

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

En Madrid, a 25 de febrero de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por don I.C.G., en representación de VACUETTE ESPAÑA, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir la convocatoria del contrato de “Suministro del material fungible y equipamiento necesarios para el funcionamiento de la fase pre-analítica de los laboratorios del Hospital Clínico San Carlos”, Expte. nº PA 2014-0-079, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Resolución de 13 de enero de 2015, de la Dirección-Gerencia del Hospital Clínico San Carlos, se convocó procedimiento abierto para la adjudicación, mediante el criterio único precio, del contrato de suministro mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 28 de enero de 2015. El envío al DOUE tuvo lugar el 30 de diciembre de 2014. El valor estimado asciende a 3.968.701,26 euros.

El objeto del suministro es el material fungible y el equipamiento necesarios para el funcionamiento de la fase pre analítica de los laboratorios del Hospital.

Según explica el Pliego Prescripciones Técnicas (PPT) la fase pre analítica comprende la recogida, transporte y manipulación de las muestras obtenidas de los pacientes hasta que están preparadas para su introducción en los analizadores y/o técnicas manuales que conforman la fase analítica. Se incluyen en el PPT las etiquetas, el material de extracción, los tubos de vacío utilizados para el almacenamiento de las muestras de sangre, de orina o líquidos biológicos (recoge las características generales de los tubos en cuanto a tapón de seguridad, materiales, colores, capacidades, dimensiones, etc.), contenedores para recogida de muestras y transporte, material auxiliar de extracciones, material utilizado para la separación de alícuotas y almacenamiento de muestras y material para la recogida y transporte de muestras de anatomía patológica.

**Segundo.-** El 12 de febrero de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Vacuette España, SA, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y PPT que han de regir la convocatoria del contrato, en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas y por ende de la convocatoria y pliegos impugnados

El recurso alega vulneración del principio de concurrencia por injustificada agrupación de objetos en un único lote y establecimiento de prescripciones técnicas excluyentes carentes de justificación y contrarias al marco legal vigente.

El 19 de febrero el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), acompañado de un informe técnico justificativo de la elaboración del PPT.

**Tercero.-** Con fecha 18 de febrero de 2015, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación a partir de la finalización del plazo de presentación de

proposiciones, hasta que se dicte Resolución resolviendo el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el BOCM de 28 de enero de 2015, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los interesados desde su publicación en el perfil de contratante que tuvo lugar el mismo día e interpuesto el recurso, ante este Tribunal, el 12 de febrero de 2015, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se funda, en primer lugar, en la vulneración del principio de concurrencia por injustificada agrupación de objetos en un único lote.

Según el PPT el objeto del contrato consiste en el suministro del material fungible y equipamiento necesario para el correcto funcionamiento de la fase pre

analítica de los laboratorios del Hospital Clínico San Carlos. La fase pre analítica comprende la recogida, transporte y manipulación de las muestras obtenidas de los pacientes hasta que están preparadas para su introducción en los analizadores y/o técnicas manuales que conforman la fase analítica.

En cuanto al material fungible se establece un solo lote que agrupa material como etiquetas de las muestras, material de extracción (palomillas, tubos, jeringa para gasometría, torniquete/compresor), tubos pediátricos, material auxiliar de extracciones, material utilizado para separación de alícuotas y almacenamiento de muestras (pipetas, tubos, tapones) y material para la recogida y transporte de muestras de anatomía patológica.

El adjudicatario está obligado a dotar al laboratorio con el siguiente equipamiento, en régimen de cesión, y ocuparse del mantenimiento y/o reposición durante el tiempo de duración del contrato: clasificadores de tubos, centrífugas de diversos tipos, destaponadores, máquinas de producción de hielo, congeladores verticales, sistemas de control de temperatura y carros de muestras.

De esta manera una empresa solo podrá licitar si es capaz de ofertar el suministro de todos los fungibles incluidos en el PPT precisos para la realización de las actividades propias de la fase pre analítica y además debe ceder el equipamiento mencionado.

