



Recurso nº 53/2011

Resolución nº 54/2011

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don I.C.G. en representación de la Empresa VACUETTE ESPAÑA, S.A., contra el Pliego de prescripciones técnicas del contrato PA 2011-0-78 “Suministro de tubos de sangre y orina para extracción por vacío para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 20 de junio de 2011 de la Dirección Gerencia, por delegación de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 31 de marzo de 2011, se convocó procedimiento abierto, con pluralidad de criterios para contratación de “Suministro de tubos de sangre y orina para extracción por vacío para el Hospital



Comunidad de Madrid

Universitario 12 de Octubre”, con un valor estimado de 965.664 euros, dividido en 2 lotes.

Segundo.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El anuncio fue publicado en el DOUE de 30 de junio de 2011 y el BOE de 16 de julio de 2011 y en el BOCM el 8 de julio de 2011.

Tercero.- El 28 de julio de 2011 tuvo entrada en el Tribunal el escrito Don I.C.G., en representación de la Empresa VACUETTE ESPAÑA, S.A., interponiendo recurso especial ante el órgano de contratación, contra el Pliego de prescripciones técnicas del contrato de suministro y solicitando la revisión y modificación de los Pliegos, por entender que se limita la libre concurrencia y que en caso de no modificarse las prescripciones técnicas impugnadas se dicte resolución en la que se justifique la relación razonable de proporcionalidad entre las prescripciones técnicas y la finalidad perseguida con el suministro.

Junto al escrito, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y su correspondiente informe, que es completado mediante documentación aportada los días 2 de agosto y el 6 de septiembre de 2011.

Cuarto.- Con fecha 12 de septiembre de 2011 el Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, concedió a los interesados en el procedimiento, un plazo de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la recepción del escrito, para formular las alegaciones y aportar los documentos que considerasen oportunos al respecto.

Dentro de dicho plazo no formularon alegaciones.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra el pliego de prescripciones técnicas de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada.

El acto es recurrible, según dispone el artículo 310.2.a) de la LCSP.

Segundo.- El plazo establecido en el artículo 314.2 de la LCSP 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 142 de esta Ley”*.

En este caso el recurrente manifiesta haber conocido el contenido de los pliegos por haberse publicado en el BOCM el día 8 de julio de 2011 y presenta el recurso ante el órgano de contratación el día 26 de dicho mes, por lo que, en todo caso, se considera que ha sido formulado dentro del plazo establecido.

El anuncio previo se presentó al órgano de contratación el día 21 de julio de 2011.

Tercero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización



Comunidad de Madrid

del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto.- El fondo del asunto se contrae a determinar si las especificaciones del pliego de prescripciones técnicas correspondientes al lote número 1 son conformes a derecho por exigir que dentro de este lote en los números de orden 1, 2 y 3 los tubos para extracción de sangre sean siliconados y en cuanto al número de orden 4 manifiesta lo siguiente: *“se describe un tubo con una combinación de aditivos que solo utiliza Terumo Corporation. Esto supone la exclusión del resto de posibles licitadores”*.

En concreto se afirma por el recurrente, respecto de los números de orden 1, 2 y 3, lo siguiente: *“En los números de orden 1, 2 y 3 se exige que los tubos sean siliconados. Todos los tubos destinados a la obtención de muestra de suero, fabricados en plástico, disponen de un activador de coágulo constituido por partículas de sílice pero no se definen tubos siliconados. A pesar de conocer la existencia de alguna documentación técnica en la que se describen erróneamente esos tubos como siliconados, nos consta que ningún fabricante de tubos de plástico realiza un recubrimiento de silicona. Por tanto la introducción de esta característica excluye la posible licitación de cualquier fabricante de tubos de extracción de sangre al vacío de plástico”*.

Añade que el Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid publicó un pliego con idéntica descripción técnica de los tubos de suero y realizó propuesta de adjudicación a su favor, pero otra empresa comunicó su intención de formular recurso especial basado en que la documentación técnica de Vacuette no describía los artículos como tubos siliconados. La administración del Centro solicitó que se certificase por escrito el cumplimiento de esta característica y dado que ningún licitador pudo certificar este extremo la mesa acordó el día 10 de junio el desistimiento del procedimiento, y adjunta copia de la resolución del desistimiento.



