

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

En Madrid, a 1 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don I.C.G., en representación de Vacuette España, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir la convocatoria del contrato de “Suministro de material necesario para la extracción de sangre, muestras de orina y su trazabilidad” para el Hospital Universitario La Paz, expediente PA 2015-0-14, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 19 de mayo de 2015, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario La Paz, se convocó procedimiento abierto para la adjudicación, mediante el criterio único precio, del contrato de suministro mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE el 21 de mayo de 2015 y en el BOE, BOCM y perfil de contratante el 5 de junio. El valor estimado asciende a 1.996.214,88 euros.

El objeto del suministro es el material necesario para la extracción de sangre,

muestras de orina y su trazabilidad, dividido en cuatro lotes.

Interesa destacar respecto del objeto del recurso que el lote nº 1 consta de 18 artículos, entre los que figuran:

Nº de Orden 9: Tubo extracción de sangre por vacío, de plástico, estéril, con tapón de seguridad distinto a amarillo, rojo y marrón y que permita su distinción del código 4245, de 13x75 mm. y vacío aproximado de 4-5 ml. Con aditivo de trombina.

Unidad de Medida: TUBO. Cantidad para 24 meses: 10.000.

Nº de Orden 15: Tubo extracción de sangre por vacío, de plástico, estéril, con tapón de seguridad amarillo, de 13x100 mm. y vacío aproximado de 5 ml. con gel separador de suero y activador de coagulación.

Unidad de Medida: TUBO. Cantidad para 24 meses: 1.100.000.

Nº de Orden 11: Palomilla de seguridad estéril, de un solo uso, para extracción de sangre por vacío. 21Gx3/4" con dispositivo de seguridad integrado y pre-montada en porta tubos.

Unidad de Medida: UNIDAD. Cantidad para 24 meses: 10.000.

Nº de Orden 18: Palomilla estéril, de un solo uso, para extracción de sangre por vacío, de 21G 3/4" con dispositivo de seguridad por retracción automática de la aguja integrado + porta tubos.

Unidad de Medida: UNIDAD. Cantidad para 24 meses: 10.000.

Segundo.- El 8 de junio de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Vacuette España, SA, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que han de regir la convocatoria del contrato, en el que solicita la anulación de los pliegos impugnados.

El recurso había sido anunciado previamente el día 5 de junio de 2015.

La recurrente alega respecto del lote nº 1, vulneración del principio de concurrencia por injustificada agrupación de productos en un solo lote y establecimiento, respecto de dos productos del mismo, números de orden 9 y 18, de prescripciones técnicas excluyentes y contrarias al marco legal vigente.

El 19 de junio 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), acompañado de un informe técnico justificativo de la elaboración del PPT.

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).

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el BOCM de 5 de junio de 2015, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los interesados desde su publicación en el perfil de contratante que tuvo lugar el mismo día e interpuesto el recurso, ante este Tribunal, el 8 de junio de 2015, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso 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) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se funda, en la vulneración del principio de concurrencia por injustificada agrupación de artículos en un lote, el nº 1, ya que las especificaciones establecidas para dos artículos de dicho lote, números de orden 9 y 18, hacen que esos productos solo puedan suministrarse por una empresa del mercado. Alega la recurrente que teniendo en cuenta que hay obligación de licitar a todo el lote, se está imposibilitando la concurrencia de cualquier otra empresa que no tenga esos productos, cuyo uso además es excepcional, a juicio de la misma.

Según el PCAP el objeto del contrato consiste en el suministro del material necesario para la extracción de sangre, muestras de orina y su trazabilidad.

Se establecen cuatro lotes, el lote nº 1 agrupa el material para la extracción de sangre, el número de orden 9 corresponde a tubos con aditivo de trombina y el número 18, a palomilla estéril de un solo uso con determinadas características.

Considera la recurrente que la configuración del Lote 1, restringe la competencia y con ello se vulnera alguno de los más elementales principios que rigen la contratación pública, *“El lote en cuestión, con un presupuesto máximo de licitación de 1.062.900€, IVA incluido, presenta un total de 18 órdenes diferentes a las que las empresas interesadas en la adjudicación de dicho lote, necesariamente, han de presentar oferta bajo pena de exclusión. Y precisamente aquí se encuentra la razón que motiva el presente recurso. El análisis de los requisitos técnicos de los números de orden 9 y 18 permite concluir, sin cualquier género de duda, que solo una empresa en el mercado, en concreto BECTON DICKINSON, S.A.U., está en condiciones de presentar un producto con las características técnicas solicitadas.*

El análisis pormenorizado de los Pliegos de Prescripciones Técnicas permite concluir, sin cualquier género de duda, que los productos solicitados en los números de orden 9 y 15 del lote 1, están destinados a una finalidad diagnóstica similar. Ambos productos incluyen un activador de coagulación (trombina u óxido de sílice) y están destinados a la obtención de una muestra dirigida a la realización de pruebas bioquímicas.