Según el informe del órgano de contratación la práctica habitual de los proveedores de los reactivos de laboratorios clínicos, en caso de carecer de alguna de las referencias requeridas en el PPT es buscar la forma de completar su cartera con el fin de poder licitar a la totalidad de las referencias requeridas en un lote (como sucede en este caso). El informe técnico justificativo de la elaboración del PCAP señala que *“el concurso se decide como lote único para favorecer la financiación de los equipos, entendiendo que con esta decisión no se impide la licitación por parte de ningún proveedor, ya que existen distintos mecanismos para ejercerla y por el contrario se consiguen objetivos de una mejor calidad y servicio hacia los pacientes*

*como ha sido hasta ahora*". También en otros apartados se justifica, por ejemplo la inclusión de jeringas de gasometría en el mismo lote porque ayuda a financiar los equipos de pre analítica y el laboratorio obtiene unas condiciones de servicio mejores. El correcto funcionamiento de la fase pre analítica implica la integración de la informática del laboratorio, el material utilizado para la recogida de las muestras y el equipamiento imprescindible para su procesamiento. Para conseguir este objetivo y poder financiar los equipos se decidió sacar a concurso toda la pre analítica en un lote único. Este enfoque no excluye a nadie, porque puede abordarse como proveedor único o a través de la formación de UTEs (Unión Temporal de Empresas). Las ventajas que presenta es que el proveedor único o el líder de la UTE se hacen cargo de la instalación y mantenimiento de los equipos solicitados, durante el tiempo que dura el contrato. En el primer caso, el proveedor único corre con todos los gastos. En el segundo caso, el líder de la UTE distribuye los gastos entre los componentes de la misma de acuerdo con sus niveles de facturación en el concurso, Todo esto garantiza que el Laboratorio no tendrá problemas con los equipos el tiempo que dure el contrato (como ha sido hasta ahora) al tener un único interlocutor, y el Hospital no tendrá que hacer frente a gastos imprevistos en los tiempos que corremos, ni hacer esperar al laboratorio largos periodos de tiempo a la espera de que se resuelvan las peticiones como ha sucedido en el pasado.

El artículo 86 del TRLCSP establece que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

El principio general de la contratación pública es la unidad y no fraccionamiento del objeto contrato con las excepciones que el citado artículo 86 y el 109.2 del TRLCSP recogen para la licitación por lotes. Por otra parte, el principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación individual de los objetos más reducidos, a fin de facilitar el acceso a los contratos a la pequeña y mediana empresa, intensificando la competencia. La

colisión de ambos principios ha de resolverse a la luz de la propia normativa de contratación, es decir determinando si el objeto del contrato es fraccionable por ser sus partes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituir una unidad funcional o porque lo exija la naturaleza del contrato. Por tanto, en principio, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en uno o en varios lotes.

Por otra parte, el artículo 25.2 del TRLCSP relativo a los contratos mixtos, establece la posibilidad de fusión en su solo contrato de prestaciones pertenecientes a distintos contratos tipo, *“cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.”* Debe considerarse que si es posible fusionar en un solo contrato prestaciones pertenecientes a distintos tipos contractuales, con mayor motivo cabe dicha unificación de prestaciones cuando las mismas obedecen o responden a un mismo tipo contractual, como en el presente caso, de un contrato de suministro. Ahora bien, aun tratándose de un mismo tipo contractual, la acumulación de prestaciones en un mismo contrato, debe guardar la necesaria racionalidad, de manera que es necesario que exista vinculación entre las prestaciones a acumular y que sean complementarias.

Como señala la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus considerandos 78 y 79 la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir

grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador. Ciertamente, tal como alega el órgano de contratación, la Directiva no ha sido transpuesta al ordenamiento nacional, pero cabe recordar que está vigente y en cuanto recoge la jurisprudencia de la Unión Europea en materia de contratación y ha de inspirar la futura legislación puede ser utilizada como criterio interpretativo. Así se reconoce en la Nota interpretativa 2/2014, de la Secretaría General Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña que afirma que si bien se encuentra en periodo de transposición por parte de los Estados miembros, las posibilidades que recoge, relativas a la división en lotes del objeto de los contratos, así como la opción de limitar el número de lotes a que las empresas pueden presentar ofertas y el número de lotes de los que pueden resultar adjudicatarias, ya son operativos en la actualidad, en tanto no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contratación pública, tanto comunitario como interno. De hecho, hay que entender que las previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/UE no hacen sino confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones al respecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para *“animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”* con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública.

