

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

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BUIOARRAY, S.L., contra el anuncio y los pliegos rectores del contrato administrativo denominado “Servicio integral para la realización de determinaciones analíticas en laboratorios externos para el hospital universitario Ramón y Cajal”, expediente 2019000047, cuya entidad adjudicadora es el Servicio Madrileño de Salud - Hospital Universitario “Ramón y Cajal”, este Tribunal Administrativo ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 20 de mayo de 2020, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el día 5 de junio del mismo. Asimismo, la convocatoria fue publicada en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 21 de mayo de 2020, junto con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

El valor estimado del contrato es de 1.398.697,60 euros.

En fecha 28/05/2020, se incorpora al perfil el documento denominado “ANEXO 25” titulado “Anexo al pliego de prescripciones técnicas”, cuya copia se adjunta como ANEXO 2. En este documento se indica la cantidad estimada de unidades por cada uno de los tres lotes, así como el valor estimado del contrato, todo ello coincidente con el PCAP y PPT publicado.

En fecha 03/06/2020 se incorpora al perfil el documento denominado “ANEXO 26 CVC” titulado “Criterios cualitativos”, cuya copia se adjunta como ANEXO 3. Este documento modifica los Criterios Cualitativos inicialmente contemplados, en el sentido de convertir un criterio que en el PCAP figura como objetivo (“descripción detallada de solución informática [...]”) en subjetivo, convirtiendo un criterio subjetivo (“protocolo de acceso de los facultativos del hospital [...]”) en objetivo.

En fecha 19 de junio se incorpora una nueva modificación, una resolución en cuya virtud, aduciéndose error material, se modifica el contenido de la cláusula 1.6 PCAP, conforme el siguiente tenor: Donde dice: *“El adjudicatario deberá cumplir la normativa vigente, general específica, autonómica, estatal y comunitaria, en especial lo relativo a las Instrucciones PS 1/2019 sobre el procedimiento a seguir para la obtención de la licencia previa de funcionamiento de instalaciones de productos sanitarios de la AEMPS. Acreditara dicho cumplimiento mediante certificado vigente de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Debe decir: El adjudicatario deberá cumplir la normativa vigente, general específica, autonómica, estatal y comunitaria, en especial lo relativo a las Instrucciones PS 1/2019 sobre el procedimiento a seguir para la obtención de la licencia previa de funcionamiento de instalaciones de productos sanitarios de la AEMPS. Dándose traslado de la presente Resolución al Perfil del Contratante, Portal Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, para general conocimiento”.*

**Segundo.-** El recurso especial en materia de contratación se presenta el 19 de junio en base a:

- a) La nulidad de las modificaciones de los pliegos por no seguir el procedimiento legalmente previsto y no ampliar el plazo de presentación de proposiciones.
- b) Subsidiariamente, se considera que la exigencia de un requisito técnico vulnera el principio de concurrencia al exigir disponer para el lote 2 de una determinada prueba que solo dispone un proveedor para España y Portugal.

**Tercero.-** El 19 de junio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación.

**Cuarto.-** El 30 de junio de 2020, el órgano de contratación remitió 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 transpone 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 empresario eventual licitador cuyo objeto social encaja con el propio de esta y por ello cuyos *“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, administrador único de la sociedad.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues aunque el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares inicialmente se publica el 21 de mayo, según el recurso y la contestación, pues su registro no se conserva en el perfil, el anuncio de licitación se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad el 5 de junio y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 28 de mayo. Luego, las sucesivas alteraciones del Pliego hasta el mismo 19 de junio, día que se publica íntegramente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (es el registro del Pliego publicado que se conserva) hacen que el plazo de recurso a fecha 19 de junio que se interpone el recurso especial en materia de contratación, esté abierto, encontrándose pues dentro de los quince días hábiles prescritos por el artículo 50.1. b) de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2. a) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto a la alegación de que debió ampliarse el plazo para presentar proposiciones, que vencían el 22 de junio, habida cuenta la modificación de los Pliegos, el órgano de contratación contesta a una pretendida anulación de la modificación de los Pliegos por razones de tipo material : *“en relación a la nulidad de las modificaciones de pliegos realizadas”*. Cuando en realidad, lo que se discute es que la modificación se ha realizado sin seguir el procedimiento legalmente previsto con publicación, al no publicar nuevos anuncios ni ampliar los plazos para la presentación de proposiciones.

*“De acuerdo con el criterio expuesto, y teniendo en cuenta el artículo 67 LCSP (Contenido de pliegos) y 47.3 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, es posible introducir modificaciones en los pliegos, si bien se exige la correspondiente prórroga en los plazos de presentación de ofertas, dado el carácter muy significativo de la rectificación que en el presente caso se introduce en la publicación de los pliegos”*.

