

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

En Madrid, a 26 de febrero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Algoritmos, Procesos y Diseños S.A. (en adelante APD), contra el anuncio y los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares del contrato de “Suministro e instalación de un sistema integral de almacenamiento y dispensación automatizada de medicamentos para el Hospital Central de la Cruz Roja” del Servicio Madrileño de Salud, con número de expediente P.A. HCCR 20/2019-SU, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 30 de diciembre de 2019, se publicó la convocatoria de licitación pública del contrato de suministro de referencia, en el perfil de contratante alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante licitación electrónica por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 22 de enero de 2020. El valor estimado del contrato asciende a 130.000 euros, con un plazo de ejecución de 15 semanas.

Se han presentado a la licitación dos empresas entre ellas la recurrente.

Segundo.- Con fecha 30 de enero de 2020 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación de la representación de la empresa APD, presentado ante el órgano de contratación el 22 de enero de 2020, contra el anuncio y pliegos del contrato de suministro de referencia, en el que solicita la nulidad de los criterios de adjudicación relacionados en la cláusula 8.2.1 y 8.2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), así como la referencia a producto determinado realizada en la cláusula 3.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP). Asimismo interesa, como medida cautelar, la suspensión de la tramitación del procedimiento hasta la resolución del recurso.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 30 de enero de 2020 el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP), junto con el recurso presentado por APD, manifestando que se reafirma en los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP y en la alusión a kardex efectuada en el PPT. *En cuanto a la solicitud de suspensión del procedimiento informa que “es deseo de este Hospital Central de la Cruz Roja, no efectuarla para no dilatar los plazos de apertura de ofertas y de Mesas de contratación ya convocadas, que conllevarían retrasar esta contratación que es necesaria para la mejora del funcionamiento del Servicio de Farmacia de este Hospital”.*

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal adoptado el 5 de febrero de 2020, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, dado que estando prevista la apertura pública de ofertas para el 6 de febrero de 2020 este

Tribunal considera conveniente que no se desvele el contenido de las mismas, sin haber decidido previamente sobre el fondo del asunto.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación de Algoritmos para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, por tratarse de una empresa interesada en participar en la licitación cuyo objeto social consiste en comercialización de productos denominados inteligencia artificial, así como a la prestación de servicios de mantenimiento de los mismos, venta y distribución de hardware y software informático, proyectos de telecomunicación y de sanidad hospitalaria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso, mediante escrito de ratificación presentado en subsanación el 6 de febrero de 2020.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 22 de enero de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que los Pliegos se han publicado en el perfil de contratante el 30 de diciembre de 2019.

Quinto.- Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo dispuesto en las cláusulas que a continuación se transcriben de los pliegos que rigen el contrato:

La cláusula 1 del PCAP relativa a las características del contrato recoge los criterios objetivos de adjudicación del contrato en su apartado 8 en los siguientes términos:

“Criterio/s relacionado/s con los costes:

8.1. Precio Ponderación 60 puntos

(...)

Criterio/s cualitativos:

8.2. Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: 30 puntos

8.2.1 Integración con Farmatools y conectividad con el sistema ofertado: mínimo 8 hospitales públicos en la Comunidad de Madrid 16 Puntos

** El licitador presentará declaración responsable donde conste que ha realizado la integración del sistema como mínimo en 8 hospitales. Si fuera necesario, se requerirá los 8 certificados.*

Si: 16 puntos

No: 0 puntos

8.2.2 Experiencia y soporte del sistema ofertado: mínimo 20 años de experiencia 7 Puntos

** El licitador presentará declaración responsable donde conste la experiencia y soporte como mínimo de 20 años. Si fuera necesario, se requerirá las acreditaciones necesarias.*

Si: 7 puntos

No: 0 puntos

8.2.3 Presencia in situ de formadores durante el periodo de implantación (mínimo 8 semanas) 7 Puntos

Si: 7 puntos

No: 0 puntos

Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: 10 puntos

*8.3 Valoración del proyecto requerido 10 puntos
(...)"*

La prescripción 3 del PPTP regula las especificaciones técnicas requeridas al Sistema detallando en su apartado 2 las *“Características del software de gestión del Kardex*

- Software en castellano

- El software de gestión de los carruseles estará desarrollado específicamente para el entorno de la farmacia hospitalaria, respondiendo así directamente a las necesidades de gestión logística propias del entorno de trabajo y sus sistemas informáticos.

