

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

En Madrid, a 15 de enero de 2020

VISTO el recurso interpuesto por la representación de HORIBA ABX IBERICA SUCURSAL EN ESPAÑA ABX S.A.S. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas de hematimetría de rutina y urgencias, coagulación básica y hemoglobina glicada del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, lote 3, expediente PA 2019000011 , este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El pasado 12 de diciembre se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, siendo su valor estimado de 1.601.469,81 euros.

Segundo.- El 3 de enero de 2020 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la empresa en el que solicita la anulación de los pliegos impugnados por limitar la concurrencia en el mercado y generar una situación de

desigualdad y por vulneración del procedimiento de licitación legalmente establecido. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento.

El recurso alega que las prescripciones técnicas solamente las cumple un eventual licitador. Igualmente, que los criterios de adjudicación automáticos no económicos están descritos para el mismo, que alcanzaría el máximo de puntos frente a los otros dos posibles licitadores, que tendrían una puntuación mínima. Solicita la suspensión del procedimiento.

Tercero.- El 13 de enero de 2020 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 56 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 un licitador que ha presentado el recurso con anterioridad a la presentación de su oferta ante el órgano de contratación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones impugnados fueron puestos a disposición de los licitadores el día 12 de

diciembre de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el día 3 de enero de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, conforme al artículo 50.1.b) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- El recurso alega como primer motivo que las prescripciones técnicas mínimas requeridas vulneran el principio de concurrencia.

Se afirma que el requisito previsto en la página 12 del PPT para el lote 3 que los licitadores utilicen la tecnología HPLC exigida por el órgano de contratación lo cumplen tres empresas, pero *“el órgano de contratación va estableciendo unos requisitos excluyentes que subrepticamente elimina a todos los analizadores menos a uno, el de la Firma Comercial Menarini”*.

Detalla a continuación estos requerimientos.

La Dirección Gerencia del Hospital niega la mayor sobre este motivo:

“2º. Este órgano de contratación requiere “2 instrumentos iguales de Cromatografía Líquida de Alta Resolución (HPLC) con conexión a cadena de automatización”, y la casa comercial considera que este requisito mínimo sólo lo cumple una casa comercial, y que por lo tanto lo considera excluyente.

RESPUESTA: Lo que se exige es que el licitador tendrá que asumir la conexión al sistema automatizado de la ampliación del laboratorio Core y cualquier casa comercial puede gestionar dicha conexión.

3º.- Otro requisito exigido es la “Sustitución de cualquiera de los reactivos, sin necesidad de detener el proceso de análisis ni de realizar cebados siendo lotes independientes y listos para su uso” considerando la recurrente que también se trata de una característica excluyente.

RESPUESTA: Este requisito no es excluyente, ya que existen varias casas comerciales que sí lo cumplen. Además, debido a la gran carga de trabajo, es necesario e

indispensable para mantener los tiempos de respuesta, que el trabajo no se vea interrumpido en ningún momento, por muy breve que sea éste, ya que alteraría negativamente los ritmos de trabajo”

A fin de la resolución de este motivo, cabe recordar, como hemos señalado en diversas ocasiones, que la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde fijarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, si bien esta facultad encuentra un límite fundamental en el respeto al principio de libre competencia. No corresponde al Tribunal determinar las necesidades que deben ser atendidas ni el procedimiento para su consecución. Evidentemente cualquier producto que no demuestre eficacia para la indicación médica no debe utilizarse. Pero el procedimiento de contratación incluye una primera fase que es la determinación de las condiciones técnicas que deben cumplir los productos a suministrar que debe realizarse según los criterios fijados en la LCSP, esencialmente la exigencia de que cumplan una funcionalidad independientemente de cómo se obtenga, y una segunda, que es la comprobación de que los productos ofertados cumplen dichos requisitos.

La finalidad del recurso especial en materia de contratación es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de manera que no es posible sustituir el juicio técnico sobre la determinación de la manera de atender determinadas necesidades clínicas. En definitiva, el Tribunal únicamente puede enjuiciar si la determinación de las prescripciones técnicas se hace de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre contratación pública sin que pueda pronunciarse sobre la adecuación de un determinado tratamiento indicado por especialistas médicos.

Este Tribunal manifiesta en los mismo términos que en su Resolución nº 151/2019 de 15 de septiembre que ya 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, contiene un conjunto de reglas que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad y de libre competencia. En concreto, el considerando 74 de su Exposición de Motivos establece que: *“Las especificaciones técnicas*

elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia”. A estos efectos, el artículo 42 de la citada Directiva 2014/24/UE señala que, “las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”.

Igualmente este precepto consagra la prohibición de que las especificaciones técnicas 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.

La LCSP transpone estos principios en su artículo 126 de la LCSP que establece:

“6. Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

(...)

8. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención ‘o equivalente’”.

El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC

Construction, C-19/00, Rec. p. 1-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93).

