

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

En Madrid, a 5 de abril de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don F.R.S., en representación de BIO-RAD LABORATORIES, S.A. (en adelante, BIO-RAD) contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de reactivos para determinación de hemoglobina glicosilada y hemoglobinas A2 y F en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, expediente nº P.A. 19/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 4 de marzo de 2017 se publicó en el DOUE, el 6 en el perfil del contratante, el 8 en el BOCM y el 15 en el BOE la convocatoria del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios.

El plazo de ejecución es de veinticuatro meses con posibilidad de prórroga, siendo el plazo máximo de ejecución incluida la prórroga de cuarenta y ocho meses. El valor estimado del contrato asciende a 371.956,320 euros e incluye el mantenimiento de los equipos en cesión.

Segundo.- Interesa destacar que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en su punto 2 relativo a las cantidades, precio y características técnicas del suministro de reactivos establece, entre otras, las siguientes especificaciones técnicas.

“Dos equipos automáticos para hemoglobinas glicosiladas y un equipo para la determinación de hemoglobina A2 y hemoglobina F;

(...)

- Diferentes tipos de racks para el procesamiento de distintas muestras: normales, anemias, controles, muestras prediluidas, lavado etc.

- Equipo y sistema de gestión en castellano”.

Tercero.- El 27 de marzo de 2017, previo anuncio al órgano de contratación el mismo día, tuvo entrada en el registro del Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BIO-RAD en el que solicita la anulación de los pliegos impugnados por limitar la concurrencia en el mercado al solicitar unos requisitos arbitrarios que solo cumple una empresa, Menarini Diagnósticos, S.A., proveedor actual del Hospital y que son:

“- Diferentes tipos de racks para el procesamiento de distintas muestras: normales, anemias, controles, muestras prediluidas, lavado etc.

- Equipo y sistema de gestión en castellano.”

El recurso alega que con ello se pretende impedir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, creando un obstáculo a la competencia en el procedimiento ya que sólo una casa comercial está en condiciones de presentar un equipo con las características técnicas solicitadas, lo cual vulnera los artículos 117.2 y 8 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). Solicita la estimación del recurso y la suspensión del procedimiento de contratación.

El 31 de marzo de 2017, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP justificando la necesidad de los distintos tipos de racks ya que facilitan el trabajo así

como la necesidad de que los equipos y software de gestión se facilite en el idioma del país en que se utilizan.

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), al condicionar la redacción de los pliegos sus posición como licitadora y eventual adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero- El recurso especial se planteo en tiempo y forma, pues los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores el 6 de marzo de 2017 e interpuesto el recurso el 27 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- Los motivos de recurso aducidos por la recurrente se refieren a que los requisitos técnicos de los productos a suministrar son injustificados desde el punto de vista de la funcionalidad del objeto del contrato y que, al cumplirse únicamente por un proveedor, provocan que el PPT sea restrictivo de la libre concurrencia de los licitadores, contraviniendo el artículo 117 del TRLCSP.

A fin de la resolución del recurso, cabe recordar, como hemos señalado en diversas ocasiones, que la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, si bien esta facultad encuentra un límite fundamental en el respeto al principio de libre competencia. No corresponde al Tribunal determinar las necesidades que deben ser atendidas ni el procedimiento para su consecución. Evidentemente cualquier producto que no demuestre eficacia para la función prevista no debe adquirirse. A tal objeto el procedimiento de contratación incluye una primera fase en la que se determinan las condiciones técnicas que deben cumplir los productos a suministrar, que debe realizarse según los criterios fijados en el TRLCSP, esencialmente la exigencia de que cumplan una funcionalidad independientemente de cómo se obtenga, y una segunda, que es la comprobación de que los productos ofertados cumplen dichos requisitos.

La finalidad del recurso especial en materia de contratación es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de manera que no es posible sustituir el juicio técnico sobre la determinación de la manera de atender determinadas necesidades técnicas. En definitiva, el Tribunal únicamente puede enjuiciar si la definición de las prescripciones técnicas se hace de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre contratación pública sin que pueda pronunciarse sobre la adecuación de una determinada característica técnica del producto para el cumplimiento del fin que se pretende con la contratación.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, aún pendiente de transposición, pero aplicable en virtud de su efecto directo, contiene un conjunto de reglas que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad y de libre competencia. En concreto, el considerando 74 de su Exposición de Motivos establece que: *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia”*. A estos efectos, el artículo 42 de la citada Directiva 2014/24/UE

señala que, *“las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Igualmente este precepto consagra la prohibición de que las especificaciones técnicas mencionen una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, o hagan referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada.

