

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por don E.T.T., en nombre y representación de GRIFOLS MOVACO, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB) en donantes de sangre”, tramitado por el Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid, Expediente P.A. SUM 007/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Resolución de 8 de julio de 2015, de la Dirección Gerencia del Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid, se convocó procedimiento abierto para la contratación del “Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB) en donantes de sangre”. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 14 de julio, en el BOE de 27 de julio y en el BOCM y perfil de contratante de fecha 20 de julio. El valor estimado

asciende a 2.898.347,11 euros.

**Segundo.-** El 30 de julio de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de GRIFOLS MOVACO, S.A. (en adelante MOVACO), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del suministro mencionado en el que solicita la anulación o modificación de los pliegos.

El recurso alega que se incluyen criterios de adjudicación y las prescripciones técnicas que limitan la concurrencia.

El 31 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

**Tercero.-** Con fecha 30 de julio, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación a partir del día siguiente a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP), pues entiende que los criterios de

adjudicación y las prescripciones técnicas limitan la concurrencia.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados y puestos a disposición de los interesados el 27 de julio e interpuesto el recurso el 30 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

**Quinto.-** Como primer motivo de recurso se manifiesta que *“En el Pliego de cláusulas administrativas particulares, no se establece de forma clara cuál es la puntuación mínima a obtener en la primera fase de la Licitación, ya que el Pliego se limita a indicar “lo que corresponda” a la hora de evaluar los puntos necesarios para que la oferta pueda ser valorada en fase decisoria.*

*En ese sentido, el criterio establecido en el punto 8 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que indica que los “reactivos listos para uso estables a 4º centígrados”, podría excluir la oferta de Movaco ya que uno de los reactivos de Movaco debe conservarse congelado hasta el momento de su utilización, mientras que los reactivos MPX de Roche Diagnostics, S.L. (“Roche”), otro de los licitadores sí se conservan a 4º centígrados.*

*Asimismo, el criterio establecido en el punto 8 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que indica la “posibilidad de detección de carga viral” es un claro sesgo a favor del sistema Cobas MPX 6800/8800, ya que es el único sistema comercialmente disponible que puede realizar tanto la detección del genoma (objeto del concurso). como la detección de la carga viral. En ese sentido. los sistemas Panther de Movaco no tiene la capacidad de detección de carga viral.*

*En consecuencia de lo anterior, en el supuesto de que Movaco no superase ninguno de los antedichos criterios, la puntuación técnica sería de 0 puntos y, por tanto, Movaco quedaría excluida de la fase de valoración económica, que supone un total de 80 puntos.”*

A efectos de resolver las cuestiones señaladas en el escrito de recurso conviene recordar que la cláusula 1.8 del PCAP fija como criterios de adjudicación:

*“1. El precio .... 80 puntos.*

*2. Calidad técnica de la oferta ... 20 puntos.*

*Solo se valorará a aquellas ofertas que hayan superado los criterios técnicos expresados en el pliego de prescripciones técnicas y se valorarán de la siguiente forma:*

*- Estabilidad y facilidad de manejo de reactivos ..... 15 puntos.*

*Reactivos listos para su uso, estables a 4°C ... 15 puntos.*

*Reactivos no estables a 4°C .....0 puntos.*

*- Posibilidad de detección de carga viral ..... 5 puntos.*

*Posible ..... 5 puntos.*

*No posible ..... 0 puntos.*

*(1) De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los señalados con el/los números (los que corresponda/n), siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de (lo que corresponda), en relación con los criterios que vayan a operar en la fase de valoración.”*

Ningún reproche se hace sobre la legalidad los concretos criterios de adjudicación relativos a la calidad técnica de la oferta fijados para la adjudicación más allá de señalar que MOVACO no los cumple. La consecuencia de no acreditar el cumplimiento de esas características, es que los productos ofertados serían valorados en ese aspecto con cero puntos como indica el pliego, sin que ello suponga incumplimiento de las condiciones técnicas ni exclusión del procedimiento.

En la valoración del criterio calidad, la consecuencia de la oferta de un producto que no cumple un parámetro mínimo de calidad podría suponer su valoración con 0 puntos. En cambio, en el caso de que se incumplieran las exigencias mínimas o si se quiere las prescripciones técnicas requeridas en los pliegos, debería rechazarse la oferta en su conjunto, sin ni siquiera entrar a valorarla, evitando que por las vicisitudes de la valoración pudiera resultar adjudicataria una oferta que no cumpliera las necesidades mínimas fijadas por el órgano de contratación de acuerdo con el artículo 22 del TRLCSP, cuando decide convocar la licitación.

