



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

En Madrid, a 28 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.R.F., en nombre y representación de la empresa Roche Diagnostics S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para contratar el “suministro de reactivos y equipamiento necesarios para la realización de determinaciones analíticas de bioquímica de urgencias” para el Hospital Puerta de Hierro Majadahonda, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de julio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto para la contratación del “suministro de reactivos y equipamiento necesarios para la realización de determinaciones analíticas de bioquímica de urgencias”, con un presupuesto de licitación de 736.542,39 euros.



Comunidad de Madrid

Segundo.- El 8 de agosto la sociedad Roche Diagnostics S.L. (en adelante ROCHE) presenta ante el órgano de contratación anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación frente a la resolución de adjudicación.

El 8 de agosto, ROCHE interpone ante la dirección Gerencia del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

El recurso alega y fundamenta lo siguiente: incorrecta determinación de los “otros criterios de valoración evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas” ex art. 101.8 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación y del principio de libre concurrencia. Finaliza solicitando que se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula 8.2 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares y que se proceda a dar nueva redacción a la mencionada cláusula, de tal forma que se respeten los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia.

Tercero.- El órgano de contratación remite a este Tribunal el recurso junto con su informe el 12 de agosto.

Cuarto.- Con fecha 8 de septiembre de 2011, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

quinto.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 316.3 LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dentro de plazo se ha recibido escrito de Siemens Healthcare Diagnostics, S.L. (en adelante SIEMENS) en el que analiza cada uno de los criterios impugnados y defiende que no producen vulneración



Comunidad de Madrid

alguna del principio de igualdad y no discriminación ni del principio de libre concurrencia, solicitando la desestimación total del recurso presentado por ROCHE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Roche Diagnostics S.L., para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP y su representación.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 314.2.a) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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 la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 310.1. a) y 310.2 .a) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamente en la incorrecta determinación de los “otros criterios de valoración evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas”. Se argumenta por la recurrente que si bien es cierto que los pliegos de prescripciones técnicas definen las especificaciones de un modo amplio y genérico, hecho que en principio, propicia la libre concurrencia de licitadores, no puede afirmarse que dicho espíritu se mantenga a la hora de establecer los criterios de adjudicación del contrato. Señala que la formulación de los criterios de valoración



Comunidad de Madrid

implica una grave infracción de lo dispuesto en el artículo 101.8 de la LCSP y argumenta con diversas sentencias e informes de la Junta Consultiva relativos a la determinación de las prescripciones técnicas en los pliegos, pero no señala ningún argumento jurídico relativo a la determinación de los criterios de adjudicación que es, en realidad lo que se está impugnando.

Los criterios de adjudicación están recogidos en el apartado 8 del anexo I del PCAP recogiendo como criterios objetivos la oferta económica valorable con 60 puntos y bajo el título “otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas” valorables hasta con 40 puntos, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorado en la fase decisoria, una puntuación mínima de 20 puntos. Entre otros aparecen los siguientes que son objeto de impugnación:

| Criterio de valoración descripción | valoración | puntuación |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|------------|
| Reactivos para troponina I que permitan la determinación, mediante tecnología consolidada, de inmunoensayos homogéneos y medida de la señal quimioluminiscente | Si () | 10 |
| | No () | 0 |
| Total 10 puntos | | |
| Reactivos que permitan la determinación de inmunosupresores, en sangre completa, sin tratamiento externo de la | Si () | 10 |



Comunidad de Madrid

| | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|----|
| muestra previamente al proceso de análisis | No () | 0 |
| Total 10 puntos | | |
| Posibilidad de incorporar determinación de parámetros por inmunoensayo, que acorten tiempos de reacción, no requieran pasos intermedios de separación y lavados, ni medidas finales de actividades enzimáticas. | Si () | 10 |
| | No () | 0 |
| Total 10 puntos | | |
| Determinación de electrolitos mediante multisensor integrado. | Si () | 5 |
| | No () | 0 |
| Total 10 puntos | | |

De la lectura de los criterios del cuadro deduce el recurrente que “existen determinadas prescripciones técnicas que se encuentran definidas haciendo referencia a un procedimiento concreto o a una producción determinada que sólo se encuentra en condiciones de ofertar una determinada empresa del sector, hecho que produce una vulneración del principio de igualdad y no discriminación del principio de libre concurrencia”. De ello infiere que la formulación de los criterios de valoración



Comunidad de Madrid

en los términos descritos implica una infracción de lo dispuesto en el artículo 101.8 de la LCSP.