Comunidad de Madrid

Quinto.- La empresa recurrente impugna las cláusulas del pliego de prescripciones técnicas en lo que afecta al Lote 1 y de éste, a los números de orden 1, 2, 3 y 4 del mismo, por lo que los otros números de orden de este lote y los restantes lotes no resultarían afectados por la resolución que se dictase, en su caso, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común sobre *“la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”*.

El órgano de contratación, en su informe sobre el recurso, expone que no es contrario al principio de libre concurrencia ya que al menos dos empresas ofertan los tubos solicitados en los números de orden 1, 2 y 3 del Lote 1 y las características técnicas solicitadas en estos números de orden están plenamente justificadas para la adecuada prestación de asistencia sanitaria.

En relación con la alegación que hace el recurrente sobre documentación aportada en un expediente de contratación de otro organismo en el que se dictó resolución de desistimiento que se justifica en la existencia de un error de la descripción de las características técnicas de los tubos, el órgano de contratación considera que no es de aplicación al Hospital 12 de Octubre que en el expediente que se cita *“no interesaban las prescripciones técnicas que por error, habían consignado. En este Hospital interesan de manera clara que los tubos sean siliconados, por aportar un claro beneficio para los pacientes, como se ha puesto de manifiesto en este informe”*.

En cuanto a la descripción de las características técnicas del tubo que corresponde al número de orden 4, manifiesta que tampoco contraviene el principio de libre concurrencia pues tanto el informe de la Jefa de la Sección de análisis clínicos como la publicación del artículo de investigación, que cita, se pone de manifiesto la relevancia de las características técnicas descritas para el diagnóstico y gestión de la enfermedad Diabetes Mellitus. Acompaña informe de la Jefa de



Comunidad de Madrid

Sección de análisis clínicos, de 28 de julio de 2011, en el que manifiesta que, aparte de otras empresas que lo puedan ofrecer, existen dos empresas que identifica, que ofrecen el tubo siliconado exigido en los números de orden 1 al 3 del citado Lote, y aporta ficha de las empresas en las que aparece el producto citado.

En este informe relaciona los beneficios que reporta el tubo siliconado para la asistencia a los pacientes y señala *“por el contrario, el resto de los tubos con gel separador y activador de coágulo (como plantea el recurrente) lo que consigue es facilitar la retroacción del coagulo en un tiempo inferior, pero no se garantiza que los componentes sanguíneos no se adhieran a las paredes y/o al tapón del tubo”*.

En cuanto a la mención que se hace en el recurso, a un concurso convocado por otro Centro del que se desistió manifiesta que se debió a que no le interesaban la prescripciones técnicas que se habían consignado por error, y añade *“No es este el caso de nuestro Hospital. En este Hospital interesan de manera clara que los tubos sean siliconados por aportar un alto beneficio para los pacientes, como se ha puesto de manifiesto en este informe”*.

En cuanto al número de orden 4 del Lote 1, y las características técnicas previstas para el tubo que se solicitan: *“Tubo para extracción de sangre por vacío con EDTA+K2 como anticoagulante y Fluoruro sódico + Citrato sódico/Acido Cítrico como inhibidor glucolítico y estabilizador de la glucosa respectivamente. Volumen 5/2 ml”*, el informe señala que las características: *“se justifican para dar cobertura a la asistencia a pacientes con extracción obligatoriamente descentralizada (por ej. gestantes y pacientes de Endocrinología del distrito de Carabanchel) de estudio para diagnóstico y control de diabetes.*

La importancia de los aditivos de este tubo demuestran que la acidificación de la sangre con tampón de Citrato inhibe la glucolisis in vitro de manera mucho más efectiva que con el fluoruro tal y como se recoge en el estudio sobre Pautas y recomendaciones del Análisis de laboratorio para el diagnóstico y gestión de



Comunidad de Madrid

Diabetes Mellitus, publicado en el Clinical Chemistry.” y adjunta fotocopia de este estudio con traducción del resumen.

Sexto.- El artículo 101.2 de la LCSP establece con carácter de principio general 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”.*

No existe en la Ley un elenco 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 el artículo 101.8 de la LCSP 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. Tal mención o referencia se autoriza con carácter excepcional en el caso de 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 del término equivalente.