- Acceso restringido, niveles jerarquizados de acceso según tipo de usuario. Perfiles de usuario: definibles individualmente, permitiendo una gestión óptima de las tareas o privilegios de cada uno de los usuarios.

- Acceso al sistema mediante navegación web desde cualquier terminal del hospital, sin ser necesario la instalación de ningún software o licencia adicional para su funcionamiento.

- Terminal de categoría industrial para el control de los armarios automatizados con interfaz de usuario con operatividad por pantalla táctil.

- Opción de conectividad a través de tecnología inalámbrica.

- Simulador de display conteniendo la información en tamaño de letra lo suficientemente amplio para poder resultar visible desde una distancia de unos 2,5-

3m.

- Posibilidad de trabajo “off line”: finalización de pedidos en cola si hubiera desconexión del servidor.
- Base de datos única, sincronización de catálogo de productos de la aplicación de Farmatools.
- El sistema estará diseñado para trabajar bajo situaciones muy diversas, lo que identificará una instalación y marcará la versatilidad del sistema para adaptarse siempre a las necesidades del hospital. Los diferentes tipos de configuraciones se establecerán habilitando o deshabilitando procesos.

Gestión del inventario:

(...)”.

Sexto.- APD plantea en su escrito de interposición que las cláusulas de los pliegos recurridas vulneran lo dispuesto en los artículos 1, 126, 132 y 145 de la LCSP y 67.5 del RGLCAP, alegando tres motivos de impugnación.

No obstante, antes de entrar a considerar el fondo del asunto del recurso se ha de dilucidar la cuestión previa alegada por el órgano de contratación en su informe al señalar que la empresa recurrente se ha presentado a la licitación, indicando que según el art. 50.1.b) de la LCSP, “*con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente,..*”.

Este Tribunal comprueba, en la documentación que obra en el expediente, que tanto el justificante de presentación del recurso del Registro electrónico como el certificado de las proposiciones recibidas en el registro electrónico de la Jefe de Sección de la Unidad de Contratación y Responsabilidad Patrimonial del Hospital, son de fecha 22 de enero de 2020, sin que por tanto quede acreditado que la oferta ha sido previa a la impugnación, sino en su caso simultánea. En definitiva al presentarse la oferta el mismo día en que se plantea el recurso hemos de considerar que no se ha

producido con anterioridad, y que por tanto no cabe interpretar que la recurrente ha aceptado incondicionalmente y sin reserva alguna el contenido de los pliegos que rigen la contratación del suministro, puesto que los ha recurrido, concluyendo de ello que en este caso no se da ninguno de los supuestos de inadmisión recogidos en el artículo 55.d) de la LCSP, en concordancia con lo dispuesto en el mencionado artículo 50.1.b) de la citada ley.

6.1.- La recurrente en primer lugar plantea que en el apartado de 8.2.1 de la cláusula 1 del PCAP se recoge como criterio de adjudicación la integración con Farmatools y conectividad con el sistema ofertado en un mínimo de 8 hospitales públicos en la Comunidad de Madrid, ponderado con 16 puntos de los 30 dados a los criterios cualitativos evaluables de forma automática, lo que constituye un criterio de arraigo territorial inadmisibles de conformidad con la normativa de contratación pública, por tratarse de cláusulas que introducen una discriminación positiva para empresas o licitadores implantados en el territorio correspondiente, citando a los efectos varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC 76/2016 o 644/2015) y la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 19 de junio de 2003. Dicho criterio impide acceder a la licitación con posibilidades reales de obtener la adjudicación, de forma totalmente injustificada, a los operadores económicos que no cumplan con el requisito de presentar 8 declaraciones o certificados de Hospitales Públicos de Madrid, aunque puedan ofertar equipos que cumplan satisfactoriamente los requisitos técnicos solicitados, y sin que exista proporcionalidad entre el objeto del contrato y el requerimiento exigido, considerándolo nulo por producir efectos discriminatorios.