Tal como se indica en la “Guía sobre Contratación Pública y Competencia” de la Comisión Nacional de la Competencia, los pliegos son los documentos que determinan el acceso a la concurrencia por parte de los potenciales licitadores, así como las principales variables en las que dichos licitadores van a competir. Ello determina que se debería acometer la preceptiva fragmentación del contrato en lotes, de forma que se satisfagan así los principios rectores de los procedimientos de

contratación pública, entre los que cabe destacar la habilitación del acceso a contratos del sector público al mayor número posible de competidores.

El principio de concurrencia, invocado por la recurrente, tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación mediante división del objeto en lotes, intensificando la competencia. Sin embargo, si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo suponga una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento.

El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote debe ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

No se ha justificado que la agrupación en un solo lote con un único adjudicatario vaya a suponer beneficio al interés general. Si se obliga a que solo puedan participar en la licitación las empresas que oferten a la totalidad de los diversos productos que componen el suministro, se corre el riesgo de excluir empresas especializadas que podían haber formulado ofertas muy ventajosas a la parte o lote correspondiente a su especialidad.

En el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas, integrar todo el proceso pre analítico incluyendo en el objeto del suministro el fungible y el equipamiento necesario. Sin embargo, no es esta una razón o motivación suficiente, pues de un lado se acumulan productos que aunque tienen como finalidad atender las necesidades del proceso pre analítico son de carácter diverso y por otro lado se impone a los suministradores de fungibles la entrega o “cesión” de un equipamiento que nada tiene que ver con su producción, sino que pueden ser suministrados por otros productores en libre competencia y sin necesidad de intermediarios.

La heterogeneidad de los productos solicitados, y su agrupación con otras actuaciones de naturaleza claramente distinta como son el almacenamiento o transporte, imposibilitan la participación de empresas especializadas en algunos de los productos objeto de compra, lo que deviene en una vulneración del principio de concurrencia que debe presidir todo procedimiento de selección de contratistas en el sector público. El hecho de que el objeto del contrato sea la “fase pre-analítica” no debe implicar que toda esta fase se vea obligatoriamente reducida a un solo lote, ya que en la misma se comprenden desde las labores propias de recogida de muestra a la labor de transporte o almacenamiento de las mismas.

El órgano de contratación no justifica que la adquisición del material fungible objeto del contrato deba llevar aparejado necesariamente un equipamiento concreto o instalación determinada que no pueda contratarse por separado, ni la relación o conexión que pueda existir entre el equipamiento y suministro de fungibles que haga necesaria su contratación conjunta o como prestación accesoria la una respecto de la otra. No se acredita que el almacenamiento o transporte de las de muestras solo se pueda realizar con los equipos de cada suministrador de fungibles lo que implicaría la contratación conjunta de ambas prestaciones. La justificación no puede ser la financiación de uno con cargo a los otros, pues eso no explica ni la vinculación ni la imposibilidad de contratación separada que pudiera permitir mayor competencia en ambas prestaciones.

Se solicita por el recurrente la anulación de los pliegos por la indebida agrupación del objeto del contrato en un solo lote. En el objeto del contrato, como hemos dicho se incluye el equipamiento y el fungible de la fase pre analítica y se considera que no se puede agrupar el material fungible con el transporte y custodia de las muestras. Las pretensiones del Hospital respecto de la cesión gratuita de equipamiento se fundan en la necesidad de su financiamiento con cargo a los fungibles. Se trata de prestaciones que aún estando vinculadas al objeto del contrato deberían estar previstas con su correspondiente presupuesto, pues en realidad se trata de contrataciones indirectas que contribuyen a distorsionar las imputaciones presupuestarias, y por ello la norma de contratación pública basada en principios de transparencia, no puede admitir dichas situaciones.

Además el precio queda incierto. Los contratos públicos son contratos onerosos, es decir la entrega de un suministro tiene como contrapartida un precio. No se puede pretender ni imponer al contratista la realización de prestaciones o entregas gratuitas. La obligación de que el contrato tenga un precio cierto que responda al precio de mercado que se establece en el artículo 87 del TRLCSP invalida la obligación que se impone a los suministradores de fungibles de ceder un equipamiento consistente en centrifugas, congeladores y otro equipamiento necesario para la fase pre analítica del laboratorio. La adquisición o arrendamiento de este material ha de tramitarse como un contrato de suministro o como un lote que cuente con un precio cierto. La imposición de cesión de dicho material se explica porque se financiará con la agrupación de los lotes y correrá a cuenta de los suministradores de los fungibles. Esto supone que el precio tanto del material fungible como del equipamiento queda indeterminado, pues el licitador de los fungibles ha de ofertar un precio unitario y con recargo del mismo debe hacer frente al equipamiento, sin que en el momento de presentar la oferta conozca el importe total de entregas que ha de realizar por lo que ha de incluir al alza la parte alícuota del importe del equipamiento. Esto es contrario a la exigencia de un precio cierto pues dependiendo del número de solicitudes de entrega de fungibles el precio repercutido puede ser mayor o menor sin que se pueda predeterminar el precio que se está pagando en cada entrega por los consumibles o por el equipamiento lo que

