

Recurso nº 145/2013
Resolución nº 140/2013

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don E.T.T. en nombre y representación de MOVACO S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el contrato de suministro de sistemas para el control de los tiempos de protombina en sangre con destino a los centros sanitarios de atención primaria del Servicio Madrileño de Salud PA SUM 07-2013 GAP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha de 19 de agosto de 2013 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y el 10 de agosto en el Diario Oficial de la Unión Europea, la Resolución del Gerente de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se pública la convocatoria de licitación del contrato de suministros de sistemas para el control de los tiempos de protombina en sangre con destino a los centros sanitarios de atención primaria del Servicio Madrileño de Salud, a adjudicar por procedimiento abierto, criterio único precio, con un valor estimado de 4.600.000 euros.

Segundo.- En el punto 5 del apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) "Descripción del Analizador. Especificaciones Técnicas", se solicita que los analizadores sean "*portátiles, con batería integrada que forme parte del equipo y conexión a la red para su carga*".

Tercero.- El 3 de septiembre MOVACO S.A., remitió al órgano de contratación anuncio de interposición del recurso especial en materia de contratación y el 4 del mismo mes presenta ante este Tribunal el recurso anunciado contra el PPT.

Alega que algunos de los requisitos del Pliego incluyen condiciones no relacionadas con el procedimiento, la calidad y/o la economía en el proceso analítico del PA SUM 07-2013 GAP.

MOVACO entiende que el requisito citado del punto 5 del apartado 2 del PPT no debería incluirse en el Pliego por considerarlo excluyente, teniendo en cuenta que dichos analizadores pueden funcionar tanto conectados a la red como con pilas recargables o de un solo uso.

En segundo lugar alega MOVACO que el adjudicatario del anterior procedimiento PA SUM 07-2012 GAP ofertó el analizador "Coaguchek XS Pro" instalándose desde el primer momento el modelo Coaguchek XS (que funciona con pilas y no con baterías internas recargables, tal y como consta en sus especificaciones técnicas) el cual a día de hoy sigue instalado conjunta e indistintamente con el modelo ofertado por el adjudicatario para el procedimiento PA SUM 07-2012 GAP (Coaguchek XS Pro).

Considera que la posible exclusión de MOVACO por el motivo de las baterías recargables indicado anteriormente, no relacionado con el procedimiento, calidad y/o economía en el proceso analítico del PA SUM 07-2013 GAP, limitaría la concurrencia de uno de los tres principales proveedores de este tipo de material con marcaje IVO CE y FOA.

Finaliza, solicitando que se acuerde la eliminación del punto 5 del apartado 2 del PPT por considerarse el mismo excluyente.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente de contratación acompañado del correspondiente informe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), lo que se realizó el 10 de septiembre de 2013.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso para formular alegaciones puesto que el recurso se formula contra el PCAP y en el expediente remitido no consta la existencia de otros interesados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa MOVACO S.A. para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, pues se trata de una persona jurídica que manifiesta su interés en licitar y cuyos derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Se alega en el recurso que MOVACO está interesada en la licitación del suministro de sistemas para el control de los tiempos de protombina en sangre con destino a los centros sanitarios de atención primaria del Servicio Madrileño de Salud y se considera legitimada porque sus derechos o intereses legítimos se pueden ver perjudicados toda vez que el Pliego incluye algunos requisitos no relacionados con el procedimiento, la calidad y/o la economía en el proceso analítico del PA SUM 07-2013 GAP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- El plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP para la interposición del recurso especial en materia de contratación será de “*quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado*”, añadiendo en su apartado a) que “*Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley*”.

Es doctrina consolidada de este Tribunal que si no es posible conocer la fecha efectiva en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores.

El plazo de presentación de ofertas finaliza el día 16 de septiembre, por tanto, el recurso presentado el día 4 está dentro de plazo.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PPT correspondiente a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. a) y 40.2.a) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso alega, en primer lugar, en la vulneración del principio de libre concurrencia en la definición de la prescripción técnica del punto 5 del apartado 2 del PPT.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, “*la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*”. El órgano de contratación puede determinar el tipo de material que desea utilizar y las condiciones técnicas adecuadas. Como límite a la determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP. Así lo reconoce también la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1996, cuando señala que “*las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre concurrencia...*”.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público. 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*”. Esto supone la necesidad que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de la misma que excluya a todas las demás capaces de cumplir igual función.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato, debe hacerse teniendo en cuenta el considerando 29 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo,

sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios: “*Las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia. A tal efecto, debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para lograrlo, por una parte debe ser posible establecer las especificaciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales y, por otra, en caso de referencia a la norma europea –o, en su defecto, a la nacional– los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en soluciones equivalentes.*”

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 Heisnsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato, manifiesta que éste 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. En cuanto a la amplitud de la misma, 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 lo mismo el hecho que solo alguno de los potenciales licitadores puedan cumplir una prescripción técnica no constituye una violación del principio de igualdad de trato. Tampoco del principio de libre concurrencia, pues acreditada en el expediente la necesidad de la condición técnica, cualquier productor está en condiciones de adecuar su producción a lo solicitado.