Asimismo manifiesta no entender, qué aporta o resta que las acreditaciones sean de integraciones realizadas en hospitales públicos de unas u otras comunidades autónomas, esta exigencia no aporta valor a la funcionalidad del producto a ofertar ni acredita sus características técnicas, las integraciones del software en sí mismo no funcionarán mejor o peor ni tendrán mayores o menores prestaciones porque hayan sido realizadas dentro o fuera de la Comunidad de Madrid, estimando que su único

efecto es impedir o dificultar el acceso de otras empresas al contrato, dado que a día de hoy son escasas, por no decir solo una, las empresas que puedan acreditar haber realizado 8 integraciones dentro de la Comunidad de Madrid. Añade que el requerimiento no persigue valorar o contrastar en pie de igualdad los productos solicitados, como exige el art. 145 de la LCSP, sino perjudicar a empresas, como APD, *“que pueden ofertar productos de iguales e incluso de superiores características y que tiene, a día de hoy, funcionando en hospitales de referencia y reconocido prestigio como, por ejemplo, y entre otros, el Hospital Universitario Virgen del Rocío en Sevilla”*.

Además considera discriminatoria y desproporcionada la exigencia de haber realizado 8 integraciones, cuando realmente no hay tantos concursos que requieran estas integraciones, sin entender por qué la experiencia y buen hacer se acreditan con 8 referencias y no con 5, por ejemplo. En definitiva indica que se establece un criterio que supone el 53,33% de la ponderación de los criterios cualitativos sin que dichos puntos respondan a ninguno de los criterios o exigencias contempladas en el artículo 145 de la LCSP.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que *“La aplicación Farmatools del proveedor Dominion fue establecida como aplicación corporativa para los Hospitales Públicos de la Comunidad de Madrid. Esto significa que el soporte y mantenimiento de la aplicación está centralizado en la Dirección General de Sistemas de Información (en adelante DGSIS) a través de la Oficina Medas, y el soporte de la base de datos y servidor sobre el que corre, se realiza a través del Centro de Soporte a Usuarios (en adelante CESUS) de la DGSIS. Este Hospital ha decidido seguir las directrices marcadas por DGSIS en este aspecto, para poder contar con ese soporte y mantenimiento centralizado, que evita que el centro tenga que contratarlo de forma independiente.*

La razón de solicitar que las empresas que oferten “armarios dispensadores” a nuestro centro tengan experiencia en la integración con Farmatools en la Comunidad de Madrid, se debe a evitar las posibles particularidades o customs que tenga Farmatools en otras Comunidades Autónomas, como es por ejemplo el motor de base

de datos utilizado, que en nuestro caso es Informix. El solicitar hasta 8 integraciones dentro de la Comunidad de Madrid con la aplicación Farmatools, garantiza que esta integración no sea un problema añadido en la instalación de un nuevo sistema informático, que suele requerir bastante tiempo, de ahí la preferencia de que la integración con alguno/s de los otros Hospitales de la Comunidad de Madrid, pueda servirnos incluso tal cual esté ya realizada, puesto que la aplicación que utilizamos es la misma y con las mismas características y similares versiones”.

Este Tribunal comprueba de la documentación que integra el expediente administrativo de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes que, así como la necesidad e idoneidad de la contratación está debidamente justificada por el órgano de contratación en la memoria justificativa de la Sección de Farmacia según prevé el artículo 28 de la LCSP, sin embargo no se observa, en ninguno de los documentos que integran la preparación del expediente ni en los pliegos que rigen la contratación, que aparezcan adecuadamente justificados los criterios de adjudicación del contrato, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 116.4.d) de la LCSP.

Centrándonos en el primer criterio impugnado, que a su vez se desdobra en dos atendiendo a la tipología de los centros y al número mínimo de hospitales en que se exige la integración para obtener la ponderación del criterio, consideramos en primer lugar que no queda adecuadamente justificado el por qué la valoración de la experiencia en integración con Farmatools se restringe a hospitales públicos de la Comunidad de Madrid, con la exigua argumentación del informe al recurso por parte del órgano de contratación. Es evidente que el que se valore la integración con Farmatools está vinculado con el objeto del contrato, al ser un requisito exigido en la prescripción 3 del PPTP, al igual que el que se requiera que sea en hospitales en atención a las peculiaridades que pueda tener la instalación del sistema en este tipo de centros, incluso que, en su caso, se aludiera a una especial tipología siempre que atienda a determinadas características de tipo objetivo como puede ser el número de camas o cualquier otra referencia de carácter similar. Por el contrario no se considera admisible la distinción en cuanto a que el hospital sea público o privado, salvo que

expresamente se justifique la diferente funcionalidad del sistema en uno y otro caso, cosa que no se hace, y mucho menos en atención a su localización geográfica, puesto que de ninguna de las maneras la ubicación del centro tiene visos de afectar a la integración del sistema. Si como parece indicar el órgano de contratación en su informe lo determinante es la utilización del motor de base Informix, lo adecuado es que sea esta cuestión u otra particularidad la que se pondere como mejora cualitativa con independencia de donde esté situado el hospital.

