPT.

Cabe añadir que el requisito técnico es además valorable como criterio de adjudicación, pues se valoran con 7 puntos "las características y seguridad de los dispositivos, mínima manipulación de muestra por parte de los usuarios y profesionales. Sistema de seguridad de apertura errónea del dispositivo". Es decir, cumplido el requisito mínimo es valorable las distintas características y seguridad, habiendo obtenido BIOGEN 7 puntos y la recurrente 2.



*Queda, por tanto, acreditado, que el dispositivo de SYSMEX está diseñado para evitar cualquier pérdida accidental de buffer durante la utilización por el usuario, que el líquido está en un espacio protegido que no se puede extravasar como consecuencia de un accidente previsible y que, en consecuencia, cumple las exigencias mínimas del PPT por lo que su oferta no debió haber sido excluida.(...)»*

Y la Resolución 72/2015 acuerda en su parte dispositiva:

*Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por doña (...), en nombre y representación de Sysmex España, S.L., contra la Resolución del Gerente de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud de fecha 13 de abril de 2015, por la que se acuerda excluir a la recurrente y se adjudica el "Suministro de dispositivos para la recogida y determinación de sangre oculta en heces", nº de expediente: PA SUM 14-2014 GAP, anulando la adjudicación admitiendo la oferta de Sysmex, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, previo cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP..."*

*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.- 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."*

10.- Como consecuencia de ello, y en ejecución de la anterior Resolución, el 12 de junio se procedió a la adjudicación del contrato a Sysmex.

11- Por la entidad Biogén se interpone recurso especial en materia de contratación contra la anterior Resolución, exponiendo que Sysmex no ha acreditado la solvencia exigida en el Pliego por el que se ha regido la convocatoria y que el producto ofertado no cumple las condiciones técnicas establecidas en el PPT, por lo que debe ser excluida y anulada la adjudicación formulada a su favor.

Dicho recurso es resuelto por el Acuerdo contra el que se dirige el presente recurso jurisdiccional, y del que han de destacarse los siguientes extremos:

*"Por cuanto respecta al fondo del recurso, éste se interpone, en primer lugar, por falta de acreditación por parte de Sysmex de la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el PCAP.*

*(...) 2.- En relación con la solvencia técnica.*

*"(...) Los certificados aportados en relación a las anualidades 2013 y 2014 no se ajustaban formalmente a lo requerido en cuanto a concreción del objeto suministrado y, en su caso, puesta a disposición de los medios externos, independientemente de que su cómputo no sea por ejercicio, pudo haberse solicitado aclaración como hemos señalado respecto del ejercicio 2012, en este caso sobre si lo certificado como "dispositivos necesarios para la recolección y determinación..." se corresponde con los "dispositivos de test" a que se refiere la cláusula 1.5 del PCAP, pues parece que incluyen además de los tubos, reactivos y otros componentes que no formarían parte del requisito tal como se ha definido en dicho PCAP.*

*De esta manera, de no concurrir otro motivo de exclusión, debería concretarse si los certificados aportados completan en su importe global de los tres ejercicios y de forma separada la actividad de suministro de dispositivos de test..."*

Por otra parte, continúa señalando la Resolución impugnada, entre otros extremos, que:

*" Como segundo motivo de recurso se alega por la recurrente incumplimiento por Sysmex de los requisitos técnicos previstos en el PPT.*

*(...) El recurso no se refiere a una cuestión que ha sido resuelta expresamente por ese Tribunal que, como hemos visto, ya ha afirmado que no procede excluir a Sysmex de la licitación por el incumplimiento del PPT que le fue notificado y respecto del cual sí se produce el efecto de cosa juzgada, pero no se ha pronunciado sobre los concretos incumplimientos de la oferta de Sysmex ahora alegados por la licitadora clasificada en segundo lugar. Habiéndose producido un nuevo acto de adjudicación y habiendo sido desplazada Biogén de la posición de adjudicataria, ésta adquiere legitimación para formular recurso contra la nueva adjudicación recaída, fundado en cualquier infracción del procedimiento que estime necesario alegar. Biogén, cuando se interpuso el recurso 62/2015, como hemos argumentado, estaba en la situación de adjudicataria y en esa posición carecía*