Expuestas las anteriores consideraciones jurídicas cabe aplicarlas al supuesto concreto planteado en el recurso. Se impugna el punto 5 del apartado 2 del Pliego (“Descripción del Analizador. Especificaciones Técnicas”), donde se exige que los

analizadores sean "*portátiles, con batería integrada que forme parte del equipo y conexión a la red para su carga*".

El informe del órgano de contratación señala que la adquisición de analizadores con batería integrada resulta fundamental para la inmediatez de la prueba al usuario. El uso de la batería integrada y con conexión a la red en el equipo garantiza el total suministro eléctrico para el funcionamiento, bien en el centro de salud o bien en la prueba que se realice a domicilio del paciente. La adquisición de analizadores con pilas recargables o de un solo uso supone tener que adquirir un consumible y/o reponer a todos los centros de forma periódica dependiendo de la vida de la pila recargable o de un solo uso. Tenemos que tener en cuenta que las pilas recargables duran menos que la batería requerida en la licitación.

Dado que el número total de analizadores existentes actualmente es de 2.072 unidades, que se utilizan en unos 400 centros sanitarios, así como en los domicilios de los usuarios, con la batería integrada se garantiza el poder realizar la determinación de protombina en sangre en todo momento.

Por todo lo anterior, señala el órgano de contratación, que este procedimiento garantiza la calidad en la prueba realizada y la economía en el proceso analítico.

En este momento procede analizar si con otras características diferentes a las requeridas a los analizadores, como por ejemplo pilas recargables que propone la recurrente, se obtendría el mismo resultado en cuanto a la funcionalidad del equipo analizador o si se están excluyendo a aquellas otras ofertas que también son capaces de cumplir la misma función y satisfacen las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato.

En los Pliegos no se menciona una fabricación o procedencia determinada, ni se requieren marcas, sino una condición técnica a la que deberán adaptarse las ofertas, aunque pretende la recurrente hacer equivalentes los analizadores

conectados a red o que funcionan con pilas recargables o de un solo uso tal como señala el órgano de contratación las prestaciones no son equivalentes, pues los primeros no garantizan la portabilidad y los segundos requieren la reposición periódica de las pilas. El Tribunal considera justificado lo requerido por la mayor durabilidad de las baterías que las pilas y porque no se precisan repuestos periódicos, no debiendo confundir la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar dicho producto, con una imposibilidad absoluta de las empresas del mercado para realizar la oferta. No se constata, por tanto infracción del principio de libre concurrencia.

Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una característica concreta, que viene determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación o formato que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada, ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

Por tanto, este Tribunal entiende que la condición técnica, está justificada por las necesidades a satisfacer, por ser la más idónea para el cumplimiento del objeto del contrato, no limita la concurrencia y se adecúan a lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP.

Séptimo.- En segundo lugar se manifiesta que en la anterior licitación a pesar de exigirse como prescripción técnica los analizadores con batería se han suministrado analizadores con pilas.

Señala el órgano de contratación que en el último procedimiento de adjudicación esta característica ya se encontraba recogida como condición técnica indispensable. Que al inicio de la ejecución del contrato anterior el adjudicatario entregó algunos analizadores con pila recargable por desabastecimiento dada la cantidad de equipos adjudicada, pero por la Gerencia inmediatamente se le instó a que procediera a sustituir el analizador llevándose a cabo de forma programada.

Ni por el recurrente se prueba el incumplimiento alegado, ni corresponde al Tribunal el enjuiciamiento de la fase de ejecución de los contratos, por lo que dicha alegación no puede ser tenida en cuenta. Tampoco es determinante para una licitación, ni el objeto, ni las características de licitaciones anteriores.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don E.T.T. en calidad de administrador solidario de MOVACO, S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el contrato de suministro de sistemas para el control de los tiempos de protombina en sangre con destino a los centros sanitarios de atención primaria del Servicio Madrileño de Salud a adjudicar por procedimiento abierto criterio precio PA SUM 07-2013 GAP.

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.- 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 49 del TRLCSP.