

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

En Madrid, a 28 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don V.B.M. y don I.R.S., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L.U. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del expediente de contratación de “Suministro de materiales necesarios reactivos, consumibles y accesorios específicos para la realización de tinciones en el servicio de anatomía patológica del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, así como de los equipos necesarios para su realización”, número de expediente: PA HUPA 25/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas, 3 y 7 de octubre de 2015, se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia respectivamente en el BOE y en el DOUE, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios y en un solo lote. El valor estimado del contrato es de 807.098,18 euros.

El procedimiento había sido publicado anteriormente los días 1 y 7 de septiembre de 2015, pero mediante Resolución del Gerente del Hospital de 28 de septiembre de 2015, se acordó modificar las características técnicas del apartado “Teñidor automático para tinciones especiales Histoquímica”, suprimiendo las características técnicas siguientes:

“Capacidad para la realización de mínima de 30 preparaciones por proceso. Cada equipo ofertado permitirá la carga de al menos quince tinciones diferentes”.

En consecuencia, se amplió el plazo de presentación de solicitudes y se realizó una nueva publicación en los diarios oficiales y en el perfil del contratante.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el fondo del recurso que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece como objeto del contrato, un lote único de suministro de “Reactivos, consumibles y accesorios específicos para la realización de tinciones”, estableciéndose en el Anexo I B: Encuestas técnicas de Reactivos y de los Equipos que *“Los productos y todos los equipos ofertados deberán cumplir las siguientes características mínimas o similares establecidas como mínimas en el presente anexo debiendo contemplar los siguientes aspectos”.*

Entre esas características y respecto de la Tinciones especiales Histoquímicas, se exige: *“Se incluirán como tipo de tinciones disponibles como mínimo las siguientes, necesaria entrega de ficha técnica de cada tipo de tinción:*

Acid-Fast Bacteria (AFB) Light Green

Acid-Fast Bacteria (AFB)

Alcian Blue pH 2.5

Alcian Blue/PAS

Alcian Blue/PAS/Hematoxylin

Colloidallron

Congo Red

Elastic

Giemsa

Giemsa (médula)

Gomori's Blue Trichrome

Gomori's Green Trichrome

Gram

Gram Yellow

Grocott's Methenamine Silver (GMS) Eosin

Grocott's Methenamine Silver (GMS)

Iron

Jones' Basement Membrane (PAS-M)

Jones' Basement Membrane H&E (PAS-M) nTM

Jones' Basement Membrane (PAS-M) Light Green

Masson's Trichrome

Mucicarmine

Orcein

PAS-Green

Periodic Acid-Schiff (PAS)

Reticulin/No Counterstain

Reticulin/Nuclear Fast Red

Warthin-Starry"

Tercero.- El 24 de septiembre de 2015, previa presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, la empresa Roche Diagnostics, S.L.U. presenta recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que han de regir el contrato, ante el órgano de contratación que, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo remitió al Tribunal el día 16 de octubre, junto con el expediente y su informe preceptivo.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió a la recurrente para que en el plazo de tres días hábiles, subsanase la documentación acreditativa de la representación del firmante del recurso, cosa que realizó el día 21 de octubre de 2015, mediante la aportación de nuevas escrituras.

Quinto.- En el escrito de recurso se alegan dos motivos de impugnación, en primer lugar, que las características exigidas vulneran el artículo 117.8 del TRLCSP y los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia en tanto en cuanto *“sólo existe una empresa en el mercado, concretamente DAKO DIAGNOSTICOS, S.A. (en adelante, ‘DAKO’), que pueda cumplir con la totalidad de los requisitos técnicos que se exigen con carácter mínimo en el PPT, reduciéndose por tanto la concurrencia en la presente licitación a una única empresa”*.

En concreto alega la recurrente que *“Las características técnicas mínimas exigidas por el PPT que rige la presente licitación se consideradas inadecuadas, a tenor de mí representada, por referirse de modo implícito a las especificaciones del equipamiento de una determinada compañía son las siguientes:*

- *Teñidor automático para tinciones especiales de Histoquímica:*

En relación con el teñidor automático de las técnicas de histoquímica, en la página 12 del PPT, se exige, entre otras, que el equipo que se oferte tenga una capacidad mínima de 30 preparaciones por proceso y que la capacidad mínima de carga sea de al menos 15 tinciones diferentes.