Como prevé el artículo 64.1 de la LCSP los órganos de contratación deben tomar las medidas adecuadas para luchar contra el favoritismo y evitar cualquier distorsión de la competencia, garantizando la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Asimismo se recogen los citados principios de igualdad, transparencia y no discriminación en los artículos 1 y 132.1 de la LCSP junto con la libertad de acceso y la proporcionalidad.

Además la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en su artículo 9 dispone al regular la garantía de las libertades de los operadores económicos que *“1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.”*, aludiendo en particular en su apartado 2.c) a la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.

Igualmente se ha de recordar que las condiciones de arraigo han sido desechadas como criterio de adjudicación o de aptitud por los Tribunales Administrativos de Contratación, por las Juntas Consultivas, y por la Jurisprudencia, salvo en contadas excepciones debidamente justificadas, pronunciándose expresamente acerca de *“la proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran*

impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones”, y declarando que “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni ser utilizadas como criterio de valoración” (Informes 9/2009 y 14/2009 JCCAE).

El artículo 145 de la LCSP al regular los requisitos y clases de criterios de adjudicación recoge en su apartado 2.1 y 2, respectivamente, la calidad del suministro y la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

Por otra parte, tampoco se ha motivado que la integración tenga que ser en un mínimo de 8 hospitales, pues de hecho de que la aplicación pueda ser la misma y con las mismas características y similares versiones, como indica el órgano de contratación, no parece que pueda suponer alteración ni sustancial mejora a partir de las primeras integraciones. Además no se prevé graduación en la ponderación del criterio y, como menciona la recurrente, supone más del 53 por 100 de la puntuación total dada a los criterios cualitativos (16 puntos sobre 30), ponderándose con 16 o 0 puntos, lo que carece de proporción. A mayor abundamiento se ha de mencionar que la mejora de la experiencia sobre la requerida como criterio de solvencia técnica en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP es de casi el triple, lo que tampoco parece en absoluto proporcionado, máxime cuando no se indica en qué mejora la integración y conectividad por el hecho de que la experiencia sea de un mínimo de ocho frente a cuatro o más que ya suponen mejora sobre la solvencia requerida.

Por lo expuesto se ha de estimar este motivo de impugnación por considerarlo, tal y como está formulado, contrario a lo dispuesto en los artículos 1, 64, 116.4.c), 132.1 y 145 de la LCSP, debiendo modificarse su redacción y ponderación.

6.2.- En cuanto al segundo criterio cualitativo de adjudicación impugnado relativo a experiencia y soporte como mínimo de 20 años, en el apartado 8.2.2 de la cláusula 1 del PCAP, la recurrente lo considera igualmente desproporcionado estando ponderado con 7 puntos de los 30 de los criterios cualitativos, lo que supone el 23,33 %. Asimismo añade que este requerimiento excluye del procedimiento de contratación a casi todas las operadoras actuales del mercado, sin justificación alguna, porque una experiencia de 20 años no suma ni resta al objeto del contrato más que otra que tenga 15, 10 o 5 años de experiencia.

Por otra parte alega que además de desproporcionado es sobre todo contrario a la ley, pues el artículo 67.5 del RGLCAP establece como contenido de los PCAP en los contratos de suministro los criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional del empresario, con referencia al art. 89 de la LCSP, especificando, entre otros en su apartado *“a) Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, fecha y destinatario...”*, que es justamente el requisito de solvencia técnica que se exige en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP, que queda en aguas de borrajas cuando después, y como criterio de adjudicación, se requiere una experiencia mínima de 20 años. Criterio que actúa como verdadero muro de contención y selección natural para la mayoría de las empresas. A estos efectos cita la Resolución 207/2014 del TACRC que respecto de una cláusula similar decía: *“... Expresada en estos términos estrictos, cierra la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que se persigue”*.