de legitimación para recurrir contra los clasificados en posterioridad en el orden de clasificación. Al ser Biogén la adjudicataria del contrato cuando se interpuso el recurso 62/2015, la legitimación de la misma consistía en defender la legalidad de su adjudicación y mantener la exclusión de Sysmex que se había acordado por el órgano de contratación. Y no la tenía respecto de la invocación de los posibles incumplimientos por parte de otras licitadoras pues no era condición necesaria para mantener su posición de adjudicatario y porque la situación de exclusión en que se encontraban les impedía obtener la condición de ser adjudicatarios. El trámite de alegaciones no supone una especie de reconvención ni permite la interposición de un nuevo recurso con motivos que no fueron conocidos por el órgano de contratación ni por el recurrente. Biogén únicamente alegó respecto del incumplimiento de las prescripciones técnicas de los tubos ofertados que fue puesto de manifiesto en el recurso Sysmex, manteniendo su adecuación, pero carecía de legitimación para poner de manifiesto incumplimientos en las ofertas de empresas excluidas o que no habían obtenido la posición de adjudicatarias. De ahí no se puede concluir que consintió que el único motivo para excluir a Sysmex era el entonces recurrido. En consecuencia, los incumplimientos ahora puestos de manifiestos no fueron analizados y no se ha producido el efecto de cosa juzgada.

Procede pues analizar los concretos incumplimientos de las condiciones técnicas hechos valer en el recurso.

(...)

Para la resolución del recurso hemos de tener en cuenta el estudio comparativo realizado por el Guilford Medical Device Evaluation Center, documento utilizado en el recurso como probatorio del incumplimiento alegado (aparte del hecho de que no ha sido aportada la oportuna traducción al castellano), el informe técnico favorable a la estimación del recurso firmado por la Oficina Regional de Coordinación Oncológica y la documentación técnica y muestra presentada por Sysmex.

No se trata de una comparación entre empresas sino de los concretos productos ofertados. El requisito técnico, tal como está establecido en el PPT, como hemos adelantado, consiste en que el dispositivo de test (tubos de recogida de muestra) contenga un sistema de filtrado de exceso de muestra, cuestión que no se discute y otro de separación de los restos sólidos de la muestra. Esto puede entenderse como que el tubo de recogida de muestra debe contener un doble filtro interno. Tal como expone Sysmex lo que oferta es una "solución" con un tubo (que la misma oferta denomina "dispositivo" de recogida SENTIFIT tube (Pierce Tube)) con un filtro que separa el exceso de muestra y no contiene separación de restos sólidos; y por otra parte un "sistema" de determinación analítica (autoanalizador SENTIFIT 270) cuya aguja-pipeta sí contiene un sensor antigrumos que pudiera cumplir la condición de filtro exigida tal como sostiene Sysmex. Por ello esta solución SENTIFIT compuesta de un dispositivo de recogida de muestras y un sistema de determinación no cumple el requisito de que el filtro sea interno al "dispositivo".

No se pronuncia el Tribunal, ni tiene conocimientos técnicos para concluir si con esta solución de incluir el filtro en el "sistema" se consigue la misma finalidad que se obtiene cuando el filtro está instalado en el propio tubo, es decir, se garantiza la cantidad y concentración de la muestra que se utilizará para el análisis o se mantiene la relación constante masa fecal/buffer, solo constata que aunque el sistema pudiera cumplir el requisito el pliego no lo exige respecto de este sino respecto del dispositivo y esto no queda acreditado, por lo que debe estimar el recurso, procediendo la exclusión de la oferta de Sysmex...".

**TERCERO.-** En su escrito de demanda la entidad recurrente formula las siguientes argumentaciones fundamentales:

-La cuestión de las especificaciones técnicas es una materia que ha preocupado al legislador comunitario y ha sido objeto de regulación a través de Directivas que han pretendido evitar limitaciones o restricciones a la libre competencia, en especial, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, cuyo objetivo es precisamente garantizar el acceso a las licitaciones en igualdad de condiciones, permitiendo, para ello, el ofrecimiento de soluciones equivalentes a las especificaciones técnicas previstas por los órganos de contratación.

La parte recurrente argumenta que, sin embargo, en el caso que nos ocupa, ni la Administración, ni el TACPCM en la resolución impugnada, han actuado de conformidad con los fines y necesidades del contrato, y han reinterpretado a posteriori los criterios técnicos de forma que se exigen requisitos innecesarios para la consecución del fin perseguido, conculcando y limitando la competencia al no admitir soluciones alternativas (interpretación que de sostenerse determinaría la nulidad de los pliegos).