El artículo 1 de la LCSP señala que esta Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Por otra parte el artículo 123 LCSP, integrado en el Libro III "selección del contratista y adjudicación de los contratos" y por tanto expresamente aplicables a la adjudicación de los contratos y selección del adjudicatario, establece que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos en tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

La Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su apartado 46 precisa que "La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa."

En la legislación nacional el artículo 134.1 de la LCSP regula los criterios de adjudicación de la siguiente manera "Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente



Comunidad de Madrid

desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.

En definitiva, lo que persiguen tanto la LCSP como la Directiva 2004/18/CE, es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todos los licitadores, y que se apliquen en pie de igualdad para todos estos de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

Así lo recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland) que en su apartado 52 señala “La Comisión considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”. Señala esta misma sentencia que el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. Finalmente en el apartado 85 señala que “el hecho de que solo 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”.



Por consiguiente procede valorar si en el caso concreto objeto del recurso se cumplen esos requisitos. Tales criterios están relacionados con el objeto del contrato, no confieren a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionan expresamente en el PCAP y cabe ahora analizar si también respetan los principios fundamentales del derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación e igualdad de trato.

Conforme al principio de igualdad de trato, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicataria. Por ello la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a los órganos de contratación la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenden utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

Valorar las ofertas con respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva significa que, al igual que ocurre al definir las especificaciones técnicas, no se podrán valorar una fabricación o procedencia determinada o un procedimiento concreto ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o una producción determinada con la finalidad de descartar ciertas empresas o ciertos productos.

La finalidad del artículo 134 no es otra que evitar que la decisión de adjudicación quede prejuzgada o condicionada por la determinación de unos criterios que definan unas prescripciones técnicas limitativas de la concurrencia. Por ello el artículo 101 exige una definición de la prestación utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales.



Comunidad de Madrid

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7976) afirma que “el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.

La redacción de los criterios de adjudicación deberá hacerse de tal forma que no quede excluida de la valoración ninguna oferta con un rendimiento o con una funcionalidad adecuada para la finalidad que se atribuye al criterio seleccionado, aunque sólo un número relativamente restringido de licitadores pueda ajustarse a ellos. Esto descarta la mención de características técnicas que excluyan a todas las demás ofertas capaces de cumplir la misma función o dar el mismo rendimiento.

A la luz de los principios generales de la contratación señalados y en aplicación de los requisitos que para el establecimiento de los criterios de valoración de las ofertas establece el artículo 134 LCSP, según la interpretación de la jurisprudencia especialmente de la Unión Europea, cabe analizar cada uno de los supuestos incumplimientos alegados en los criterios seleccionados por el órgano de contratación y objeto del recurso.

1. *Reactivos para troponina I que permitan la determinación, mediante tecnología consolidada, de inmunoensayos homogéneos y medida de la señal quimioluminiscente.*

Alega la recurrente que la técnica descrita se encuentra patentada por una determinada empresa del sector de lo que se deduce que sólo ella puede ofertar la tecnología exigida y obtener los 10 puntos, haciendo referencia a la información publicada en internet por la empresa fabricante de la mencionada tecnología pero no aporta ninguna otra información que acredite lo alegado.



Comunidad de Madrid

En su escrito de alegaciones señala SIEMENS que existen como mínimo, dos patentes de empresas del sector de una tecnología que cumple con la descripción de este criterio de valoración. Estas patentes son LOCI, de Siemens Healthcare diagnostics S.L., y SPARCL de Beckman Coulter, cuyo distribuidor en España es IZASA Distribuciones Técnicas S.A.