A la vista de los informes del órgano de contratación, las alegaciones de la empresa recurrente y el contenido del pliego de prescripciones técnicas, es necesario analizar si el contenido las prescripciones técnicas en cuanto a los productos relacionados en los números de orden 1 al 3 del Lote1, en los que considera que los tubos deben ser siliconados, y respecto al número de orden 4 sobre las características técnicas previstas sobre la combinación de aditivos, vienen a predeterminar la adjudicación por el órgano de contratación a favor de determinada empresa y de esta forma vulneran el principio de igualdad y limitan la libre concurrencia quedando excluidos de forma injustificada algunos licitadores, conculcando así lo dispuesto en el artículo 101.2 de la LCSP.



Comunidad de Madrid

En este caso se observa que el pliego establece unas características concretas en los números de orden 1 al 3 que deben presentar los tubos, exigidas por la naturaleza de las pruebas para el diagnóstico y gestión de la enfermedad Diabetes Mellitus, cuyas necesidades se encuentran debidamente justificadas en el expediente administrativo del Hospital Universitario 12 de Octubre, al que va destinado el suministro. Por lo tanto puede sostenerse que no son indiferentes para el Hospital las características que deben reunir los referidos tubos, exigidas por el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Tampoco resulta acreditado en el expediente, en contra de lo que aduce la recurrente, que el producto solo pueda ser ofertado por una empresa determinada ya que el órgano de contratación ha aportado la acreditación de que al menos dos empresas pueden ofrecer los tubos de acuerdo con las exigencias del PPT, sin que quepa confundir la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar dicho producto, con una imposibilidad absoluta de las demás empresas del mercado para realizar dicha oferta.

En cuanto al número de orden 4, sobre los aditivos que debe ofrecer el tubo, el órgano de contratación en su informe manifiesta que se desconoce el número de empresas que pueden ofrecer el tubo solicitado pero manifiesta tener clara la importancia que tiene dicho tubo para el correcto diagnóstico y control de la Diabetes. La parte recurrente realiza una afirmación sobre la utilización de este tubo solo por determinada empresa sin que a este comentario añada ningún principio de prueba que sustente dicha opinión por lo que esta circunstancia no resulta acreditada por la parte recurrente.

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.



Comunidad de Madrid

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 que los tubos sean siliconados o que presenten determinados aditivos no es contraria a Derecho.

Sobre el principio de igualdad la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517) manifiesta que no basta con alegar la desigualdad sino que es preciso justificar cómo se ha producido.

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”*.

En consideración con lo anterior, en el presente caso este Tribunal considera que las características exigidas en el pliego no vulneran el principio de igualdad.

En el recurso se alega que en el caso de que no se modifiquen las prescripciones técnicas, se dicte resolución en la que se justifique la relación razonable de proporcionalidad entre dichas prescripciones y la finalidad perseguida.

A este respecto el órgano de contratación dentro de las facultades discrecionales de que está investido debe establecer en los pliegos las características que deben reunir los productos objeto del contrato respetando el principio de proporcionalidad en consideración a las características y finalidad del contrato. En este caso el órgano de contratación justifica en su informe las



Comunidad de Madrid

exigencias que se establecen en el suministro de los tubos por la naturaleza de las pruebas dirigidas al diagnóstico y gestión de la enfermedad Diabetes Mellitus, cuyas necesidades se encuentran debidamente argumentadas. En cuanto a los tubos del número de orden 4 quedan igualmente justificadas las características exigidas por el sector de pacientes al que van dirigidas las pruebas que precisan este tipo de tubos.

Este Tribunal por todo lo anterior no observa que las características exigidas en el Pliego de de prescripciones técnicas del lote numero 1 y los números de orden a que se refiere el recurso supongan una violación del principio de proporcionalidad.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don I.C.G. en representación de la Empresa VACUETTE ESPAÑA, S.A, contra el Pliego de prescripciones técnicas del contrato PA 2011-0-78 “Suministro de tubos de sangre y orina para extracción por vacío para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, por considerar que su contenido es ajustado a derecho.

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.- 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.