

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

En Madrid, a 28 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por don I.R.S. y don F.M.G., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L. (Roche), contra los Pliegos que rigen la licitación para el “Suministro de Productos Consumibles para la Realización de Técnicas Analíticas dentro de un Sistema de Automatización Total (CORE) en el Laboratorio Central de Análisis Clínicos del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente nº 125/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 de mayo de 2017 se publicó el anuncio de licitación del citado contrato en el DOUE, el 29 de mayo en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 1 de junio en el BOE y el 2 de junio en el BOCM, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación todos objetivos y con precios unitarios. El valor estimado es de 10.076.262,46 euros, IVA excluido.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), establece en su apartado 3 las exigencias técnicas de los equipamientos y de los productos consumibles que deben

aportarse para la realización de las determinaciones analíticas y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece los requisitos de solvencia técnica (cláusula 1.5.2), el criterio de adjudicación preferente (cláusula 17) y las características del contrato (cláusula 1ª) de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

El plazo para la presentación de ofertas finaliza el 28 de junio de 2017.

Segundo.- Con fecha 19 de junio de 2017 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, previo anuncio en el mismo día al órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de ROCHE contra el PCAP y PPT, aduciendo varios motivos que se expondrán al examinar el fondo del asunto.

Del escrito se ha dado traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en 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, (TRLCSP), que remitió copia del expediente junto con su informe preceptivo con fecha 23 de junio de 2017. En el informe se señala que los requerimientos y prescripciones técnicas especificadas en el PPT, responden a las necesidades objetivas y requisitos funcionales del hospital y en concreto del Laboratorio Central de Análisis Clínicos (Bioquímica), para garantizar una asistencia sanitaria de calidad de la pruebas analíticas y su utilidad clínica de cara a los pacientes tratados en el mismo con el máximo aprovechamiento de los recursos públicos disponibles; en ningún momento se ha intentado excluir a ningún proveedor sino más bien seleccionar a los más adecuados para el mencionado objetivo, por lo que niega sean arbitrarios ni excluyentes. Además no ni se hace alusión alguna a un fabricante concreto, no se hace referencia a ninguna marca o procedencia determinada, ni a una patente, o a un origen determinado del producto a suministrar. Asegura que nada impide a la recurrente licitar al procedimiento mediante la utilización de determinadas figuras jurídicas contempladas en el TRLCSP junto a otros productores o distribuidores. Acompaña al recurso el informe de fecha 22 de junio de

2017 del Jefe de Servicio de Bioquímica, que contesta todas las alegaciones del recurso y que se analizarán en los fundamentos de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto 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.- La recurrente está legitimada para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*, al tratarse de una potencial licitadora.

Tercero.- El acto objeto del recurso son los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por tanto susceptibles de recurso especial de acuerdo con el artículo 40.1.a y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, la convocatoria del contrato se anunció en el DOUE el 26 de mayo de 2017, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los licitadores el día 29 de mayo mediante su inserción en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, interponiéndose el recurso el día 19 de junio de 2017, por tanto dentro del plazo de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En el fondo del recurso son varios los motivos que esgrime la recurrente para hacer valer la nulidad de los pliegos:

Respecto del PPT se aduce que determinadas exigencias técnicas de los

productos a suministrar infringen los principios de igualdad de trato y transparencia al establecer características técnicas que únicamente se dirigen a restringir la competencia.

Antes de proceder al examen concreto de las prescripciones técnicas controvertidas, cabe recordar que 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, en consonancia con los que el artículo 117.2 del TRLCSP establece, *“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 determinada marca que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma 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 74 de 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, en cuanto establece que *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública 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 que favorezcan a un determinado operador económico reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador (...)”*.

La Ley no permite ninguna práctica restrictiva de la competencia ya que una de sus finalidades es, como hemos visto, asegurar la libertad de concurrencia de las empresas y la selección de la mejor oferta.

Por su parte, 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”*.

Sentado lo anterior procede examinar la descripción de las prescripciones técnicas cuestionadas.

En concreto la recurrente considera vulneradoras de la libre concurrencia la exigencia de las siguientes características específicas del material fungible y equipamiento:

1.- En el área de inmunoensayo se indica *“Los analizadores de inmunoensayo dispondrán de tecnología de inmunoanálisis quimioluminiscente con acridinio”*.