llevará al licitador a elevar el precio unitario para asegurarse que no tendrá pérdidas. El precio en este tipo de contratos de suministro, en los que el objeto consiste en la entrega de una pluralidad de objetos, no está determinado de inicio, sino que se va concretando a medida que se ejecuta el contrato, en función de las necesidades a satisfacer, con el límite máximo de la disponibilidad presupuestaria, cuyo importe se ha hecho constar en el PCAP. Sin embargo, el precio del equipamiento se puede establecer en una cuantía determinada desde el inicio.

Por otra parte la obligación de licitación conjunta de los lotes de fungibles y del equipamiento que obligue a contratar en UTE vulnera el principio de libre concurrencia e impide la concurrencia de empresas que pudieran licitar por separado a cada una de las prestaciones.

De acuerdo con la legislación de contratos del sector público cabe resaltar la finalidad de los contratos como instrumento para adquirir las prestaciones necesarias para satisfacer sus necesidades. Así, el artículo 1 del TRLCSP dispone: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, (...) destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”* Lo cual se concreta cuando el artículo 86 del TRLCSP establece que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

Por otro lado el artículo 9 del TRLCSP define los contratos de suministro como aquellos que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

En su apartado 3 relaciona los contratos que en todo caso se considerarán de suministros disponiendo en su letra a): *“Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario*

*sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente (...)*”.

En consecuencia la agrupación de todos los productos objeto de suministro, así como la realización de tareas asociadas a la fase pre analítica, debe considerarse contraria a los principios rectores del procedimiento de contratación y, en consecuencia, debe decretarse la nulidad de los citados pliegos.

Esta anulación deberá acarrear la retroacción de las actuaciones y nueva convocatoria del procedimiento de licitación, que deberá dividirse en los lotes que de forma motivada considere el órgano de contratación, agrupando productos homogéneos y estableciendo el precio de cada una de las entregas objeto del contrato.

**Sexto.-** En segundo lugar el recurso alega establecimiento de prescripciones técnicas excluyentes carentes de justificación y contrarias al marco legal vigente.

Según la recurrente no se prevé la posibilidad de ofertar productos que, presentando características que difieran en parte de las recogidas en el pliego, pudieran cumplir con la funcionalidad objeto del contrato. Al efecto enumera una serie de condiciones técnicas que se consideran contrarias a los principios de concurrencia que rigen la contratación pública. Afirma que no existe justificación ni motivación alguna sobre la que descansen las prescripciones técnicas indicadas, en virtud de las cuales la empresa y previsiblemente muchas otras ven restringido su derecho a competir y presentar oferta al expediente en cuestión. En definitiva, aun siendo una empresa licitadora habitual en expedientes de contratación de objeto idéntico o equivalente al que nos ocupa, quedará excluida de la licitación, sin ni siquiera poder optar a ser valorada conforme a los criterios de valoración.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de*

*su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*". El órgano de contratación puede determinar el tipo de material que desea utilizar y las condiciones técnicas adecuadas. Como límite a la determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP. Así lo reconoce también la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1996, cuando señala que: *"...las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre competencia..."*.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público. El artículo 117.2 del TRLCSP establece que *"Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia"*. Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de la misma que excluya a todas las demás capaces de cumplir igual función.