-La interpretación del TACPCM es contraria al artículo 117 del TRLCSP y a la Directiva 2004/18/CE : impide la presentación de ofertas con soluciones técnicas equivalentes a la funcionalidad perseguida por el Pliego, concluyendo, en virtud de los distintos alegatos que expone, que la interpretación de dicho Tribunal no es ajustada al espíritu que inspira la normativa comunitaria y nacional que rigen la contratación pública, y al inadmitir un sistema que garantiza idéntica funcionalidad a la fijada en el pliego, exigiendo que el tubo colector





tenga dos filtros, se vulnera el principio de libre concurrencia, por lo que procede la revocación de la resolución impugnada y que, en consecuencia, se confirme la resolución del Servicio Madrileño de Salud de 12 de junio de 2015 por la que se adjudicaba el contrato a Sysmex.

-La interpretación realizada por el TACPCM del PPT supone la inclusión de una prescripción técnica de obligado cumplimiento que conculca los principios de concurrencia e igualdad de condiciones: nulidad del PPT.

A este respecto argumenta la actora, en síntesis, que si la Sala entiende que el TACP se debía ceñir a aplicar el PPT conforme a la redacción literal, sin posibilidad de interpretación pro concurrencia conforme a la normativa nacional y comunitaria, resulta que el PPT conculca los principios de concurrencia e igualdad en cuanto que, de hecho, predeterminan la adjudicación al tubo colector comercializado por Biogén, lo que supone una ocultación de una contratación directa en clara conculcación de los principios de la contratación pública.

-Subsidiariamente, para el caso de entender la Sala que la interpretación del PPT es la literal realizada en la Resolución impugnada, declare la nulidad del PPT por vulnerar los principios de concurrencia e igualdad, debiendo redactarse unos nuevos ajustados a derecho.

**CUARTO.-** Ahora bien, como ya se reseña en los antecedentes de hecho de esta Sentencia, señalada fecha para votación y fallo del presente recurso, por esta Sección se advirtió la posible existencia de un motivo para fundar el recurso no consignado en la demanda, cual es la firmeza de la Resolución 72/2015, de 13 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y, por lo tanto, la no impugnación por Biogen Diagnóstica, S.L. ni por las demás licitadoras, del pronunciamiento de admisión de la oferta presentada por la aquí recurrente que se contiene en la parte dispositiva de tal Resolución.

Así las cosas, dado el estado de las actuaciones, y para una adecuada resolución del litigio, se acordó dejar sin efecto el señalamiento verificado y conceder traslado de la demanda a la Comunidad de Madrid a fin de que la pudiese contestar en el plazo de veinte días y formular cuantas alegaciones y medios de prueba entendiese procedentes. Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 33.2 LJCA, y con advertencia de que no se prejuzga el fallo definitivo, se sometió la cuestión del motivo para fundar el recurso no consignado en la demanda a la entidad recurrente y a la Comunidad de Madrid, concediéndoles un plazo común de diez días para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas.

La Comunidad de Madrid, evacuando ambos traslados, presentó escrito de contestación a la demanda en el que solicita que se desestime íntegramente el recurso interpuesto.

Dicha Administración, tras reflejar el contenido de la cláusula 2.1 del PPT, viene a aducir que en relación con la recurrente el informe de reevaluación de 13 de marzo señala: " *Consideramos: que, tal y como se especifica para cada empresa licitadora en el análisis del Criterio A del informe técnico sobre criterios de adjudicación y cuya cuantificación depende de un juicio de valor, tras nuevo análisis detallado únicamente el dispositivo de la compañía Biogen dispone de una cámara de aislamiento de muestra que evita, una pérdida accidental del contenido del Buffer en su manipulación. Queremos hacer constar que si bien en el anterior informe se puntuó esta característica, reevaluado el análisis inicial, consideramos constituye un criterio técnico excluyente a exigir a los dispositivos; motivo por el cual no serían evaluables aquellas empresas cuyo dispositivo no cumplan con este requerimiento (Menarini, Sysmex y Leti)*".