Como hemos tenido oportunidad de referir anteriormente, la presencia de la trombina en los tubos de extracción de sangre puede estar justificada en determinados pacientes pero en modo alguno constituyen la regla general.

Esta segunda afirmación encuentra apoyo, una vez más, en la configuración que el órgano de contratación ha realizado de los Pliegos de Prescripciones Técnicas. De hecho si comparamos el número de unidades solicitadas en el número de orden 9, apenas 10.000 unidades, con el número solicitado en la orden 15, 1.100.000 unidades, es evidente que el producto del número de orden 15 es el que utiliza el hospital para realizar las determinaciones bioquímicas. Así las cosas, el Hospital Universitario La Paz ha decidido solicitar dos tubos con la misma finalidad, que no es otra que la realización de pruebas bioquímicas, siendo uno de ellos, en concreto el del número de orden 9, con trombina, necesario para casos excepcionales como prueba el hecho de el Hospital tan solo demande 10.000 unidades frente al 1.100.000 que solicita del producto de la orden 15, sin trombina.

Ahora bien, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que actualmente solo existe una casa comercial en el mercado que suministre el tubo con trombina solicitado en el número de orden 9, no se entiende ni se acepta, porque es contrario a la legislación vigente, que dicha orden se incluya en el Lote 1 imposibilitando la concurrencia de Vacuette España, S.A. y de cualquier otra empresa que no tenga este producto cuyo uso, reiteramos, es excepcional. A mayor abundamiento cabe señalar que esta vulneración del principio de concurrencia podría haberse salvado fácilmente con la creación de un lote específico para la adquisición de este producto exclusivo”.

En cuanto al nº de orden 18, alega que los números 11 y 18 “son prácticamente idénticos, su funcionalidad es la misma, ambos disponen de sistemas de bioseguridad y cumplen con los requisitos legalmente exigibles para este tipo de productos. No existe ninguna justificación sanitaria que avale la utilización de un sistema de seguridad específico para un determinado paciente”.

Y añade: “fruto de la inclusión de este producto en el lote 1, una vez que el mismo es distribuido en exclusiva por una sola casa comercial, en particular por Becton Dickinson, S.A.U., la competencia de este lote se ve seriamente restringida sin que haya justificación para ello y pudiendo ser fácilmente erradicada con la creación de un lote específico para este producto al margen de los ya existentes que permita comprar este producto al Hospital y que el mismo entienda necesaria para algunos casos, en concreto para un volumen de 10.000 unidades frente al 1.100.000 unidades previstas en el número de orden 11 que solicita un producto con la misma finalidad y cuya única diferencia con el de la orden 18, a nivel funcional, es el dispositivo de seguridad por retracción automática”.

Por todo ello solicita se anulen los Pliegos por los que se rige la contratación por limitar la concurrencia en el mercado y generar una situación de desigualdad.

Según el informe del órgano de contratación, “las necesidades de los pacientes en el uso de una técnica u otra, las establece el órgano de contratación utilizando en cada caso una coagulación rápida o no de la muestra (pacientes en quirófano, urgencias vitales,...) por ello del número orden 9, solo se requieren 10.000 unidades. El aditivo de trombina permite una coagulación de la muestra mucho más rápida (5 minutos) y un acortamiento del tiempo de centrifugación (menos de 5 minutos) por lo que hay una reducción muy significativa de los tiempos de la fase preanalítica, en comparación con el tubo de suero habitual (nº de orden 15). Otra ventaja añadida es la menor probabilidad de generación de fibrina y hemólisis debido a la rápida y mejor retracción del coágulo lo que minimiza el impacto que la fibrina tiene en la fase analítica (obstrucción de los analizadores, posibles resultados

erráticos difíciles de controlar) y la hemólisis, mejorando en ciertas circunstancias la calidad de la muestra, hecho fundamental para poder obtener unos resultados de calidad.