El informe del Servicio de Laboratorio de Bioquímica del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda dice que el Servicio de Cardiología del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda estableció, hace más de 10 años, con el Servicio de Bioquímica, el uso de la Troponina I, siguiendo las recomendaciones internacionalmente admitidas. Las técnicas basadas en ensayos heterogéneos para la determinación de troponina I son técnicas que resultan más lentas en un proceso que requiere varias fases para finalmente necesitar reacciones acopladas, reacciones enzimáticas que pueden verse afectadas por contaminaciones bacterianas o interferencias de la cinética de la reacción. Debido al número de fases hay más posibilidades de errores, requieren tratamientos periódicos de descontaminación de los equipos y resultan procedimientos demasiado lentos para obtener resultados. Los inmunoensayos homogéneos tienen procesos más breves en las reacciones y ello conlleva a tiempos de respuesta menores.

El PPT describe los reactivos necesarios para la realización de las magnitudes bioquímicas y entre otras determinaciones exige troponina, un marcador bioquímico cardiaco, sin especificar ninguna forma. Al formular el criterio de adjudicación se valora con 10 puntos un reactivo para la determinación de troponina I, una de las isoformas de la troponina, especialmente implicada en el diagnóstico y seguimiento del síndrome coronario agudo, que al parecer es más cardioespecífica. Asimismo se valora que la prueba consista en un inmunoensayo homogéneo que parece ser más fácil y rápido de realizar. Si bien, la determinación específicamente de la troponina I y la rapidez de la prueba podría aplicarse como un criterio de valoración a considerar por el órgano de contratación, como un plus de exigencia



Comunidad de Madrid

sobre las condiciones ya requeridas en el pliego, se señala una tecnología de inmunoensayos homogéneos y medida de la señal quimioluminiscente que hacen referencia a una tecnología determinada.

Se afirma en el informe que existen al menos dos empresas que pueden cumplir dicha tecnología, sin embargo, considera este Tribunal que la determinación de tal característica o bien se justifica y se establece como especificación técnica a exigir añadiendo la expresión o equivalente o bien, si se pretende mantener como criterio de adjudicación, se modifica sin especificar la tecnología necesaria.

Al haberse mencionado de manera expresa un procedimiento sometido a patente sin contemplar la posibilidad de tener en cuenta otros productos con funcionalidades similares, el criterio es contrario al principio de igualdad de trato al artículo 134 LCSP. En consecuencia, procede admitir las alegaciones realizadas por la recurrente respecto al criterio impugnado.

2. Reactivos que permitan la determinación de inmunosupresores, en sangre completa, sin tratamiento externo de la muestra previamente al proceso de análisis.

Según la recurrente este tipo de reactivos son fabricados exclusivamente por una de las empresas del sector, siendo lo habitual en el resto de fabricantes, que el proceso descrito se realice en suero o plasma.

En su escrito de alegaciones señala SIEMENS que la recurrente se equivoca en su argumento ya que todas las determinaciones de inmunosupresores se tienen que hacer en sangre completa, siendo así fabricados por todas las casas comerciales, incluso de la propia recurrente.

El informe del Servicio de Laboratorio de Bioquímica del Hospital Puesta de Hierro Majadahonda dice que son abundantes las razones que aconsejan la determinación en sangre total independientemente de que nada impida hacer la



Comunidad de Madrid

determinación de niveles de inmunosupresores en cualquier fluido del organismo (plasma, suero, bilis, orina, incluso leche materna). El uso de sangre total para la determinación de inmunosupresores responde a consideraciones farmacocinéticas de los medicamentos y a su distribución en el torrente sanguíneo. La determinación sin necesidad de un tratamiento externo de las muestras es importante por el gran número de muestras que se procesan, por los errores acumulativos que se pueden producir por ser un método manual ligado a la pericia de quien lo realiza, es lento ya que requiere las fases que se han reseñado y porque se trata de eliminar fases del proceso que puedan automatizarse.

Puesto que lo que se pretende con el criterio es la valoración de las ofertas que presenten reactivos que permitan la determinación de inmunosupresores y se justifica la conveniencia de hacerlo en sangre completa, en función del mejor rendimiento, se está incluyendo una condición técnica que no vincula a un procedimiento concreto ni limita la concurrencia.