Como consecuencia de lo anterior -continúa- el 13 de abril se dicta Resolución de adjudicación donde consta, entre otras, la exclusión de la recurrente y, formulado por Sysmex interpuso recurso especial en materia de contratación, el TACP dicta resolución 72/2015, de 13 de mayo, por el que estima parcialmente el recurso en el sentido de que: *Queda, por tanto, acreditado, que el dispositivo de SYSMEX está diseñado para evitar cualquier pérdida accidental de buffer durante la utilización por el usuario, que el líquido está en un espacio protegido que no se puede extravasar como consecuencia de un accidente previsible y que, en consecuencia, cumple las exigencias mínimas del PPT por lo que su oferta no debió haber sido excluida.*

En ejecución de la anterior Resolución, el 12/06/2015 se produce nueva adjudicación a favor de Sysmex, contra la que Biogén interpone recurso alegando que no ha acreditado la solvencia exigida en el Pliego por el que se ha regido la convocatoria y que el producto ofertado no cumple las condiciones técnicas establecidas en el PPT, por lo que debe ser excluida y anulada la adjudicación formulada a su favor; recurso que resulta totalmente estimado por la Resolución objeto del presente procedimiento.

Respecto de la primera alegación, que queda subordinada a la inexistencia de causa de exclusión, destaca que el TACP resuelve que:

*"Los certificados aportados en relación a las anualidades 2013 y 2014 no se ajustaban formalmente a lo requerido en cuanto a concreción del objeto suministrado y, en su caso, puesta a disposición de los medios externos, independientemente de que su cómputo no sea por ejercicio, pudo haberse solicitado aclaración como*

hemos señalado respecto del ejercicio 2012, en este caso sobre si lo certificado como "dispositivos necesarios para la recolección y determinación..." se corresponde con los "dispositivos de test" a que se refiere la cláusula 1.5 del PCAP, pues parece que incluyen además de los tubos, reactivos y otros componentes que no formarían parte del requisito tal como se ha definido en dicho PCAP.

De esta manera, de no concurrir otro motivo de exclusión, debería concretarse si los certificados aportados completan en su importe global de los tres ejercicios y de forma separada la actividad de suministro de dispositivos de test."

Respecto de la segunda alegación, relativa al incumplimiento por Sysmex de los requisitos técnicos previstos en el PPT, el TCAP señaló que:

" El recurso no se refiere a una cuestión que ha sido resuelta expresamente por ese Tribunal que, como hemos visto, ya ha afirmado que no procede excluir a Sysmex de la licitación por el incumplimiento del PPT que le fue notificado y respecto del cual sí se produce el efecto de cosa juzgada, pero no se ha pronunciado sobre los concretos incumplimientos de la oferta de Sysmex ahora alegados por la licitadora clasificada en segundo lugar. Habiéndose producido un nuevo acto de adjudicación y habiendo sido desplazada Biogén de posición de adjudicataria, ésta adquiere legitimación para formular recurso contra la nueva adjudicación recaída, fundado en cualquier infracción del procedimiento que estime necesario alegar. Biogén, cuando se interpuso el recurso 62/2015, como hemos argumentado, estaba en la situación de adjudicataria y en esa posición carecía de legitimación para recurrir contra los clasificados en posterioridad en el orden de clasificación. Al ser Biogén la adjudicataria del contrato cuando se interpuso el recurso 62/2015, la legitimación de la misma consistía en defender la legalidad de su adjudicación y mantener la exclusión de Sysmex que se había acordado por el órgano de contratación. Y no la tenía respecto de la invocación de los posibles incumplimientos por parte de otras licitadoras pues no era condición necesaria para mantener su posición de adjudicatario y porque la situación de exclusión en que se encontraban les impedía obtener la condición de ser adjudicatarios. El trámite de alegaciones no supone una especie de reconvención ni permite la interposición de un nuevo recurso con motivos que no fueron conocidos por el órgano de contratación ni por el recurrente. Biogén únicamente alegó respecto del incumplimiento de las prescripciones técnicas de los tubos ofertados que fue puesto de manifiesto en el recurso Sysmex, manteniendo su adecuación, pero carecía de legitimación para poner de manifiesto incumplimientos en las ofertas de empresas excluidas o que no habían obtenido la posición de adjudicatarias. De ahí no se puede concluir que consintió que el único motivo para excluir a Sysmex era el entonces recurrido. En consecuencia, los incumplimientos ahora puestos de manifiestos no fueron analizados y no se ha producido el efecto de cosa juzgada.

Procede pues analizar los concretos incumplimientos de las condiciones técnicas hechos valer en el recurso.

(...)