Asimismo, se exige, en la página 8 del PPT, que se incluyan como tinciones disponibles como mínimo 28 técnicas histoquímicas diferentes, lista que se reproduce inmediatamente debajo de este párrafo a la izquierda. La lista de la derecha es reproducción de la lista del catálogo de Dako que puede encontrarse en una dirección de internet propia de Dako.

Estas características técnicas suponen, sin lugar a dudas, una clara vulneración del principio de igualdad y no discriminación y del principio de libre

conurrencia que deben regir en todo procedimiento de contratación pública en tanto que únicamente una empresa del sector, concretamente DAKO, tiene la capacidad de cumplir en su totalidad con dicha prescripción. De este modo, la exigencia de ofertar un equipo con una capacidad mínima de carga, procesamiento y utilización de técnicas tan elevada supone una barrera de entrada insuperable para la mayoría de empresarios que, a pesar de ofrecer equipos con una menor capacidad, pueden cumplir una funcionalidad equivalente sin que ello suponga necesariamente una merma de la calidad técnica del producto ofertado o del resultado obtenido”.

Por otro lado, sostiene que al comprender el objeto del contrato apartados muy diferentes nos encontramos ante un contrato de suministro que consiste en la entrega de una pluralidad de objetos y *“no cabe margen de duda de que el precio fijado para el presente contrato resulta a todas luces incongruente, al preverse únicamente la posibilidad de fijar un precio unitario para la adquisición de todo el material necesario”.*

Solicita en consecuencia, la estimación del recurso y propone como prueba pericial un informe técnico que *“adjuntará al presenta escrito y que acreditará que las características técnicas previstas en el PPT solo pueden ser cumplidas por una empresa del sector y que las mismas no son funcionalmente indispensables para el correcto funcionamiento del reactivo objeto de licitación”.*

El órgano de contratación en su informe, alega que la exigencia de los 28 tipos de técnicas histoquímicas diferentes se corresponde con la cartera de técnicas existentes en la actualidad en el centro y responde a necesidades diagnósticas y a la existencia de protocolos consensuados. Respecto a la vulneración de artículo 87.1 y 293 del TRLCSP, por no fijar un precio cierto, argumenta que se trata de técnicas relacionadas y que el precio es cierto y determinado puesto que se comparten fungibles, accesorios y tecnologías. Por todo ello, entiende que el recurso debe desestimarse.

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.- Roche Diagnostics, S.L.U., ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Así la publicación de la convocatoria en el BOE se produjo en un primer momento el día 7 de septiembre y posteriormente el 3 de octubre, por lo que el recurso presentado el día 24 de septiembre, se interpuso, en todo caso, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos correspondientes a un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la pretendida vulneración del principio de concurrencia, como consecuencia de la descripción de determinadas características

técnicas de uno de los elementos a suministrar y además, en la de la obligación de determinar un precio cierto, pues al estar configurado en un solo lote dicho precio queda, a juicio de la recurrente, necesariamente indeterminado.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido.

Cabe señalar que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

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 a efectos interpretativos y en cuanto no conculque la legislación vigente, lo dispuesto en el considerando, 74 de la 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, que a su vez se pronuncia en el mismo sentido que el considerando 29 de su predecesora: *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (...). Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico (...).”*

La ley no permite ninguna práctica restrictiva de la competencia ya que una de sus finalidades es, como hemos visto, asegurar la libertad de concurrencia de las empresas y la selección de la mejor oferta.

Sentado lo anterior procede examinar si en este caso se produce la restricción a la competencia alegada por la recurrente con la descripción de las prescripciones técnicas del producto: “Teñidor automático para tinciones especiales de Histoquímica”.

Conviene recordar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre concurrencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab,-relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Debe por tanto examinarse al caso concreto a la luz de lo dispuesto en el artículo 117 del TRLCSP si se cumplen o no sus requisitos.

En primer lugar debe pronunciarse el Tribunal sobre la admisión de la prueba pericial propuesta por la recurrente, consistente en un informe técnico que se aportaría en el plazo de quince días. El Tribunal considera que no resulta procedente su admisión, ya que no se trata realmente de una prueba pericial sino de un informe

de parte que ampliaría la documentación del recurso transcurrido el plazo de interposición del mismo, por lo que consideramos que no procede su admisión.