Considera la recurrente que existen otras alternativas como son las moléculas isoluminol y el rutenio (esta última es la que oferta la recurrente desde hace más de 20 años y suministra a diversos hospitales de la Comunidad de Madrid); que la exigencia del acridinio es arbitraria y únicamente favorece su elección a dos

empresas (Abbott y Siemens); reconoce la existencia de un pronunciamiento previo de este Tribunal admitiendo la legalidad de dicha exigencia de acuerdo con la justificación dada por el órgano de contratación (Resolución 129/2016, de 19 de octubre); y añade que la misma argumentación la ha reiterado el órgano de contratación en contestación a su consulta de fecha 6 de junio.

A todo ello opone la recurrente la abundante literatura científica favorable al rutenio y aporta un informe emitido por un doctor licenciado en Medicina, miembro de la Sociedad Española de Química Clínica y Jefe de Sección del Laboratorio 24 horas del Hospital General Universitario Gregorio Marañón hasta el 15 de mayo de 2017, que concluye *“no existen argumentos clínicos o asistenciales externos al laboratorio ni tampoco argumentos operativos o funcionales internos del laboratorio que -a la hora de someter propuestas del mercado a concurrencia- aconsejen la exclusión a priori de ninguna de las dos tecnologías que son objeto de comparación en este informe, puesto que ambas resultan equiparables y apropiadas con suficiencia.”*

Señala el informe aportado por el órgano de contratación que en el recurso anterior ya explicaba -explicación que fue considerada como razonada y razonable en la Resolución 219/2016-, las características de ambas moléculas y las ventajas de acridinio con el siguiente tenor literal. *“Los derivados de acridinio son moléculas pequeñas que permiten marcajes múltiples (alta sensibilidad de los ensayos) altamente hidrosolubles (prácticamente sin ‘ruido de fondo’ y por ello alta especificidad en los ensayos), son muy estables (lo que se traduce en alta estabilidad de los reactivos ‘a bordo’ de los equipos y largas caducidades) y generan muy rápidas y potentes cinéticas de emisión de luz (gran velocidad de procesamiento). Las alternativas al acridinio disponibles en el mercado son el isoluminol y el rutenio, moléculas utilizadas para este fin por las empresas DiaSorin y Roche respectivamente, prácticamente en exclusividad. La inclusión de esta especificación y funcionalidad técnica responde precisamente a que al ser utilizada por diferentes fabricantes, lo cual de nuevo va a favor de la libre competencia, está mucho más consolidada, más referenciada en la literatura científica y ha acumulado*

una mayor experiencia de uso.

Asimismo el órgano de contratación describe la posibilidad de reacciones cruzadas inespecíficas con el rutenio, molécula que utiliza Roche, lo cual podría generar resultados falsamente positivos (Ando T, et al. Intern Med 2007;46:1225-9; Sapin R, et al. Clin Chem Lab Med 2007;45:416-8; Heijboer AC, et al. Ann Clin Biochem 2009;46:263-4). Estos trabajos científicos demuestran que en pacientes portadores de anticuerpos anti-rutenio, se podría obtener reactividad falsa frente a las dianas primarias, si se utilizan sistemas que funcionan con este tipo de marcador.”

Del contenido del informe transcrito se deduce que los dos elementos, derivados de acridinio y rutenio no son idénticos aunque ambos se utilicen para la misma funcionalidad, por lo que el órgano de contratación puede determinar cuál de ellos se ajusta más a sus necesidades, quedando en este caso motivada la elección por la necesidad de evitar posibles resultados erróneos en las pruebas.

El órgano de contratación transcribe las consultas y respuesta planteadas en la licitación y manifiesta su sorpresa por el informe realizado por encargo de Roche a un facultativo jubilado hace un mes y que en los últimos 15 años era responsable de bioquímica y marcadores cardíacos y no de las secciones de marcadores tumorales ni de hormonas tiroideas, en todo caso es un informe personal que no está avalado ni publicado ni referenciado en ninguna publicación científica, o congreso. Además señala contiene datos erróneos o tergiversados y carece de rigor científico necesario, aportando unos resultados del programa Sociedad Española de Química Analítica que difirieren de los incluidos en el informe pericial de la recurrente.

Añade que desde hace 15 años el laboratorio trabaja con acridinio porque está ampliamente demostrado que la tecnología de inmunoanálisis quimioluminiscente con rutenio produce interferencias que puede afectar a los resultados de las pruebas y por tanto llevar a diagnósticos erróneos. Lo que realmente acarrea desventajas para el paciente es tener que anular la muestra y

repetir extracciones por sufrir interferencias con los ésteres de rutenio, además del riesgo de llevar al paciente a un diagnóstico erróneo.