Recordemos que el requisito técnico cuyo cumplimiento se cuestiona es "Estos dispositivos incluirán un sistema de filtros que eliminen, por una parte el exceso de muestra y por otra que garanticen la separación de los restos sólidos de la muestra precisa para la determinación. El dispositivo garantizará que se estandariza, de forma constante, la cantidad y concentración de muestra que se utilizará para el análisis". Previamente el propio PPT ha definido el dispositivo como "el dispositivo para el test (tubos colectores) estarán preparados...". El objeto del contrato como también hemos dicho anteriormente comprende tanto el suministro de dispositivos (tubos) para la recogida de la muestra como los analizadores necesarios para realizar la determinación y su mantenimiento.

Por lo tanto, lo que debe comprobarse es si el dispositivo de Sysmex cumple con el objetivo de eliminar el exceso de muestra y garantizar la separación de restos sólidos.

(...)

Tal como expone Sysmex lo que oferta es una "solución" con un tubo (que la misma oferta denomina "dispositivo" de recogida SENTIFIT tube (Pierce Tube)) con un filtro que separa el exceso de muestra y no contiene separación de restos sólidos; y por otra parte un "sistema" de determinación analítica (autoanalizador SENTIFIT 270) cuya aguja-pipeta sí contiene un sensor antigrumos que pudiera cumplir la condición de filtro exigida tal como sostiene Sysmex. Por ello esta solución SENTIFIT compuesta de un dispositivo de recogida de muestras y un sistema de determinación no cumple el requisito de que el filtro sea interno al "dispositivo". No se pronuncia el Tribunal, ni tiene conocimientos técnicos para concluir si con esta solución de incluir el filtro en el "sistema" se consigue la misma finalidad que se obtiene cuando el filtro está instalado en el propio tubo, es decir, se garantiza la cantidad y concentración de la muestra que se utilizará para el análisis o se mantiene la relación constante masa fecal/buffer, solo constata que aunque el sistema pudiera cumplir el requisito el pliego no lo exige respecto de este sino respecto del dispositivo y esto no queda acreditado, por lo que debe estimar el recurso, procediendo la exclusión de la oferta de Sysmex."



Expuesto lo anterior, y en cuanto a la posible existencia de un motivo adicional de impugnación basado en la firmeza de la Resolución 72/2015, de 13 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, puesto de manifiesto en la providencia de 26/10/2016, señala la Comunidad de Madrid que no puede apreciarse la firmeza de la anterior resolución 72/2015 pues en los distintos recursos fueron objeto de enjuiciamiento diversas cuestiones.

Por lo tanto -dice- los planteamientos que adquirieron firmeza por la no impugnación de la Resolución 72/2015 en nada condicionan la resolución del presente procedimiento pues en el mismo se abordan cuestiones no planteadas en aquél recurso especial, sin olvidar que la Resolución impugnada contiene dos motivos de estimación, al apreciar la falta de acreditación de la solvencia junto con el incumplimiento de los requisitos técnicos de la oferta.

En este sentido -continúa- el art. 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011 prevé la posibilidad de interponer recurso especial contra los acuerdos de adjudicación, siendo recurribles aunque en el proceso de licitación se hubieran acordado distintas adjudicaciones como consecuencia de la retroacción de actuaciones, lo que -dice- ha ocurrido en este caso, añadiendo el artículo 42 que la legitimación deriva del perjuicio sufrido por las decisiones objeto de recurso, lo que evidencia que en el anterior recurso interpuesto por Sysmex, en el que Biogen partía de la condición de adjudicataria, esta última carecía de legitimación, como sostiene el TACP, para introducir argumentos de exclusión de la oferta presentada por los licitadores clasificados tras ella, limitándose su postura a mantener la regularidad de su propia adjudicación, lo que se confirma en los art. 44 y 46 del citado Real Decreto Legislativo 3/2011 que limitan el ámbito del recurso al motivo alegado por la recurrente -Sysmex-.

Y finaliza diciendo que el TACP se encuentra obligado a resolver en congruencia con la petición formulada por la recurrente ex. art. 47.2 del TRLCSP, por lo que las cuestiones planteadas por Sysmex, únicas que habían fundamentado la exclusión en aquel momento, determinaron el ámbito de la Resolución, sin que las mismas puedan condicionar el derecho de defensa de Biogen que ante un nuevo acto de adjudicación pone de manifiesto las infracciones en que éste incurre, las cuales no fueron abordadas en ningún momento anterior, en que desde la posición del anterior adjudicatario no pudieron hacerse valer.