Este órgano de contratación no comparte la limitación manifestada por el recurrente, ya que no le consta que en el mercado no existan licitadores que fabrican o distribuyan los mencionados números de orden (para más abundamiento, los laboratorios usuarios de estos tubos ya han recibido visitas de dos licitadores, que han mostrado su interés en licitar y no han encontrado limitación técnica alguna).

De hecho, según información de este órgano, cuando se preparan los pliegos existe en el mercado otro fabricante que disponía de tubos con trombina, incluso con gel separador que lo diferencia claramente de los demás, característica esta, que no se ha incluido para facilitar concurrir a más de un fabricante, y además permitir que puedan ser distribuidos por varios licitadores”.

En cuanto a los números de orden 11 y 18, el órgano de contratación alega que *“es necesaria su homogeneidad, ya que es utilizado en el hospital por un elevado número de personas que se encarga de extraer muestras, para lo cual, resulta necesaria su uniformidad en el manejo, especialmente en el uso con pacientes, donde la extracción sea muy dificultosa (más de 180.000 extracciones ambulantes en el hospital al año). Asimismo la inclusión en el mismo lote es porque todos los números de orden del mismo, están relacionados con venopunción y tubos para sangre (salvo los pediátricos)”.*

El artículo 86 del TRLCSP establece que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

El principio general de la contratación pública es la unidad y no fraccionamiento del objeto contrato con las excepciones que el citado artículo 86 y el

109.2 del TRLCSP recogen para la licitación por lotes. Por otra parte, el principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación individual de los objetos más reducidos, a fin de facilitar el acceso a los contratos a la pequeña y mediana empresa, intensificando la competencia. La colisión de ambos principios ha de resolverse a la luz de la propia normativa de contratación, es decir determinando si el objeto del contrato es fraccionable por ser sus partes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituir una unidad funcional o porque lo exija la naturaleza del contrato. Por tanto, en principio, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en uno o en varios lotes.

Como señala la nueva 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, en sus considerandos 78 y 79 la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados por el poder adjudicador.

El principio de concurrencia, invocado por la recurrente, tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación mediante división del objeto en lotes, intensificando la competencia. Sin embargo, si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre

conurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo suponga una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento.

El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

En este sentido es conveniente citar la Resolución 756/2014, de 15 de octubre, del Tribunal Central de Recursos Contractuales que analiza las facultades, principios y límites que debe respetar el órgano de contratación a la hora de fraccionar el objeto de un contrato en lotes, *“en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento*

más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes”.

En el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas y de homogeneidad agrupar los productos descritos en un único lote. Sin embargo, no es esta una razón o motivación suficiente, pues se está obligando a las empresas a licitar por la totalidad de los 18 productos y se constata que hay al menos dos, los números 9 y 18, que presentan una especialidad que hace que sean para “usos muy puntuales”, como reconoce el Jefe de Servicio de Análisis Clínicos en su informe, y que motiva su adquisición en cantidades sensiblemente inferiores al resto de productos del lote.

Por lo que respecta a la alegación de la recurrente de que solo una empresa puede suministrar los mencionados productos, el artículo 117 del TRLCSP 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 desde un punto de vista interpretativo puede considerarse, teniendo en cuenta lo dispuesto en el hoy derogado artículo 52.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, como tales los descritos por referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado.

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 competencia. 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 cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido

puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo 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”*.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso concurren las siguientes circunstancias: en ambos casos se trata de productos específicos cuyo uso y necesidad son limitadas, su accesibilidad en el mercado también es limitada, parece, según el órgano de contratación, que hay de una a tres empresas en condiciones de suministrarlos y por último, el hecho de diferenciarlos en lotes separados no supone perjuicio alguno para el Hospital mas allá de la tramitación de dos lotes más, en un procedimiento que ya cuenta con 4 lotes.

Por otro lado, la licitación separada de los dos productos señalados, permite una mayor concurrencia de licitadores que puede redundar en mejores condiciones económicas, lo cual supone una ventaja considerable para el Hospital.

En consecuencia procede estimar el recurso, anulando los Pliegos impugnados, respecto del lote 1, que deberá licitarse nuevamente, incluyendo los productos con números de orden 9 y 18 en lotes separados.

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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don I.C.G., en representación de Vacuette España, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, lote 1, del contrato de “Suministro de material necesario para la extracción de sangre, muestras de orina y su trazabilidad” para el Hospital Universitario La Paz, expediente PA 2015-0-14.

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.