El artículo 136 de la LCSP establece que:

*“Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, asimismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124. En todo caso se considerará modificación significativa de los pliegos la que afecte a:*

- a) La clasificación requerida.*
- b) El importe y plazo del contrato.*
- c) Las obligaciones del adjudicatario.*
- d) Al cambio o variación del objeto del contrato.*

*La duración de la prórroga en todo caso será proporcional a la importancia de la información solicitada por el interesado”.*

El artículo 122.1 de la LCSP señala:

*“Artículo 122. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.*

*1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.*

A través del perfil del contratante se constata por este Tribunal que aunque se dice que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares se publican el 21 de mayo aparece una nueva publicación completa de los mismos el 19 de junio a las 12:46 horas ( la anterior no se localiza ) . El 28 de mayo se publica un “Anexo al PPT” con las cantidades y presupuestos de cada uno de los 3 lotes. En misma fecha se publica el anuncio de licitación a las 9:46 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y límite presentación de proposiciones el 22 de junio. El PPT original se publicó el 21 de mayo, pero no consta la publicación del PCAP en la misma fecha. El 3 de junio se publica un documento titulado criterios cualitativos, donde figuran los evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: hasta 55 puntos y criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: hasta 15 puntos. Total: 70 puntos. El 15 de junio a las 14:16 horas se publica una tabla actualizada de precios máximos

con múltiples precios para cada lote. Y el 19 de junio se publica una rectificación material de Pliego en los términos transcritos en antecedentes.

Se afirma por el órgano de contratación que , todas las aclaraciones han sido realizadas por solicitudes de los interesados en el expediente y han sido publicadas y comunicadas a través de plataforma electrónica para que los interesados al realizar sus ofertas dispusieran de una mayor información y que introduciendo modificaciones o cambios no supusiese una nueva forma de presentar las ofertas, prueba de ello es que ha habido dos licitadores que sí han entregado sus proposiciones a través de la plataforma electrónica VORTAL.

De la descripción expuesta se desprende que se han introducido modificaciones del objeto del contrato (pruebas o servicios, cuantía y precio de los mismos), así como también de los criterios de adjudicación, debiendo procederse pues a nueva licitación, dado que la ampliación del plazo de presentación de proposiciones cuando este ya ha vencido ( el 22 de junio ) no es posible.

Procede estimar este motivo del recurso.

En cuanto al segundo motivo del recurso solo por razones de economía procedimental se entra a su valoración. Según el recurrente, una de las pruebas que comprende el Lote 2, denominada “MammaPrint”, sólo puede realizarse por un operador económico dado que ostenta la distribución en exclusiva en España y Portugal de dicha prueba, por lo que estima que su inclusión en dicho Lote 2 junto a otras pruebas que otros muchos licitadores pueden prestar, impide una competencia efectiva en condiciones de igualdad y no discriminación, impidiendo a todo aquél que no disponga de dicha prueba poder resultar adjudicatario.

Según el órgano de contratación *“las condiciones del concurso permite la subcontratación de las pruebas que no estén disponibles para el proveedor. Es decir los proveedores podrán subcontratar esta prueba”*.

Este razonamiento no es de atención si es una prueba cuyos derechos en exclusiva tiene un distribuidor. Si es una cesión de derechos en exclusiva no hay subcontratación posible.

Tampoco si no se justifica la necesidad de esta prueba, sino que se afirma que es la que proporciona unos mejores resultados: *“se ha incluido “Mammaprint” porque es la plataforma mayormente utilizada por el hospital y que todas las plataformas actuales son exclusivas: Oncotype, Endopredict, PAM50, Prosigna, etc.”. “Entre las plataformas disponibles destacan Mammaprint y Oncotype con un nivel de evidencia IA aunque únicamente en el caso de Mammaprint se ha realizado un estudio prospectivo randomizado con ganglios positivos (1-3) que valida y autoriza su utilización en dicha situación”.*

Esto es, Mammaprint no es imprescindible, pero es la que proporciona mejores resultados.

Expuesta en estos términos, no está justificada la inclusión de la prueba, constituyendo una cláusula restrictiva de la competencia. Si fuera imprescindible y solo existiera un proveedor autorizado para su explotación tendrían que acudir a un procedimiento negociado por exclusividad.

Por estas razones esta cláusula vulnera el principio de concurrencia en su aplicación a las prescripciones técnicas (artículo 126 LCSP):

*“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.*

*“6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una*

*producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal 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, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».*

Procede la anulación de la referencia a Mammaprint del Anexo (lote 2) del Pliego de Prescripciones Técnicas.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de BUIOARRAY, S.L. contra el anuncio y los pliegos rectores del contrato administrativo denominado “Servicio integral para la realización de determinaciones analíticas en laboratorios externos para el hospital universitario Ramón y Cajal”, expediente 2019000047, cuya entidad adjudicadora es el Servicio Madrileño de Salud - Hospital Universitario “Ramón y Cajal, debiéndose proceder a nueva licitación y suprimiendo la mención a la técnica descrita en el motivo segundo.

**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.