La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. Cabe indicar 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 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”*.

En el informe técnico se justifica la necesidad de los requerimientos arriba consignados y además se niega la afirmación de que solo una casa comercial cumpla con los mismos, debiendo estar este Tribunal, a falta de cualquier prueba en contrario, a la veracidad de la afirmación contenida en el informe de la Dirección Gerencia. Es una mera afirmación de parte, que ni siquiera se ve corroborada por la otra empresa que dice inicialmente cumpliría, pues no ha recurrido. Pero es que aun en el supuesto de que solo una empresa cumpliera con las exigencia descritas, si las mismas estas descritas en términos objetivos y justificada su necesidad, no vulneraría la legislación contratos del sector público, tal y como se ha consignado.

Procede, pues, la desestimación de este motivo de recurso.

En la misma línea alega el recurrente que la misma empresa, MENARINI, es la única que puede alcanzar los 45 puntos de la valoración técnica, mientras las otras dos

que cumplirían solo alcanzarían 5 a lo sumo. Nuevamente es una afirmación de parte no corroborada por recurso simultáneo de la otra empresa.

La Dirección Gerencia justifica la necesidad de esos elementos técnicos valorativos: la recurrente alega que los *“45 puntos de los criterios evaluables de forma automática serían sólo para una casa comercial, y que el resto sólo obtendrían 5 puntos”*.

A continuación se describirá una justificación de los motivos por los que se ha considerado que estos criterios añaden una mayor calidad al lote recurrido:

a) “Prefiltro integrado en la columna” 10 puntos

RESPUESTA: Se valora positivamente que el filtro esté integrado en la columna, para evitar el número de manipulaciones, ya que cuando se hagan los correspondientes cambios, se hará a la vez el cambio de columna y prefiltro. En caso contrario habría que hacer los cambios una vez para cambio de filtros y otra para cambio de columna, provocando mayor número de interrupciones.

b) “Agitación previa automática de las muestras por el analizador” 10 puntos.

RESPUESTA: La agitación previa permite una homogeneización de la muestra para mejorar la detección de la hemoglobina.

c) “Termostatación de la columna por encima de los 38°C” 10 puntos

RESPUESTA: el pH y la Tª de los reactivos influye en la calidad analítica de los resultados, pudiéndose ver alterado los tiempos de retención. Por ello, la termostatación a 38 °C disminuye la variabilidad en el tiempo de retención debida a la Tª a la que estuvieran previamente almacenados los eluyentes y/o la Tª ambiente del laboratorio.

d) “Doble escala de interpretación del cromatograma” 10 puntos

RESPUESTA: Con respecto al criterio evaluable de “doble escala”: esto nos permite visualizar todos los picos del cromatograma completos o con el 100% del área, lo cual

permite detectar posibles hemoglobinopatías poco frecuentes y realizar estudios adicionales. Es un criterio evaluable e importante para la actividad del Laboratorio.

El órgano de contratación justifica pormenorizadamente la inclusión de estos criterios de valoración, que atienden a las necesidades de la Administración y no a finalidad favorecedora alguna de un licitador frente a los restantes. El recurrente no cuestiona la necesidad ni la bondad de estos criterios automáticos de adjudicación, ni que su equipo tenga características equiparables o que mejoren las prestaciones, simplemente que se incluyan, a lo que solo cabe decir que la adjudicación a la proposición más ventajosa atiende al criterio relación calidad/precio (artículo 145.1 LCSP).

Por lo demás, si no vulnera el principio de concurrencia la inclusión de especificaciones técnicas que solamente pueda cumplir uno o un número reducido de licitadores, que son excluyentes, mucho menos los criterios de valoración que no lo son. Procede también la desestimación de este motivo de recurso.

Un tercer motivo (“irregularidad” para el recurrente) es que *“el procedimiento no especifica el número de test anuales, ni el número de test de los 2 años de duración del contrato y además incluye el nombre comercial de los reactivos”*.

A este extremo se aviene el órgano de contratación:

“Respuesta: En este sentido, se detectó el error el pasado 19 de diciembre de 2019, debido a la solicitud de aclaración realizada por la casa comercial BIORAD. Se ha procedido a modificar el Pliego de especificaciones técnicas, eliminando cualquier referencia comercial, y concretando el número de pruebas anuales que se requieren”.

Por este Tribunal se comprueba que esta rectificación se ha publicado el mismo día 13 de enero en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ampliando el plazo de presentación de ofertas hasta el 3 de febrero.

Procede también la desestimación de este motivo de recurso.

Resolviendo sobre el fondo del asunto no cabe pronunciamiento sobre la suspensión solicitada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por la representación de HORIBA ABX IBERICA SUCURSAL EN ESPAÑA ABX S.A.S. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas de hematimetría de rutina y urgencias, coagulación básica y hemoglobina glicada del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, lote 3, expediente PA 2019000011.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.