En cuanto al fondo del asunto, da por reproducidas los argumentos de la Resolución recurrida, añadiendo, por una parte, que no puede atenderse a lo manifestado de contrario respecto a los defectos de las prescripciones técnicas en la medida en que fueron consentidas por los licitadores, que no formularon recurso o reparo alguno y, por otra parte, que la recurrente no acredita que el tubo de suministro cumpla por sí la finalidad perseguida. Y finalmente recuerda lo apreciado por la Resolución recurrida respecto de la solvencia técnica, lo que determinaría, en caso de aceptarse la admisión a licitación de la recurrente, la necesidad de acreditar los requisitos de solvencia reflejados en el pliego y respecto de lo que ninguna alegación se efectúa en la demanda.

Por su parte la entidad actora, en el traslado conferido, alega sustancialmente, y entre otros extremos, que el TACP, con toda la documentación en su poder, decidió que la oferta de la recurrente debía ser admitida a la licitación por no incumplir la prescripción técnica que el órgano de contratación había utilizado como motivo de exclusión y que con la inclusión de esa oferta se debía proceder ya sin más a adjudicar el contrato a la mejor oferta valorada, supeditando la adjudicación únicamente a que el licitador que hubiera presentado esa oferta cumpliera con lo previsto en el art. 151.2 del TRLCSP. Y el órgano de contratación, en estricta ejecución de tal resolución, adjudicó el contrato a Sysmex.

Añade que Biogen no recurrió en vía contencioso-administrativa la admisibilidad de la oferta declarada en la Resolución 72/2015, consintiendo así el pronunciamiento de tal resolución y dotándola de firmeza.

Asimismo insiste en que Biogen conocía perfectamente el producto ofertado por Sysmex desde el primer momento pues, de otra forma, no podía haber puesto de manifiesto los supuestos incumplimientos del PPT ante la Mesa de Contratación, y es claro que sabía que el órgano de contratación no consideraba como incumplimiento lo ahora alegado y que, de estimarse el recurso, no existía para dicho órgano ningún motivo más para excluir a Sysmex (el informe técnico de reevaluación sólo contemplaba una causa de exclusión achacable a la oferta de la recurrente). Y teniendo conocimiento de todo lo anterior nada dijo Biogen en el escrito de alegaciones al recurso 62/2015, consintiendo, por tanto, que el único motivo para excluir a Sysmex era el que fue resuelto en la Resolución 72/15 que posteriormente no recurrió en vía contenciosa.

Alega igualmente que Biogén eludió el plazo procesal correspondiente pues, si no estaba de acuerdo con la admisibilidad de la oferta de Sysmex (además de haberlo alegado ante el TACP cuando Sysmex recurrió su exclusión, lo que no hizo), debía haber actuado contra la Resolución 72/2015 del TACP que acordaba la admisión de la oferta de la recurrente a licitación.



Por lo tanto, concluye que procede la estimación de la demanda en tanto que la decisión de admitir la oferta de Sysmex a la licitación acordada en resolución 72/2015 devino firme al no ser recurrida en vía contencioso-administrativa por Biogén y, por tanto, produjo los efectos de cosa juzgada y, en consecuencia, procede anular la resolución aquí impugnada que indebidamente admitió y resolvió un recurso especial sobre una cuestión resuelta por previa resolución firme.

**QUINTO.-** En el presente caso el recurso ha de ser estimado por el motivo que se puso de manifiesto en la providencia de fecha 26 de octubre de 2016, esto es, la firmeza de la Resolución 72/2015, de 13 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y, por lo tanto, la no impugnación por Biogen Diagnóstica, S.L., ni por las demás licitadoras, del pronunciamiento de admisión de la oferta presentada por la aquí recurrente que se contiene en la parte dispositiva de tal Resolución.

Así, alega sustancialmente la Comunidad de Madrid que no puede apreciarse la existencia de firmeza de la anterior Resolución 72/2015 pues en los distintos recursos fueron objeto de enjuiciamiento diversas cuestiones, remitiéndose, entre otros extremos, a los pronunciamientos del TACP en la Resolución aquí impugnada respecto a que el recurso no se refiere a una cuestión que haya sido resuelta expresamente por ese Tribunal " *que, como hemos visto, ya ha afirmado que no procede excluir a Sysmex de la licitación por el incumplimiento del PPT que le fue notificado y respecto del cual sí se produce el efecto de cosa juzgada, pero no se ha pronunciado sobre los concretos incumplimientos de la oferta de Sysmex ahora alegados por la licitadora clasificada en segundo lugar...* "