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, contiene un conjunto de reglas que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad y de libre competencia entre las que figuran las normas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato, regulando en el artículo 24 las especificaciones técnicas. Asimismo la Directiva 2014/24/CE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, en su artículo 60.2, establece que *"las*

*especificaciones técnicas deberán otorgar a los operadores económicos el acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia".* Igualmente este precepto señala las posibles maneras de formular las especificaciones técnicas y prohíbe que se mencionen una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, o hagan referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato, debe hacerse teniendo en cuenta el considerando 29 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios: *"Las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia. A tal efecto, debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para lograrlo, por una parte debe ser posible establecer las especificaciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales y, por otra, en caso de referencia a la norma europea -o, en su defecto, a la nacional- los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en soluciones equivalentes."*

No existe en el TRLCSP un elenco cerrado de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien desde un punto de vista interpretativo pueden considerarse como tales los descritos en el apartado 8 del citado artículo, referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado. Las especificaciones técnicas tampoco pueden implicar la descripción del producto en términos en los que, aun omitiendo la marca, se singularice el producto de tal modo que se impida la concurrencia. Esto sería un fraude de ley.

El apartado 3 del citado artículo 117 establece las formas de definir las prescripciones técnicas, entre las cuales se incluye hacerlo en términos e rendimiento o exigencias funcionales, sin que ello pueda ser un obstáculo a la concurrencia. Por ello deberán ser objetivas y neutras para no favorecer a unos suministradores en perjuicio de otros.

De la regulación expuesta se concluye que las especificaciones técnicas:

- a) Deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, no pudiendo tener el efecto de crear obstáculos injustificados.
- b) Deben permitir la diversidad de soluciones, no pudiendo imponer una concreta solución cuando existan varias en el mercado.
- c) No pueden describir el producto haciendo mención a una marca concreta.
- d) No pueden describir el producto sin mencionar marcas pero singularizándolo y haciéndolo único en el mercado.

Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una característica concreta, que viene determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación o formato que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada, ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

Expuesta la normativa de aplicación y los criterios de interpretación procede examinar si en este caso en la definición de las prescripciones técnicas se produce la restricción a la competencia alegada por la recurrente.

#### 1. Marcas registradas y denominaciones comerciales específicas.

Según la recurrente se utilizan marcas registradas en la descripción de los productos solicitados, tales como:

- *Hemogard*, marca registrada de Becton Dickinson, S.A. que define un tipo concreto de tapón de seguridad.

El PPT, como característica general de los tubos de vacío, indica que deben tener *“tapón de seguridad tipo hemogard que evite la salpicadura de suero, sangre u orina durante la apertura”*.

Se trata de un tapón que minimiza el efecto aerosol, minimizando así el riesgo de contaminación, y a causa de su diseño elimina cualquier contacto con las gotas de sangre, por lo tanto protege al personal.

Según informa el órgano de contratación esta descripción se incluye en el concurso para evitar que haya ofertas con tubos con el denominado “tapón de goma básico”, el que existía al principio u otro tipo de tapón que no se ajuste a nuestros equipos o pueda plantear un problema de seguridad con el personal. Lo curioso del caso es que los tubos de Vacuette y otros fabricantes conocidos cumplen con este criterio. No se ha podido poner otro nombre porque en su web y en la documentación simplemente le llaman tapón mientras que tipo hemogard tiene que cumplir con la definición expresada anteriormente.

La inclusión de marcas comerciales solo debe hacerse de forma excepcional y con carácter restrictivo, cuando esté justificado por razón del objeto del contrato, no sea posible dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales

licitadores y, en todo caso, supeditado a que se incluya la expresión “o equivalente”. Tal como hemos expuesto previamente en este fundamento de derecho la descripción ha de evitar la referencia a marcas debiendo hacerlo por referencia a la funcionalidad que se pretende que, en este caso, claramente queda dicho es minimizar el efecto aerosol evitando los tapones de goma. La descripción del tapón aunque hace referencia a un modelo incluye la expresión “tipo” lo que es sinónimo de equivalente y permite entender que no necesariamente ha de ofrecerse un producto determinado sino un tapón con la misma funcionalidad que el mencionado a modo de ejemplo. Por tanto debe desestimarse el recurso en este punto, si bien, dado que la estimación del recurso implica una nueva redacción de los pliegos, sería recomendable una redacción en términos de funcionalidad exclusivamente.

- *Gel SST II*, define un tipo de gel dispensado en forma de cuña que utiliza Becton Dickinson, S.A.

El PPT exige que algunos de los tubos contengan “*gel separador de suero SST II*”.

Según informa el órgano de contratación SST II son las siglas de Tubo con Separador de Suero. No hay referencia a marcas, patentes o denominación comercial de un fabricante determinado sino que define un tipo de gel dispensado en forma de cuña. No se aprecia, por tanto ninguna ilegalidad.