Este artículo 42 se corresponde con el 23 de la Directiva anterior (2004/18/CE), el cual tiene su transposición a la legislación nacional en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, donde se regulan los pliegos de prescripciones técnicas y las reglas para su establecimiento. Así el artículo 117 establece:

“2. 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.

(...)

8. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o 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 de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”.

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.

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.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se refiere al emitido el 28 de marzo por la Jefa del Servicio de Análisis Clínicos y opone que la circunstancia de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración libre concurrencia, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002.

En dicho informe se justifica la necesidad de diferentes racks o bastidores para muestras anémicas, micromuestras, controles, muestras normales y de lavado en la funcionalidad que se pretende obtener, afirmando que se trata de especificaciones que *“facilitan la operatividad del trabajo”*, aportando con ello mayor beneficio al profesional y al paciente. Sostiene que los racks para muestras anémicas permiten analizar y dar un resultado de Hemoglobina A 1 C que de otra forma no sería posible.

“Los racks para micromuestras (rack por pareja) nos permiten con 10 microlitros de sangre obtener unos resultados de la siguiente manera: En la primera

posición del rack se lee el código de barras del paciente y en la segunda posición se toma la muestra previamente bemolizada (10 microlitros sangre con 1 mililitro del hemolizante) esto permite No perder la trazabilidad de la muestra. Además de este rack de parejas para muestras bemolizadas hay otro para micromuestras de sangre total.

Hay racks para los Controles y racks para muestras normales.

El rack de lavado se coloca detrás del último rack de muestras, realizando un lavado automático del equipo, sin necesidad de manipulación por parte del técnico.”

Por lo tanto, en una primera impresión, puede sostenerse que no son indiferentes para el Hospital las características que deben reunir los referidos racks.

Tampoco resulta acreditado en contra de lo que aduce la recurrente, que el producto solo pueda ser ofertado por una empresa determinada, sin que quepa confundir la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar dicha prescripción, con una imposibilidad absoluta de las empresas del mercado para realizar oferta en esas condiciones

En el PPT no se menciona una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni se hace referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados que acredite que su finalidad es la de favorecer o descartar a ciertas empresas o ciertos productos.

Por tanto no se observa la infracción del principio de no discriminación ni las reglas de publicidad y libre concurrencia, considerando este Tribunal que las exigencias de distintos tipos de racks no es contraria a Derecho.

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 Heisnsingin 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”.

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 producción 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, ajustándose a las necesidades del demandante del producto.

A la vista de la justificación de esta prescripción, este Tribunal considera que la misma es razonable y obedece a la necesidad de unos estándares de funcionamiento del equipo en términos de funcionalidad, con lo que procede desestimar el recurso en cuanto a este motivo.

En cuanto al requisito de que se facilite el “*equipo y sistema de gestión en castellano*” la Jefa del Servicio de Análisis Clínicos considera evidente que los equipos y software de gestión de éstos estén en el idioma del país donde se ubican ya que los Facultativos y Técnicos Especialistas no están obligados a hablar otros idiomas. La justificación del órgano de contratación se basa en la organización del trabajo de manera que los técnicos puedan entender el sistema o equipamiento.

El artículo 3 de la Constitución Española dispone que el castellano es la lengua española oficial del estado y la demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, que se plasma en otras muchas normas reguladoras de la compra pública y de otras cuestiones. Así, por ejemplo, según el artículo 23 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dando por supuesto que las empresas españolas presentarán sus ofertas en los idiomas oficiales señala que *“Las empresas extranjeras que contraten en España presentarán la documentación traducida de forma oficial al castellano o, en su caso, a la lengua de la respectiva Comunidad Autónoma en cuyo territorio tenga su sede el órgano de contratación”*.

Se trata, por tanto de una condición ajustada a Derecho y resulta totalmente lógica al ser el castellano la lengua oficial del Estado sin que pueda representar mayor dificultad a empresas, como la recurrente, que cuentan con estructura suficiente al disponer de sede en este país y estar, como parece, interesada en competir en las licitaciones públicas. En consecuencia, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don F.R.S., en representación de BIO-RAD LABORATORIES, S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de reactivos para determinación de hemoglobina glicosilada y

hemoglobinas A2 y F en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, expediente nº P.A. 19/2017.

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 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.