La primera cuestión que se advierte es la confusión de la recurrente en el planteamiento del recurso, debida, sin duda, a que ha utilizado el mismo escrito que en su momento presentó como alegaciones a los Pliegos y que fueron parcialmente atendidas, mediante la Resolución de la Gerencia del Hospital de 28 de septiembre de 2015.

Ello deriva en la impugnación en el recurso de unas características del “Teñidor automático para tinciones especiales de Histoquímica” que ya han desaparecido de los Pliegos. Por lo tanto, debe entender el Tribunal que la única objeción que se mantiene en el primer motivo de recurso antes indicado, es la referente a los tipos de tinciones especiales de Histoquímicas, que considera la recurrente reproducen el catálogo de una empresa y no responden a una necesidad funcional que no pueda cumplirse de otro modo.

El Hospital en su informe alega sobre la disponibilidad de 28 técnicas histoquímicas diferentes, que *“es la cartera de técnicas histoquímicas existente en la actualidad en el Centro y responde a necesidades diagnósticas, así como a la existencia de protocolos consensuados para los diferentes tipos de muestras:*

Biopsias bronquiales (Alcian Blue/PAS/HE).

Biopsias pulmonares de patología intersticial (Masson, PAS y elásticas).

Biopsias gastrointestinales (Alcian PAS HE, Warthin -Starry, mucicarmine).

Biopsias Hepáticas (Giemsa, PAS, reticulina/Nuclear Fast Red, Masson).

Biopsias del sistema Hematopoyético-Linfoide (Giemsa MO, PAS, reticulina, Masson y Iron).

Biopsias renales (Jones-Basement PAS-M, Jones-PAS HE, PAS, Rojo Congo).

Ocasionalmente Gomori Blue o Green.

El resto de las tinciones se solicitan según los hallazgos microscópicos y la

sospecha clínica (AFB, Alcian Blue pH2,5, Alcian Blue/PAS, Coloidal Hierro, Elásticas, Giemsa, Gram, Gram Yellow, Groccott methenamine con y sin eosina, orceína, PAS-Green y reticulina).

La relación solicitada de las tinciones histoquímicas en el PPT obedece a un criterio de ordenación alfabético”.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 169/2014 de 1 de octubre, las características técnicas de los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, que ha de tener en cuenta la mejor manera de satisfacer las necesidades que se tratan de cubrir con el mismo, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Por ello el Tribunal, *“en este momento, no puede analizar si se trata o no de un requisito técnicamente adecuado pues esa determinación no le compete. Serán los técnicos correspondientes los que hayan de concretar los requisitos de los bienes a suministrar para lo que se requiere unos conocimientos técnicos específicos no siendo admisible copiar las prescripciones técnicas que facilite un determinado empresario que pueden impedir una competencia efectiva entre productos con la misma funcionalidad”.*

Para el establecimiento de las prescripciones técnicas, como ya se ha indicado, habrá de atenderse a lo dispuesto en el artículo 117 del TRLCSP debiendo definirse en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y no de diseño, procedencia, fabricación o procedimiento concreto de manera que no se limite la libre competencia. Igualmente, este Tribunal ha señalado de forma reiterada, valga por todas la Resolución 90/2011, 28 de diciembre, que se limita la competencia 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 forma de presentación o unas prescripciones concretas,

determinadas por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a las formas de presentación o prescripciones que libremente ha elegido cada productor, 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 en la presentación y con la capacidad exigida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

Partiendo de la anterior premisa, en este caso se comprueba que el listado de tipos de tinciones mínimas exigidas en el PPT, en el apartado Tinciones especiales histoquímicas, coincide con el listado de tinciones disponibles de determinada empresa, si bien en el PPT no se han incluido las denominaciones comerciales concretas.

El Tribunal no cuestiona la necesidad de contar con ese número de tinciones motivada por la cartera de técnicas histoquímica realizadas en el centro, pero considera que para garantizar el principio de concurrencia e igualdad entre los licitadores, se debe permitir la presentación de esas variedades u otras equivalentes, que puedan existir en el mercado con la misma funcionalidad, sin limitarse al catálogo de un sola empresa, haciéndolo constar así en el Pliego.

Por lo tanto, debe estimarse el recurso por este motivo, añadiéndose en la especificación correspondiente que se incluirán como tipo de tinciones disponibles, como mínimo las siguientes o equivalentes.