La evidencia científica del rutenio (nº de referencias) aportada por el recurrente esta tergiversada porque la búsqueda realizada incluye sus utilidades en el ámbito de la industria en donde se utiliza por su propiedad de quimioluminiscencia y acredita que una búsqueda más específica para el ámbito sanitario arroja mayor número de referencias acridinio (54) que para el rutenio (34) e informa de tres nuevos estudios, además de los aportados en el anterior recurso, que demuestran la reacciones cruzadas inespecíficas del rutenio que podría producir resultados falsamente positivos en paciente portadores de anti-cuerpos antirutenio, con el peligro de diagnósticos erróneos y sus graves consecuencias.

Expuestas las posiciones de las partes, el Tribunal recuerda que la circunstancia de que solo unas pocas empresas puedan ofertar un producto no es obstáculo para su exigencia. Además dicha exigencia resulta adecuadamente justificada al tener por objeto detectar posibles interferencias en las mediciones en la fase preanalítica, bien derivadas de la hemólisis, la ictericia o el índice lipémico.

En cuanto al contenido del informe pericial aportado por la recurrente, no sirve, a juicio de este Tribunal, para desvirtuar la justificación del órgano de contratación, ya que se limita a realizar una evaluación comparativa de la documentación científica destacando únicamente los aspectos favorables del rutenio para concluir que para un laboratorio como el del Hospital General Universitario Gregorio Marañón ambas resultan apropiadas y equiparables.

El objetivo de esta condición técnica es asegurar la máxima calidad en la asistencia sanitaria, la fiabilidad de los resultados y la eficiencia de las técnicas. Por ello, correspondiendo al órgano de contratación la decisión de cómo atender a las necesidades administrativas que se pretenden satisfacer con la contratación pretendida y la decisión motivada de la tecnología requerida y habiéndolo justificado suficientemente, así como por coherencia con el anterior pronunciamiento de este

Tribunal que la recurrente no logra desvirtuar, procede desestimar el recurso por este motivo.

2.- En relación con el sistema robotizado de gestión y transporte de muestras (cadena) se requiere *“Como parte de la solución robotizada, las empresas licitadoras deberán incluir en su oferta una única nevera de almacenamiento refrigerado y automatizado de muestras y gestión robotizada de las mismas dentro de la cadena que permitirá la recuperación automática de tubos, directamente desde la nevera, así como el desecho de los mismos en función de algoritmos independientes para cada tipo de tubo, sin manipulación de la muestra por parte del usuario (Retorno automático de las muestras). La capacidad de dicho sistema de almacenamiento refrigerado y automatizado será de un mínimo de 15.000 tubos. Debido a las limitaciones de espacio del laboratorio dicho almacenamiento no debe ocupar más de tres metros cuadrados. El almacenamiento de muestras en dicho sistema se realizará mediante un sistema de sellado automatizado para garantizar la estabilidad de los analitos, el menor impacto medio ambiental y la menor generación de residuos sólidos.”*

Considera la recurrente que no resulta coherente la exigencia de ofertar una única nevera de almacenamiento refrigerado y automatizado de muestras y gestión robotizada de las mismas, ni que dicho almacenamiento no deba ocupar más de tres metros cuadrados, cuando según los planos que acompañan el pliego, la superficie máxima disponible para el proyecto objeto de contratación es de 150 m², asimismo señala que el espacio que ocupe la nevera puede verse compensado con el menor espacio ocupado por otros equipos y que se debe tener en cuenta además que el PCAP en su cláusula 1ª 8.2 dispone *“2.1.- Criterios de Adjudicación valorables de forma automática (sobre 2 B): 20 Puntos.*

Se valorará el espacio ocupado por el proyecto ofertado, medido en metros cuadrados, e incluyendo las áreas especificadas en el punto 2.7 del Pliego de Prescripciones Técnicas de preanalítica, automatización y almacenes, sobre la superficie máxima que figura en el plano anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas.

- La puntuación se otorgará de acuerdo al siguiente criterio:

Al Proyecto que ocupe el mínimo espacio.....20 puntos

Al/llos Proyecto/s que supere/n en no más de un 5% al proyecto que ocupe el mínimo espacio 10 puntos

Resto de proyectos.....0 puntos”

Alega la recurrente que solo Abbott y Siemens tienen un acuerdo de comercialización de la cadena marca Inpeco®, cuya nevera de 15.000 tubos, ocupa 2,8 m², y que la nevera de Roche, marca Cobas®, para 15.000 tubos ocuparía 9,27 m². Por todo ello solicita que las prescripciones que afecten al almacenamiento refrigerado se establezcan por referencia a la capacidad mínima requerida (15.000 tubos) y a la superficie total disponible (150 m²).

