

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

En Madrid, a 28 de julio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.M.L., en nombre y representación de Abbot Laboratories, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas correspondientes al contrato “Suministro de reactivos para serología II e inmunoserología para el laboratorio de análisis clínicos de Madrid Salud”, lote 1 número de expediente: 3000201600843, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17 y 18 de junio de 2016, se publica respectivamente en el DOUE y en el BOE la convocatoria de licitación para el suministro de reactivos para serología II e inmunoserología para el laboratorio de análisis clínicos de Madrid Salud, dividido en dos lotes con pluralidad de criterios y un valor estimado del contrato de 365.980,50 euros.

Consta en el anuncio de licitación que la fecha límite de presentación de ofertas es el 11 de julio de 2016.

Debe destacarse en relación con el objeto del recurso que la cláusula 2.2 del PPT exige respecto del equipo analítico a suministrar, *“puntas desechables que eviten el arrastre entre muestras”*.

Segundo.- Con fecha 7 de julio de 2016, previa la presentación del anuncio previsto en el artículo 44.1 del texto refundido de la ley de contratos de Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP) se presentó recurso especial en materia de contratación contra el PPT, solicitando que se anulen los pliegos impugnados, en particular la cláusula 2.2 del PPT respecto del lote 1 por cuanto considera que la exigencia de puntas desechables, no responde a los términos del artículo 117.3 del TRLCSP ni a lo establecido en el artículo 42 de la Directiva 2014/724/UE.

El mismo día se requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, lo que se verificó el día 12 de julio, solicitando la desestimación del recurso, exponiendo las conclusiones de un informe del Laboratorio de Análisis Clínicos de Madrid, que examinaremos con el fondo del asunto.

Tercero.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de audiencia al resto de interesadas en el procedimiento de licitación para que formularan alegaciones, habiendo presentado escrito la empresa Ortho Clinical Diagnostics Spain, el 20 de julio, en las que aduce que la exigencia controvertida *“debe considerarse una precisión técnica ligada a una característica propia de la eficacia del producto y nunca un motivo único de exclusividad que se traiga a colación con el objetivo de quebrantar el principio de libre concurrencia en la licitación”*. Asimismo el 20 de julio la empresa Roche Diagnostics, S.L.U., presenta escrito de alegaciones oponiéndose al recurso presentado invocando la discrecionalidad del órgano contratante para definir los requerimientos técnicos del contrato, añadiendo una explicación técnica sobre la exigencia controvertida que examinaremos más adelante.

Cuarto.- Con fecha 13 de julio este Tribunal dictó Resolución por la que se acuerda la suspensión del procedimiento, hasta que se dicte la correspondiente Resolución al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Madrid Salud es un organismo autónomo del Ayuntamiento de Madrid, del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Aunque en el recurso se diga que el mismo se dirige contra ambos pliegos lo cierto es que toda su argumentación se centra en la cláusula 2.2 del PPT que debe por tanto considerarse el acto recurrido en la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que procede contra el mismo recurso especial de acuerdo con el artículo 40.1.a) y, 40.2.a) del RLCSP.

Tercero.- El recurso se presenta en tiempo y forma, pues la publicación de la convocatoria tuvo lugar el 17 y 18 de junio de 2016, siendo puestos los pliegos a disposición de los licitadores en el perfil de contratante el 20 de junio y el recurso se interpuso el 7 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- La recurrente está legitimada como potencial licitadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Quinto.- En cuanto al fondo de la cuestión que se plantea en el recurso el mismo se

contrae al examen de la adecuación a derecho de la exigencia del punto 2.2 del PPT en cuanto a las características que han de tener los equipos analíticos, en concreto *“puntas desechables que eviten el arrastre entre muestras”*.

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”*. Corresponde por tanto al órgano de contratación determinar el tipo y las condiciones técnicas adecuadas de los productos que pretende adquirir si bien con el límite en la determinación de las prescripciones técnicas del 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.

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 de 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 excluyan a todas las demás capaces de cumplir igual función, según viene declarando este Tribunal en sus Resoluciones.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas conculcan los principios de libre concurrencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en

cuenta la Directiva 2014/24/CE, que en su considerando 74 establece que *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (...)”*. Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos.

No existe en el TRLCSP un elenco cerrado de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien desde un punto de vista interpretativo pueden considerarse como tales los descritos en el apartado 8 del citado artículo, referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado. Las especificaciones técnicas tampoco pueden implicar la descripción del producto en términos en los que, aun omitiendo la marca, se singularice el producto de tal modo que se impida la concurrencia. Esto sería un fraude de ley. De la regulación expuesta se concluye que las especificaciones técnicas:

- a) Deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, no pudiendo tener el efecto de crear obstáculos injustificados.
- b) Deben permitir la diversidad de soluciones, no pudiendo imponer una concreta solución cuando existan varias en el mercado.
- c) No pueden describir el producto haciendo mención a una marca concreta.
- d) No pueden describir el producto sin mencionar marcas pero singularizándolo y haciéndolo único en el mercado.