Aunque como se ha dicho ningún reproche se hace en el recurso a la legalidad de dichos criterios, procede constatar que los mismos cumplen los requisitos del artículo 150 del TRLCSP, en cuanto están vinculados al objeto del contrato.

El órgano de contratación motiva el criterio “*estabilidad y facilidad en el manejo de los reactivos*” en que el Centro de Transfusión procesa una media de 1.100 muestras diarias, siendo el laboratorio NAT clave para la liberación de resultados de las donaciones realizadas. La sencillez en el manejo de los reactivos, ahorra tiempo, costes, disminuye los errores, así como problemas en los resultados de la técnica por alteraciones derivadas de la homogeneización en la preparación de los reactivos, tras la descongelación. Por ese motivo el Centro valora las ofertas que incluyan reactivos listos para su uso, estables a 4°C, en lugar de reactivos congelados.

En relación al criterio “*posibilidad de detección de carga viral*” el órgano de contratación justifica que los centros de transfusión deben verificar cada donación de sangre y los componentes de acuerdo con normas que garanticen que se han adoptado las medidas necesarias para proteger la salud tanto del donante como del receptor y les corresponde registrar los resultados de la evaluación y comunicar al donante cualquier resultado anómalo, a la que que facilitar el asesoramiento correspondiente. La carga viral es un dato que permite distinguir entre periodos

ventana y fases residuales de las infecciones siendo por ello esencial que la detección de la carga viral figure en este procedimiento.

Como es sabido todo el sistema de contratación pública en su regulación tanto de la Unión Europea como nacional, persigue la selección de la oferta económicamente más ventajosa, (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Gebroeders Beentjes, 31/87) respetando los principios de igualdad, libre concurrencia, y transparencia en la adjudicación. Para lograr esa igualdad y transparencia la Ley establece un sistema de adjudicación para los procedimientos abiertos basado en unos criterios cuya valoración de acuerdo con la ponderación que se haya establecido en los documentos que han de regir la licitación (pliegos), permitiría en principio dicha selección con respeto a los indicados principios. Dichos criterios no aparecen enunciados en la ley de forma exhaustiva, pero de forma enunciativa en función del contrato, la calidad puede ser uno de los criterios elegidos, tal y como se reconoce en la Sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC, Construction, C-19/00, cuyo contenido se recoge en el artículo 150 TRLCSP, “*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 defecto imputado al PCAP por la recurrente es que no indica el umbral que es necesario superar para que la oferta económica pueda ser valorada y que al no obtener los 20 puntos posibles en el criterio “*calidad técnica de la oferta*” MOVACO quedaría excluida de la fase de valoración económica.

El apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP establece dos umbrales: (i) que para la valoración de la calidad técnica de la oferta es necesario cumplir las condiciones fijadas en el PPT, y (ii) que, en el caso de señalarse respecto de algún criterio, debe obtenerse una puntuación mínima en el mismo para continuar en la siguiente fase.

La primera condición, la necesidad de que la oferta técnica se adecúe a las prescripciones técnicas es una consecuencia de la vinculación de los pliegos como ley del contrato y su aceptación por los licitadores por la presentación de la oferta (artículo 145 TRLCSP), y no es objeto de debate en el recurso.

La segunda condición, la de obtener una puntuación mínima para pasar a la siguiente fase de valoración, no figura en el PCAP como tal. La llamada (1) que recoge el modelo tipo del pliego debió ser adecuadamente cumplimentada en caso de hacer uso de ello o eliminada en caso contrario. No obstante, se ha incluido en el pliego aprobado sin darle un contenido concreto, pues ni se ha mencionado cual o cuales de los criterios (“*los que correspondan*”) se valorarán en una primera fase, ni se ha fijado la puntuación mínima necesaria (“*lo que corresponda*”), de lo cual solo cabe interpretar que no se ha establecido la necesidad de superar un umbral mínimo en alguno de los criterios de adjudicación.