Así, si bien es cierto que no procede hablar estrictamente de la concurrencia de cosa juzgada en cuanto la Resolución 72/2015 se pronuncia únicamente en cuanto al requisito relativo al material del dispositivo - *El dispositivo será de material plástico duro, transparente, de fácil manejo, con un tapón que no induzca a error en su manipulación por parte del usuario, de fácil apertura y cierre seguro, y el buffer que contiene estará protegido en un espacio que no se pueda extravasar accidentalmente durante la manipulación del test por parte del usuario o el profesional. La muestra no precisará ninguna manipulación durante su procesamiento y análisis, pues una vez colocado el dispositivo en el autoanalizador el proceso tendrá que estar automatizado* -, sin embargo no se puede desconocer que en la anterior Resolución el TACP dispuso ya admitir la oferta de Sysmex y pasar a la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Esto es, contiene expresamente un pronunciamiento de admisión de la oferta de la aquí recurrente y acuerda retrotraer las actuaciones a fin, exclusivamente, de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, previo cumplimiento, únicamente, de lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP, conforme al cual:

*"El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.*

*Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.*

*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas."*

Y asimismo indica que: *"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"*.

Así las cosas, a la vista de los pronunciamientos del TACP, si Biogen entendía que no debía admitirse la oferta de Sysmex, bien por el motivo rechazado por tal Resolución 72/2015, o por cualquier otro motivo, debió recurrir la misma en vía contencioso-administrativa; vía en la que, conforme al artículo 56 de la LJCA, en su escrito de demanda, y en justificación de su pretensión, podía hacer valer cuantos motivos entendiera procedentes, hubiesen sido o no planteados ante la Administración.



Ahora bien, lo que no resulta factible es que el TACP disponga la admisión de la oferta de Sismex y la retroacción de actuaciones a fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa y, firme tal pronunciamiento, y tras la nueva adjudicación en ejecución de dicho Acuerdo firme, pretenda la licitadora Biogén reabrir el debate sobre la admisibilidad de la oferta de SYSMEX, cuando tal admisión ya se dispuso precisamente en aquella Resolución contra la que no presentó recurso jurisdiccional alguno.

Téngase en cuenta que la mentada Resolución 72/2015 no dispuso retrotraer las actuaciones a la fase de valoración de los criterios de selección o de valoración de las ofertas técnicas por si pudiese concurrir alguna otra causa de rechazo o exclusión, sino que formuló un pronunciamiento de admisión de la oferta de Sysmex, lo que, por otra parte, resulta coherente con las actuaciones que le preceden pues, como resulta de los hechos consignados en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia, el 25 de febrero de 2015 la Mesa de Contratación acordó considerar acreditada la solvencia técnica de todas las empresas para poder continuar el proceso de licitación. Así, consta en la correspondiente acta que al inicio de la sesión pública, se expuso brevemente a los licitadores asistentes -entre los que se encontraba el representante de Biogén- los criterios de la Mesa respecto a la acreditación de la solvencia técnica y el acuerdo unánime de admitir a todos los licitadores presentados.

Asimismo el 11 de marzo de 2015 se levanta el Acta de apertura de ofertas técnicas cuya valoración se realiza por aplicación de fórmulas y de las ofertas económicas, a la que adjunta el informe de valoración técnica de los criterios evaluables según juicio de valor realizado por el Coordinador del Programa de Cribado de Cáncer de Colon de la Gerencia de Atención Primaria, con 15 puntos para Biogén, 4 puntos para Sysmex y Menarini y 1 punto para Leti.

Esto es, no se aprecia motivo de rechazo o exclusión de ninguna de las ofertas, siendo precisamente como consecuencia de las alegaciones formuladas por Biogén por las que se emite informe de reevaluación en el que no se excluyó a Sysmex por el primero de los condicionantes que examina tal informe, sino por el segundo, lo que determinó precisamente que se le excluyese por este último, y no por cualquier otro, siendo así que en tal contexto se dicta la Resolución 72/2015.

En este sentido, como también destaca la recurrente en el traslado conferido por providencia de 26 de febrero de 2016, se pone de manifiesto que Biogen conocía que ya se había admitido por unanimidad la solvencia técnica de todas las licitadoras, así como que únicamente se imputaba a Sysmex el incumplimiento de la prescripción técnica referente a al material del dispositivo anteriormente reseñado.