Asimismo cita la Resolución 494/2019 de 9 de mayo del TACRC, en relación a que para que sea posible introducir la experiencia del equipo encargado de la

ejecución del contrato como criterio de adjudicación, es necesario que la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución, en los términos recogidos en el art.145.2.2º LCSP, y en tal caso el órgano de contratación debe justificar la necesidad de dicha cualificación y experiencia y su incidencia en la ejecución del contrato, circunstancia que afirma no se da en el presente caso dónde los pliegos se limitan a exigir sin más tener un mínimo de 20 años de experiencia. En la memoria justificativa del presente procedimiento de contratación nada se dice al respecto, ni siquiera se menciona que el contrato sea complejo y requiera la participación de personal especialmente cualificado ni con una experiencia determinada. De hecho, ni siquiera en el PCAP se solicita que se identifique y acredite la formación y experiencia del personal afecto al contrato. Es más, en su apartado 9 c) expresamente se dice que no es necesaria habilitación empresarial o profesional alguna, lo que mal casa con exigir una experiencia mínima de 20 años como criterio de adjudicación.

Por su parte el órgano de contratación alega que la experiencia y soporte del sistema ofertado se refiere no a la experiencia de la empresa licitadora sino a la del Sistema ofertado, como una forma de aseguramiento del buen funcionamiento del equipo ofertado, dada la importancia de la necesidad asistencial hospitalaria que se tiene que cubrir con este contrato detallada en la Memoria justificativa del expediente. Así cita como aplicable a este criterio de adjudicación lo indicado en la Resolución 677/2017 del TACRC *“En definitiva entiende este Tribunal que al distinguirse claramente en los Pliegos la experiencia mínima y la experiencia adicional, aunque sólo lo sea en su aspecto cuantitativo, se trata ya de experiencias y exigencias diferentes, no existiendo obstáculo legal alguno para que se pueda exigir la primera a todos los licitadores como criterio de solvencia y se configure la experiencia adicional como criterio de adjudicación al afectar directamente a la calidad de la prestación y, por lo tanto, al objeto del contrato”*.

Este Tribunal ha de recordar que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que

considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 145.5 del LCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora y deben ser formulados de manera objetiva, con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y garantizando que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros), declaró que *“se excluyen como ‘criterios de adjudicación’ aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”*.

Es claro que requerir una experiencia de 20 años es a todas luces un criterio desproporcionado, y que los criterios de adjudicación se han de referir al objeto del contrato y no a la empresa que lo ejecuta, cuya experiencia ya se prevé como criterio de solvencia, por ello el citado artículo 145.2 de la LCSP alude a la mejora de la experiencia del personal que ejecuta la prestación al aludir a *“La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo,”*. Asimismo, de una parte no se entiende bien la aclaración del órgano de contratación de que se refiere a la experiencia del sistema ofertado, y de otra que 20 años en cuestiones tecnológicas es un excesivo margen temporal dada la vertiginosa evolución de los sistemas.

No obstante conviene recordar al recurrente que nada tiene que ver la habilitación empresarial o autorización profesional que, en su caso, se ha de requerir a los contratistas como condición de aptitud prevista en el artículo 65.2 de la LCSP cuando una norma lo exija para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato, con la experiencia de la empresa que es un requisito habitualmente requerido a los licitadores como criterio de solvencia técnica.

Por lo expuesto procede estimar este motivo de impugnación por los argumentos expuestos en este apartado y en el anterior, por considerar que puede llegar a ser discriminatorio y desproporcionado.

6.3.- El tercer motivo de impugnación, se refiere a la prescripción 3.2 del PPTP características del software de gestión Kardex, alegando la recurrente que se refiere a marcas específicas, y que Kardex es el nombre de los sistemas automatizados de almacenamiento y dispensación de medicamentos como el que se quiere comprar, que justamente corresponde a la única empresa que tiene 20 años de experiencia y podrá acreditar 8 referencias iguales dentro de la Comunidad de Madrid.