La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. Cabe indicar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre concurrencia. Así la Sentencia

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, -relativa a criterios de adjudicación, pero perfectamente aplicable a las prescripciones técnicas-.

Teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos expuestos procede analizar las cuestiones planteadas por la recurrente, a la vista de las prescripciones establecidas en el PPT que son objeto del recurso.

Señala la recurrente que la tecnología de puntas desechables está siendo superada por la tecnología de punta fija, indicando que dispone de equipos de punta desechable en contratos de mayor antigüedad, en concreto el sistema “Abbot Prism”. Además explica que ha desarrollado los analizadores “Arquitecht”, que ha optado por una tecnología de sonda fija que por medio de un sistema de lavado inteligente garantiza la no contaminación de las muestras por arrastre de residuos, exponiendo los factores generales que aconsejan limitar el uso de puntas desechables (mayores costes derivados de la mayor necesidad de fungibles, menor rendimiento de equipos al ser necesario parar el proceso para cambiar las puntas, más personal, mayor generación de residuos).

Asimismo considera que la exigencia controvertida es incompatible con el punto 2.6 del PPT que exige que los analizadores tengan la tecnología más avanzada puesto que si *“oferta sus equipos de máximo nivel tecnológico con técnicas que permitan la automatización del laboratorio no podría ofertar puntas desechables y si ofertase puntas desechables tendría que recurrir a equipos analíticos tecnológicamente más antiguos”*.

El informe del órgano de contratación señala que no es correcto que el sistema elegido por Madrid Salud esté siendo desechado por las empresas del sector, conclusión que asimismo exponen Roche y Ortho Clinical Diagnostics, indicando que se han recibido dos ofertas para el lote 1.

Por otro lado indica que el laboratorio de análisis clínicos de Madrid Salud, sigue los criterios elaborados por la Comisión de Instrumentación y Sistemas Analíticos del Comité Científico de la Sociedad Española de Bioquímica Clínica y Patología Molecular, publicado por la Sociedad Española de Química Clínica y que concluye en su Protocolo, punto 4.2.4 “Priorización de la entrada de muestras para prevenir contaminaciones”, que *“Si no se van a realizar alícuotas en todo el proceso, la mejor solución será utilizar puntas desechables”*, indicado que en el caso de Madrid Salud no se trabaja con alícuotas. Explica asimismo que la utilización de un equipo con puntas desechables asegura al 100% que no exista contaminación por arrastre, mientras que en la propia documentación del sistema aportada por Abbot no descarta totalmente dicha posibilidad, puesto que indica que el sistema de ABBOT Architect con sonda fija no presenta contaminación por arrastre “detectable”. En parecido sentido se pronuncia Roche cuando afirma que en la tercera frase del documento aportado por la recurrente consta *“debido a que se emplea una sola sonda para pipetear todas las muestras, el i2000 arrastra potencialmente residuo de muestra de una prueba a la subsiguiente”*.

En el caso que nos ocupa la prescripción técnica controvertida, contempla de forma expresa la funcionalidad perseguida que es evitar el arrastre entre muestras en la realización sucesiva de analíticas, a lo que cabe añadir que la causa última de esta funcionalidad es evitar las contaminaciones que puedan dar lugar a falsas determinaciones. Dicha funcionalidad a juicio del órgano de contratación solo puede ser garantizada totalmente mediante la exigencia de puntas desechables, de manera que se indica tanto la funcionalidad como la técnica que únicamente, a juicio del órgano de contratación, garantiza la misma.

Cabe señalar que las consideraciones relativas a los menores costes o simplificación de procesos o al mejor rendimiento de un equipamiento más novedoso, no pueden ser tenidas en cuenta por este Tribunal en tanto en cuanto se trata de cuestiones de oportunidad, cuya definición corresponde al órgano de contratación, debiendo centrarse el debate en la existencia o no de vulneración a

través de la exigencia controvertida de los principios de la contratación pública, en concreto el principio de libre concurrencia.

La recurrente no aduce que exista una limitación que le impida ofertar puntas desechables, antes bien reconoce que tiene el producto. Como hemos señalado, entre otras en la Resolución 132/2012, de 12 de octubre, sobre este mismo tipo de suministro, si bien en el mismo se excluían precisamente las puntas desechables en tanto incumplían la funcionalidad de no generar residuos contaminados, 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, no se vulnera el principio de libre concurrencia. La concurrencia supone unos mecanismos de adaptación de la producción a la demanda a fin de ajustarse al objetivo de ser preferido por los consumidores.

Por tanto no se observa la infracción del principio de no discriminación ni de las reglas de publicidad y libre concurrencia, por lo que procede desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 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 en materia de contratación interpuesto por doña A.M.L., en nombre y representación de Abbot Laboratories, S.A., contra los Pliegos correspondientes al contrato “Suministro de reactivos para serología II e

inmunoserología para el laboratorio de análisis clínicos de Madrid Salud”, número de expediente: 3000201600843.

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.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal mediante Resolución de 13 de julio de 2016.

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 49 del TRLCSP.