- *Tubo RST Thrombin*, definición de un tubo fabricado por Becton Dickinson, S.A.

El tubo RST Thrombin es un tubo que contiene Trombina (un factor de coagulación) como aditivo. Las siglas RST quieren decir Tubo de Separación Rápida. Es un tubo que se utiliza en aquellos pacientes con problemas de coagulación o en terapia anticoagulante, en los que el tubo normal de suero no coagula o tardaría demasiado tiempo en hacerlo y podría generar coágulos de fibrina que interfieren en los analizadores.

Tampoco prueba la recurrente, ni aprecia el Tribunal, que la inclusión de un aditivo en los tubos sea limitativa de la concurrencia ni que contenga referencia a marcas o patentes exclusivas de un productor.

- *Sembrador Wasp*, fabricado por la empresa COPAN.

El PPT solicita un Kit de recogida y transporte de orina con sembrador Wasp.

Afirma el órgano de contratación, en su informe, que este sembrador funciona con tubos donde vienen las muestras (orina, heces etc.) similar a los que utilizan en el resto del laboratorio, con códigos de colores y descripciones que entran dentro del marco general de la fase pre analítica y que precisa unos requisitos que cualquier tubo que los cumpla puede entrar en el concurso. Una cosa son los fabricantes de equipos y otra los fabricantes de material, de manera que encontramos muchas situaciones donde para un fabricante de equipos hay varios fabricantes de materiales y reactivos para el mismo, y cada vez más con la entrada progresiva de los proveedores del mercado asiático.

La denominación no se hace por referencia al contenido del sembrador sino que se pide una denominación concreta WASP. La definición debe incluir exclusivamente la funcionalidad que se pretende precisando los requisitos concretos sin referencia a ningún modelo comercial.

- *Diff-Safe*. Marca del dispositivo que Becton Dickinson, S.A. destina al dispositivo para realizar extensiones.

Según el informe técnico elaborado con ocasión del recurso, *Diff-Safe Blood dispenser* es un dispositivo fabricado por Alpha Scientific Corporation, que permite realizar las extensiones de sangre para teñirlas y mirar al microscopio, sin necesidad de abrir el tubo de hematología, lo que dificultaría poder volverlo a introducir en el analizador si fuera necesario, además de evitar riesgos al personal. Becton

Dickinson simplemente es uno de los cuatro distribuidores del dispositivo en Europa, pero son muchos más en el resto del mundo.

Tal como señalamos en el punto anterior el dispositivo se refiera al nombre comercial de un fabricante. Si lo que se pretende es la adquisición de un dispositivo para realizar extensiones de sangre sin abrir el tubo de hematología así ha de figurar en el PPT, eliminado cualquier referencia a casas comerciales que limita la concurrencia de otros productos similares.

## 2. Colores de contenedores y dispositivos.

Según la recurrente coinciden con el catálogo de Becton Dickinson, S.A.:

En el código 16265 el color del soporte de punción (azul).

En el código 286371 el color del tapón (marrón).

En el código 290765 el color del tapón (naranja).

En el código 296346 el color del tapón (blanco naranja).

En el código 286320 el color del tapón (verde claro).

En el código 286347 el color del tapón (verde oliva).

En el código 282077 el color del tapón (beige).

En el código 245533 el color del tapón (beige).

En el código 275180 el color del tapón (verde oscuro).

En el código 17247 el color del tapón (blanco) coincide con el catálogo de Francisco Soria Melguizo, S.A.

Los colores de los sistemas de recogida y transporte de orina para microbiología, microbiológicas y nasofaríngeas tienen definidos unos colores específicos que coinciden con los fabricados por la empresa COPAN, distribuido por Francisco Soria Melguizo, S.A.