**Sexto.-** El apartado 3 del PPT relativo a la descripción del suministro establece *“técnica simultánea y cualitativa de amplificación de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), hepatitis B (VHB) y virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) 1 y 2, con identificación directa del virus implicado.”*

Como segundo motivo de recurso se alega *“En relación al Pliego de prescripciones técnicas, Movaco considera que en el punto 3 (Prescripciones técnicas de carácter general) cuando se establece que “técnica simultánea y cualitativa de amplificación de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), hepatitis B (VHB) y virus de inmunodeficiencia humana (VIH) 1 y 2 con identificación directa del virus implicado” al indicar “con identificación directa del virus implicado”, los reactivos de Roche son los únicos del mercado con esa característica, mientras que otros reactivos como los reactivos Procleix de Movaco identifican al virus implicado mediante la utilización de ensayos discriminatorios, y esto puede ser interpretado como una “no identificación directa”, excluyendo a Movaco de la Licitación por no cumplir las prescripciones técnicas de carácter general.”*

El artículo 116 del TRLCSP relativo a los pliegos de prescripciones técnicas dispone que el órgano de contratación aprobará los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la ley. Por tanto las prescripciones técnicas son el instrumento que define las calidades de las prestaciones.

El artículo 117.2 del TRLCSP establece que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

El artículo 117.8 dispone que, salvo que el objeto del contrato lo justifique, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. El órgano de contratación tiene competencia para determinar el objeto del contrato y justifica la adecuación de lo requerido para cumplir dicho objeto considerando además que es esencial lo requerido.

Por parte del Tribunal, se observa que en el PPT no aparece ninguna mención de las que cita el artículo 117.8 del TRLCSP que limite la concurrencia o que permita considerar que su finalidad es la de favorecer o descartar a ciertas empresas o ciertos productos.

En relación con el principio de igualdad de trato la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Helsingin Kaupunki, manifiesta 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 requisitos aplicados por dicha entidad para determinar la oferta más ventajosa económicamente no puede por sí solo constituir una violación del principio de igualdad de trato”.*

En consideración con lo anterior, en el presente caso, este Tribunal no aprecia que el contenido de los Pliegos vulnere el principio de igualdad de trato y libre concurrencia, al no resultar acreditado que la actuación de la Administración se haya dirigido a favorecer a una empresa determinada discriminando a los licitadores, de tal forma que la condición establecida impida concurrir a la licitación.

Según informa el órgano de contratación la prescripción impugnada permite identificar dentro de una prueba multitest cuál es el virus que afecta a la muestra en estudio, así como la posibilidad de conocer si la muestra está infectada por un solo virus o son más de uno los implicados. Sin esta técnica es necesario realizar una prueba discriminatoria para cada uno de los tres virus, para saber si se trata de un solo virus o cuales están implicados. Esta necesidad de segundas pruebas, retrasa la información, además de suponer una mayor dedicación del personal, así como mayor coste económico.

En el caso que nos ocupa el órgano de contratación ha determinado en los Pliegos, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 22 del TRLCSP, la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir mediante el contrato y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas y para ello ha incluido la exigencia de que la técnica ofertada permita la identificación directa del virus implicado. Tal exigencia resulta acorde con las funciones del Centro de Transfusión y el objeto del contrato y se aprecia que evidentemente se encuentra interrelacionado.

Este Tribunal desestimó, mediante Resolución 172/2013, de 23 de octubre, el recurso formulado contra la exigencia de un *“equipamiento que permita la*

*determinación de la carga viral” en caso de muestras positivas en un pliego del mismo Centro de Transfusión y con el mismo objeto, razonando que dicha exigencia tiene relación con el objeto del contrato y las funciones del Centro. Dicha Resolución fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 182/2015, de 10 de abril, que en sus fundamentos de derecho señala, y es trasladable al supuesto que nos ocupa, que “es el órgano de contratación el que, en función de sus necesidades, decide los contratos (y por supuesto su contenido) que entiende necesario realizar para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, teniendo libertad las empresas de concurrir o no a las licitaciones, sin que la discrecionalidad y el criterio de la Administración pueda sustituirse por el personal del recurrente que considera que para satisfacer la necesidad administrativa no era necesario el suministro de equipos para la determinación de la carga viral”. Examinado si se vulnera el TRLCSP, lo que constituiría un límite a las facultades de la Administración, afirma que “la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar el equipo no implica imposibilidad absoluta de que otras empresas del mercado lo puedan ofertar, tampoco acredita la recurrente que no pueda conseguirlo si lo desea, siendo así que la concurrencia competitiva tampoco exige un determinado número de competidores, no limitándose la concurrencia tampoco cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de obtener los equipos requeridos en la licitación y ofrecerlos”.*

En consecuencia, procede desestimar la pretensión de anulación de los pliegos y la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## ACUERDA

**Primero.-** Desestimar el recurso especial, interpuesto por don E.T.T., en nombre y representación de GRIFOLS MOVACO, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB) en donantes de sangre”, tramitado por el Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid, Expediente P.A. SUM 007/2015.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal el 30 de julio.

**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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.