Por lo tanto, Biogen conocía tales circunstancias cuando dejó firme el pronunciamiento de admisión de la oferta de Sysmex y de retroacción de las actuaciones exclusivamente al momento de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Esto es, consintió la Resolución 72/2015 aunque conocía que se había admitido la solvencia de todas las licitadoras y que lo establecido en aquella resolución, puesto en relación con las actuaciones precedentes del órgano de contratación, determinaba, en definitiva, la admisión del cumplimiento por Sismex de las condiciones técnicas mínimas.

En consecuencia, no se trata de que en los distintos recursos fueran objeto de enjuiciamiento distintas cuestiones, sino de que la Resolución 72/2015 contiene un determinado pronunciamiento que, al no ser recurrido por ninguna de las partes, adquirió firmeza y, por lo tanto, a él debe atenerse la posterior actuación del órgano de contratación, al igual que la de las partes que lo consintieron, y tal pronunciamiento no es sino el de admisión de la oferta pasando ya, como expresa y específicamente se dispone, a la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Señala la Comunidad de Madrid que el art. 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011 prevé la posibilidad de interponer recurso especial contra los acuerdos de adjudicación, siendo recurribles aunque en el proceso de licitación se hubieran acordado distintas adjudicaciones como consecuencia de la retroacción de actuaciones, lo que señala que ha ocurrido en este caso, añadiendo el artículo 42 que la legitimación deriva del perjuicio sufrido por las decisiones objeto de recurso.

A este respecto se ha de señalar que no cabe duda de que los sucesivos actos de adjudicación pueden ser objeto de los correspondientes recursos, pero en este caso la Resolución 72/2015 ya evidenciaba el claro perjuicio que sus pronunciamientos podían suponer para Biogen. Esto es, que los sucesivos actos de adjudicación puedan ser objeto de recurso no quiere decir que no haya que respetar los pronunciamientos de las resoluciones anteriores en cuanto queden firmes, sin olvidar que en el presente caso la mentada Resolución 72/2015 resultaba claramente perjudicial para Biogén en la medida en que anulaba la adjudicación a su favor, además de acordar la admisión de la oferta de Sysmex y la retroacción ya señalada.

En definitiva, al no recurrirse por Biogen Diagnóstica, S.L. ni por las demás licitadoras, los pronunciamientos de la Resolución 72/2015, no se puede sino concluir que la misma adquirió firmeza, debiéndose circunscribir la



actuación del órgano de contratación, en ejecución de tal Resolución, y establecida por la misma la admisión de la oferta de Sysmex, a la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, previo cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 del art. 151 del TRLCS.

Por lo tanto, y en la medida en que así actuó el órgano de contratación en la Resolución de 12 de junio de 2015, no se puede sino concluir que procede estimar el recurso interpuesto, revocando la Resolución impugnada al resultar improcedente la exclusión de Sysmex que se acoge en la misma, con las consecuencias que se reflejan en su parte dispositiva.

Téngase en cuenta que si bien la Comunidad de Madrid insiste en que, en caso de aceptarse la admisión a licitación de la recurrente, quedaría la necesidad de acreditar los requisitos de solvencia reflejados en el pliego y respecto de lo que ninguna alegación se efectúa en la demanda, sin embargo, y como ya se ha expuesto, la firmeza de la Resolución 72/2015 impedía un nuevo debate sobre causas de rechazo o exclusión de la licitadora Sysmex que Biogén no hizo valer en vía jurisdiccional frente a la admisión de la oferta de tal entidad y el mandato de retroacción de las actuaciones, no a la fase de valoración de los criterios de selección o de valoración de las ofertas técnicas por si pudiese concurrir alguna otra causa de rechazo o exclusión, sino al de adjudicación ya del suministro a la oferta económicamente más ventajosa.

Procede, por consiguiente, la estimación del recurso interpuesto.

**SEXTO.-** Vistas las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y, en particular, la actuación procesal de la Comunidad de Madrid, limitada a su intervención tras el dictado de la providencia de fecha 26 de octubre de 2016, ha de estimarse que no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia ( artículo 139 LJCA ).

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

## FALLAMOS

Que estimamos el presente recurso contencioso-administrativo nº 775/2015 interpuesto por el Procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de la entidad Sysmex España, S.L., contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 22 de julio de 2015, que en consecuencia se anula y deja sin efecto, sin efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608- 0000-85-0775-15 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0775-15 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado ponente en el día de la fecha, mientras se celebraba audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.