En cuanto al segundo motivo de impugnación alegado por la recurrente, vulneración de los artículos que 87.1 y 293 del TRLCSP por no fijar un precio

determinado, se observa que, en realidad, lo que se impugna es la agrupación en un solo lote de productos independientes y así se dice literalmente: *“Se trata, como se desprende del PPT, de apartados absolutamente independientes pues para cada uno el PPT contiene su propia descripción de reactivos, fungibles y unos consumos específicos, no existiendo ningún reactivo ni tecnología en común en dichos apartados. Por lo que es evidente que los mismos constituyen unidades funcionales distintas que al poder ser objeto de utilización y aprovechamiento independiente podrían haberse contratado por separado. Al encontrarnos con un contrato de suministros que consiste en la entrega de una pluralidad de objetos, no cabe margen de duda de que el precio fijado para el presente contrato resulta a todas luces incongruente, al preverse únicamente la posibilidad de fijar un precio unitario para la adquisición de todo el material necesario”.*

A la vista del Pliego y de la configuración de un único lote, lo que se constata es que el precio puede ser más complicado de calcular, al tener que considerar una pluralidad de elementos, pero no que éste sea indeterminado o incongruente. Lo que en realidad parece reprochar la recurrente, es la agrupación en un solo lote de los reactivos, consumibles y accesorios específicos para tinciones, lo cual a su juicio limita la libre concurrencia *“si se tiene en cuenta que existen empresas, como es el caso de mi representada, que no pueden licitar para los cuatro apartados por carecer de las técnicas de Hibridación ‘in situ’ por Fluorescencia (FISH)”.*

Sobre la agrupación en un solo lote de este tipo de suministros, se ha pronunciado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 735/2015, de 30 de julio, en la que señala que *“el artículo 86 del TRLCSP, en su apartado tercero, primer párrafo, dispone: ‘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’(.....) De su*

lectura puede desprenderse que su finalidad es distinta, y consistiría en que cuando el contrato se divida en lotes, es necesario, además de una justificación suficiente en el expediente, que además las partes del mismo sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado. Y esto es lo que el recurrente no efectúa, la justificación de por qué el contrato, o en este caso acuerdo marco, es susceptible de división en lotes y como se puede esto fundamentar debidamente en el expediente, no valiendo a estos efectos su única alegación, la de que la división en lotes le permitiría a LEICA concurrir al procedimiento, en concreto a los lotes que contienen el producto cuyas características él no puede ofrecer, pero sin ofrecer, ni de forma indicaria, en que podrían consistir estos lotes, porque razón los formaría de esa forma, etc.

En este caso ocurre algo semejante, la recurrente no propone qué división en lotes sería a su juicio la adecuada, además encontramos la misma confusión que en el primer motivo de recurso.

Se impugna el precio único, pero en realidad contra lo que parece argumentarse es contra el lote único, y aunque se aduce que *“habiéndose acreditado de forma inequívoca que los kits constituyen unidades funcionales distintas, esto es: productos susceptibles de utilización y aprovechamiento independiente, resulta meridianamente claro que el órgano de contratación debería haber procedido a la fijación de precios unitarios para cada uno de los equipos a suministrar”*, dichos precio unitarios no significarían necesariamente la licitación por separado, pues podría configurarse un solo lote compuesto por distintos elementos, con precios unitarios independientes. Además, en el Pliego ya viene especificado el número de determinaciones que se deben ofertar para cada técnica.

A la vista de las alegaciones de la recurrente y del Pliego, debemos considerar razonable y motivado el informe del órgano de contratación cuando señala que *“la integración y gestión de la información de las muestras de los pacientes, desde su recepción, el procesado de las mismas con todas las técnicas*

de tinción incluidas en los Pliegos, la clasificación y su almacenamiento, requieren la unificación de la información para el seguimiento de la trazabilidad de las muestras son argumentos suficientes a favor de la inclusión o integración en un único lote y precio de todas las técnicas”.

En consecuencia, el recurso debe desestimarse por este motivo.

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 parcialmente el recurso especial, interpuesto por don V.B.M. y don I.R.S., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del expediente de contratación de “Suministro de materiales necesarios reactivos, consumibles y accesorios específicos para la realización de tinciones en el servicio de anatomía patológica del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, así como de los equipos necesarios para su realización”, anulando el Anexo I B del PPT, que deberá modificarse en el sentido expuesto en el Fundamento quinto de la presente 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.