Según el informe técnico al recurso la petición de colores determinados trae como causa la necesidad de buscar la unicidad de los tubos y envases, es decir que

no se repitan colores para funciones, muestras o rutas de trabajo diferentes ya que en caso contrario obligaría a replantear toda la fase pre analítica con resultados inciertos. Los problemas planteados reflejan un tema crónico cuya solución llevan solicitando desde hace años los profesionales del laboratorio cual es la falta de estandarización de la fase pre analítica, que conduce a que los fabricantes pongan a su criterio los colores de los tapones (unos coinciden y otros no), así como las medidas y capacidades, lo que a veces plantea serios problemas en laboratorios altamente automatizados y robotizados. Desde la clasificación, destaponamiento y circulación por las cadenas analíticas, todas estas variables juegan un papel que puede obligar a cambiar los mecanismos de transporte en los equipos o la programación de las rutas con el coste consiguiente de tiempo y dinero. Al haber varios tipos de soporte para la extracción, la diferencia en color ayuda a la elección correcta del dispositivo. Se intenta que los envases estén bien identificados con la muestra que van a llevar y que el personal sanitario pueda identificarlos correctamente a través de los colores de los tapones, por lo cual estos no pueden repetirse, y que vienen informados por el sistema informático para que se les asigne la etiqueta adecuada para entrar en el circuito analítico.

Sobre las especificaciones técnicas relativas a la exigencia de colores en los tapones de tubos para muestras analíticas ya se pronunció este Tribunal en su Resolución 145/2013, de 2 de octubre, en un recurso interpuesto también por Vacuette, contra los pliegos de un expediente de contratación de suministro de material de extracción de sangre y contenedores de orina para el Hospital Universitario La Princesa. En dicha Resolución se aceptaba que la exigencia de unos determinados colores no limita la concurrencia cuando se ha determinado justificadamente en el expediente la necesidad de las características de un producto como bien explica el informe del órgano de contratación. También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 208/2012, de 26 de septiembre, señala que los requerimientos técnicos referidos específicamente al color de los tapones de tres tipos de tubos se adecúan a lo dispuesto en el TRLCSP por cuanto el órgano de contratación ha informado sobre la toma de

muestras en los hospitales del área de salud con los colores de los tapones correspondientes a distintos tubos.

Tal como reconoce la recurrente algunos colores coinciden con los fabricados por unos laboratorios y otros colores con los de otros. En todo caso la justificación de la necesidad de separación por colores ofrecida por el Hospital San Carlos es adecuada y nada impide a los fabricantes la producción en los colores solicitados de manera que no se limita la concurrencia. En sus manos está adecuarse a las necesidades que ha de satisfacer el órgano de contratación.

### 3. Volúmenes excluyentes de los contenedores de sangre y orina.

Según la recurrente se describen volúmenes que coinciden con los ofertados por Becton Dickinson, S.A. en los códigos: 290767, 286390, 19014, 18877, 282076, 286346, 286320, 286380, 286347, 282077, 245533, 275180, 16482, 19078 y 18602.

Según el informe del Hospital de nuevo este problema está causado por la falta de estandarización del sector de la pre analítica. Los volúmenes solicitados buscan extraer el mínimo de sangre al paciente, y los volúmenes están programados en el sistema informático para que el personal de Enfermería sepa si tiene suficiente muestra o tiene que sacar algún tubo más. Esto nos indica también si los volúmenes son correctos. Las dimensiones de los tubos son también importantes con respecto a los analizadores y equipos de robótica que los van a procesar y evitar hacer cambios en los mismos.

Procede desestimar el recurso en este punto pues la solicitud del órgano de contratación está razonada en función de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato y en ningún momento se prueba por la recurrente la imposibilidad de licitar conforme a dichos formatos. También tiene declarado el Tribunal que cuando se trata de formatos, capacidades o volúmenes cuya exigencia esté motivadamente justificada, corresponde a los licitadores adecuar su producción a lo solicitado.

#### 4. Productos exclusivos de Becton Dickinson, S.A.

- Palomilla de seguridad por retracción automática 21G.
- Tubo plástico 5 ml (13x100 mm) tapón naranja RST THROMBIN con gel separador.

Según informa el Hospital San Carlos, en ambos casos se trata de productos innovadores que satisfacen necesidades del laboratorio. En el primer caso se aumenta el nivel de seguridad del personal de extracciones, sobre todo cuando hay que extraer sangre a colectivos de algunas patologías infecciosas.

No se prueba por la recurrente dónde está la limitación de la concurrencia. Si se trata de productos innovadores el órgano de contratación está facultado a solicitarlos sin que el hecho de que un reducido número de productores puedan ofrecerlo sea determinante para considerar que se produce limitación de la concurrencia, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación. Cuestión distinta es si sería conveniente su licitación en lote separado a fin de no limitar la concurrencia al resto de productores que no podrían licitar al lote entero por carecer de este producto, cuya valoración ha de justificarse en el expediente de contratación.