Por tanto procede rechazar el recurso en cuanto a este criterio, por considerarlo ajustado a derecho.

3. Posibilidad de incorporar determinación de parámetros por inmunoensayo, que acorten tiempos de reacción, no requieran pasos intermedios de separación y lavados, ni medidas finales de actividades enzimáticas.

Señala la recurrente que esta posibilidad únicamente la permite la tecnología patentada por una determinada compañía reproduciendo la información obtenida de internet sin especificar la página y sin aportar otros datos que lo acrediten.

En contra de lo manifestado, señala SIEMENS que existen dos patentes del sector de una tecnología que cumple con estos requisitos: las ya indicadas LOCI y SPARCL. Se trata de una tecnología última en el mercado, por lo que es razonable que un hospital de primer nivel quiera acceder a las últimas tecnologías



Comunidad de Madrid

desarrolladas por las casas comerciales, aportando mejoras en el tiempo de respuesta y diagnóstico, que repercuten en la mejora de la atención al paciente.

El informe del Servicio de Laboratorio de Bioquímica del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda dice que lo expuesto en la alegación primera a propósito de los inmunoensayos heterogéneos y homogéneos, vale para responder aquí. Se trata de contemplar la posibilidad de poder poner en marcha técnicas que simplifiquen el proceso de inmunoanálisis, evitando el mayor número de reacciones acopladas, con medidas de productos de reacción siempre sometidas a mayores interferencias y, por tanto a errores, con un menor tiempo y con menores interferencias en todas aquellas pruebas que se puedan adaptar a este tipo de metodologías.

El criterio valora la posibilidad de incorporar determinación de parámetros que acorten tiempos de reacción, no requieran pasos intermedios ni medidas finales como una mejor tecnología, por lo que resulta lógico que el órgano de contratación quiera valorar esta mejor prestación, en función del mayor rendimiento, se está incluyendo una condición técnica que no vincula a un procedimiento concreto ni limita la concurrencia, por lo que el criterio se ajusta a derecho.

4. Determinación de electrolitos mediante multisensor integrado.

Se alega por la recurrente que también este sistema de determinación de electrolitos es exclusivo de una mencionada empresa del sector, señalando que existen otras alternativas de igual calidad.

Por SIEMENS, en el trámite de alegaciones, se reconoce que es cierto que el sistema de multisensor integrado es exclusivo de SIEMENS. Sin embargo, el cumplimiento de este requisito de valoración supone sólo 5 puntos y supone que el hospital tenga un sistema que permite acortar el tiempo de respuesta de parámetros críticos lo que reporta un claro beneficio en la atención a los pacientes críticos y de urgencias.



El informe del Servicio de Laboratorio de Bioquímica del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda dice que el uso de multisensores implica una tecnología más avanzada en todos los campos de la investigación, de la industria y de la analítica y en sus aplicaciones clínicas. El uso de multisensor mejora el rendimiento en la determinación de iones, la determinación es sumamente rápida, se simplifica el proceso de sustitución del multisensor en caso de caducidad o fallo y el acondicionamiento prácticamente es inmediato, tiene una inmejorable imprecisión interseries e intraserie, un amplio intervalo de medida, escasos volúmenes de muestras y de los fluidos y requieren un consumo mínimo.

Lo que se pretende con la valoración de este criterio es tener en cuenta la mejora del rendimiento en la determinación de iones, intención bastante loable, pero se hace señalando expresamente una tecnología determinada, no valorando la posible existencia de otras tecnologías que puedan ofrecer rendimientos similares, por lo tanto el criterio, en su formulación, no permite la valoración en condiciones de competencia efectiva y no se ajusta a derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 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 interpuesto por Roche Diagnostics S.L., contra el Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para contratar el “suministro de reactivos y equipamiento necesarios para la realización de determinaciones analíticas de bioquímica de urgencias”, declarando,



Comunidad de Madrid

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317. 2 LCSP, la nulidad de los criterios del apartado 8.2 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señalados en el cuerpo de esta Resolución y consiguientemente la necesidad de convocar una nueva licitación en la que se redacte el citado apartado adaptado a los pronunciamientos de esta resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 319 LCSP.