En este sentido manifiesta que salvo que lo justifique el objeto del contrato, circunstancia que no se da en el presente caso, las especificaciones técnicas no pueden mencionar una fabricación o procedencia determinada, ni hacer referencia a marca, patente o a un tipo u origen determinado con la finalidad de favorecer o descartar a ciertas empresas o productos, así lo determina el artículo 126.6 de la LCSP, siendo el fin del mismo evitar que queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores, por lo que considera que la referencia mencionada vulnera la ley y debe ser eliminada por atentar contra la libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades.

El órgano de contratación en cuanto a este motivo de impugnación alega que la palabra kardex significa “archivador” y no hace alusión a ninguna empresa, ni en ningún momento se ha querido mencionar una fabricación o procedencia, a cuyos efectos cita algunas definiciones de internet como: *“El kardex no es más que un registro de manera organizada de la mercancía que se tiene en un almacén. Para hacerlo, es necesario hacer un inventario de todo el contenido, la cantidad un valor de medida y el precio unitario. También se pueden clasificar los productos por sus características comunes”* (Vázquez, L., 29/11/2011); *“El kardex no es más que un reporte organizado que muestra el movimiento (ingresos, salidas y a veces los ajustes)*

de los productos, dentro del almacén. [...] También podemos decir que es un sistema de control del inventario, ya que tiene con la suma de los ingresos menos la suma de las salidas, nos da el stock actual” (Chuquino, J., 21/07/2015).

El hospital concluye su informe indicando que *“Existe constancia fehaciente que más de un licitador puede optar según los requisitos y condiciones exigidas que figuran en los PPT y PCAP ya que se ajustan a lo estipulado en los artículos 1, 126, 132 y 145 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público”*. Afirmación esta última que no se compadece con el hecho de que solo hayan licitado al contrato dos empresas siendo una de ellas la recurrente.

Este Tribunal vista la justificación del órgano de contratación en cuanto a que la referencia efectuada en el PPTP 3.2 a Kardex es de carácter genérico a un organizador de mercancía y no está referido a un sistema concreto, considera que procede desestimar este tercer motivo de impugnación, dado que la referencia no atiende a una fabricación o procedencia determinada, marca, patente o tipo de producción, por lo que no se vulneraría lo dispuesto en el artículo 126 de la LCSP.

En definitiva se ha de modificar el PCAP en lo relativo a los criterios de adjudicación previstos en la cláusula 1 apartados 8.2.1 y 8.2.2, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.1 de la LCSP conllevará la retroacción de las actuaciones, debiendo respetarse en su nueva redacción lo dispuesto en los artículos 1, 64.1, 116.4.c), 132.1 y 145 de la LCSP. En este sentido cabe mencionar que el artículo 34 de la Ley al regular la libertad de pactos prevé en su apartado 1 que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, pero siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Como ha mantenido este Tribunal en numerosas resoluciones los pliegos han de proporcionar a los empresarios que participen en el procedimiento de contratación acceso en condiciones de igualdad sin crear obstáculos injustificados a la apertura de

la contratación pública a la competencia, con respeto a los principios generales de la contratación de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, y ajustando su actuación al principio de proporcionalidad, siendo este último determinante para evitar que la exigencia de una ponderación desproporcionada de un determinado criterio de adjudicación impida la efectividad de la garantía legalmente prevista de que las ofertas se evalúen en condiciones de competencia efectiva. Por tanto el órgano de contratación dispone de un ámbito de discrecionalidad para la fijación de los criterios de adjudicación y para atribuir a cada uno de ellos la ponderación que considere más adecuada en cada caso, pero dentro del marco legal y del respeto a los citados principios de la contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Algoritmos, Procesos y Diseños S.A., contra el anuncio y los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares del contrato de “Suministro e instalación de un sistema integral de almacenamiento y dispensación automatizada de medicamentos para el Hospital Central de la Cruz Roja” del Servicio Madrileño de Salud, con número de expediente P.A. HCCR 20/2019-SU, en los motivos que afectan al PCAP desestimando la impugnación de la prescripción 3.2 del PPTP. Por tanto, deben modificarse los dos criterios de adjudicación contenidos en la cláusula 1.8.2 apartados 1 y 2 del PCAP, en los términos previstos en el fundamento de derecho sexto, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la medida cautelar de suspensión que fue adoptada por este Tribunal por Acuerdo de 5 de febrero de 2020.

Cuarto.- 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 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.