El segundo producto ya fue objeto de análisis en esta Resolución en cuanto al contenido de aditivos y en cuanto al volumen hemos expuesto el criterio del Tribunal de que estando justificado es posible exigir uno determinado.

#### 5. Otras causas.

- Estuchado en cajas de 100 unidades para los tubos.
- Longitud del sistema de las palomillas premontadas: 18 cm.

El Hospital Clínico San Carlos se reitera una vez más en que es la falta de estandarización en el sector de la fase pre analítica la responsable de de estas

prescripciones y lo que no se puede pretender es que el Laboratorio tenga que cambiar todo en cada concurso, ya que hay cambios que no producen alteraciones importantes, pero otros generan una gran cantidad de trabajo y coste.

El Tribunal, como ha indicado más arriba, considera que cuando se trata de formatos, capacidades o volúmenes, como puede ser la longitud del sistema de las palomillas premontadas, cuya exigencia esté motivadamente justificada, corresponde a los licitadores adecuar su producción a lo solicitado. En cuanto al formato del estuchado de los tubos parece que no existe ninguna necesidad específica de que la presentación sea únicamente en estuches de 100 unidades, siendo admisible la presentación en otros formatos que el órgano de contratación puede limitar, por ejemplo, inadmitiendo el estuchado individual, justificando la necesidad de uno concreto o la causa de su no admisibilidad. En consecuencia, en la nueva licitación que se promueva deberá eliminarse la exigencia de una longitud o estuchado concreto o justificarse su necesidad.

- Inclusión de jeringas de gasometría en el lote único.

Las jeringas de gasometría son dispositivos para la obtención de sangre igual que los tubos de vacío o los tubos para recoger sangre capilar, y se utilizan en la realización de varias pruebas en el Laboratorio. El órgano de contratación justifica la inclusión en el lote único porque ayuda a financiar los equipos de pre analítica y el Laboratorio obtiene unas condiciones de servicio mejores, como parte de un lote importante de producto.

Teniendo en cuenta la naturaleza del producto, debemos considerar que puede darse que su suministro sólo pueda realizarse por un número limitado de empresas, circunstancia que motivaría la consideración de que su inclusión junto con el resto de productos del lote, constituye una limitación de la competencia en los términos del art. 86 del TRLCSP.

En consecuencia, en atención a lo expuesto y dado que ha de redactarse un nuevo pliego, deberá ponderarse la conveniencia de licitación conjunta o motivarse la necesidad de licitación en un lote independiente.

- Tubo de vidrio 5 ml. El uso de este material en este tipo de tubo está limitado a muy pocos fabricantes a nivel mundial y en España está distribuido en exclusiva por Becton Dickinson, S.A.

En cuanto al tubo de vidrio, previamente a la presentación del recurso se ha corregido el PPT permitiendo que sea “plástico o vidrio” ya que se trata de un consumo muy pequeño, aunque en algunos casos de coagulación y proteómica sería muy discutible su utilización, dependiendo del tubo de plástico ofertado. En cuanto al volumen y capacidad cabe lo reiterar lo dicho anteriormente en esta misma Resolución.

- Concentración de aditivo en tubo de heparina sódica de 68 UI. La concentración estándar es de 72UI para este volumen de 4 ml.
- Inclusión de contenedores con formalina.

En relación a estas dos prescripciones técnicas cabe hacer la misma argumentación que respecto de la inclusión de otros aditivos en los tubos cuya necesidad ha sido justificada por el órgano de contratación. Es decir, se trata de productos que sirven para atender las necesidades que se pretenden cubrir con la contratación licitada y no se describen de manera limitativa de la concurrencia en los términos expuestos al inicio de este fundamento de derecho.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## ACUERDA

**Primero.-** Estimar el recurso especial, interpuesto por don I.C.G., en representación de VACUETTE ESPAÑA, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir la convocatoria del contrato de “Suministro del material fungible y equipamiento necesarios para el funcionamiento de la fase pre-analítica de los laboratorios del Hospital Clínico San Carlos”, Expte. nº PA 2014-0-079, anulando el procedimiento de contratación convocado y los pliegos que lo rigen que deberán modificarse en los términos expuestos en los fundamentos de esta Resolución.

**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.