Por su parte el órgano de contratación en su informe alega que los problemas de espacio del laboratorio obligan a exigir las soluciones que menos espacio ocupen con niveles de calidad y rendimiento similares no solo para la nevera sino con carácter global tanto para la solución robótica (incluidos sus módulos y, entre ellos, la nevera), como para los equipos analíticos, y que solo en tal caso, la empresa conseguiría la máxima puntuación prevista en el pliego (20 puntos).

Señala que la empresa Inpeco, invocada por Roche como proveedor de Abbott y Siemens, es fabricante de 4 cadenas robóticas:

- Accelerator (marca de Abbott).

- Aptio (marca de Siemens).

- Streamlab (marca de Siemens).

- Flexlab (marca Inpeco), y que los sistemas de bioquímica e inmunoensayo de Roche son totalmente compatibles con Flexlab, por lo que no se coarta la libre competencia ni se excluye a Roche por incompatibilidad de los requisitos técnicos.

Sostiene que dicho acuerdo con Inpeco no es exclusivo de las dos empresas Abbott y Siemens, y que existen además numerosas referencias de otras empresas como son Roche y Beckman, que conectan sus equipos analíticos a dicha cadena,

incluyendo la misma nevera de 2,8 m² a la que aluden, tanto en España como en Europa, a fecha de noviembre de 2016, según el catálogo de referencias de Inpeco en el que constan las soluciones de Roche con la cadena de Inpeco:

- Stichting Huisartsen Laboratorium (SHL). Breda, Holanda.
- Presidio Ospedaliero Santa Chiara. Trento, Italia.
- UZ Leuven. Leuven, Bélgica.
- Medina. Dendermond, Bélgica.
- CMA Herentals. Herentals, Bélgica.
- AZ Turnhout. Turnhout, Bélgica.
- Medizinish – Chemisches Labor. Salzburgo, Austria.

Examinadas las posiciones de las partes, considera el Tribunal que la exigencia está justificada en el propio pliego en las limitaciones de espacio del laboratorio y por ello se establece como condición de obligado cumplimiento adaptar el proyecto a la superficie máxima de 150 m² y se valora para determinar la mejor oferta el proyecto que ocupe el mínimo espacio. Considera este Tribunal a la vista de todo lo anterior que la exigencia no supone una restricción de la libre concurrencia porque:

- En todo caso, la optimización de espacios es una característica común a todos los procesos del laboratorio *“2. En la propuesta de adecuación que se realice deberá de considerarse la optimización del espacio disponible para los distintos procesos del laboratorio.”* Si lo importante desde el punto de vista funcional tal y como resulta del expediente es la solución global propuesta para el nuevo laboratorio, que con niveles de calidad y rendimiento similares ocupen el mínimo espacio posible, ha de resultar indiferente cómo se obtenga ese mejor aprovechamiento, en cualquiera de los módulos o en alguno de los elementos como la nevera. La funcionalidad de la nevera es que atienda a una capacidad mínima de 15.000 tubos y que aquella por la que opte el licitador junto a los demás elementos integrantes de la solución propuesta se adapten a la superficie disponible de 150 m².

- Tampoco resulta acreditado que no sea posible reducir los espacios

dedicados a otras áreas del laboratorio: 1.- Un área de preanalítica; 2.- Área de automatización: robótica y analizadores no conectados a robótica; 3.- Almacenes tanto de reactivos refrigerados como de temperatura ambiente. El pliego deja en manos del licitador la propuesta de la solución robotizada.

- Aunque nada impide a Roche suscribir un nuevo acuerdo con la citada cadena productora de las neveras también puede decidir hacerlo con otra del mercado para cumplir con las características de funcionalidad necesarias de manera que la prescripción técnica supone una restricción de la libre competencia porque existen otras soluciones en el mercado que permitirían realizar a todos los licitadores interesados una oferta en las condiciones requeridas. La limitación de las soluciones posibles a la organización del espacio disponible llevando a cabo el proyecto de una determinada manera limita la posible competencia, principio rector de la contratación pública.

En consecuencia la prescripción técnica puede definirse por referencia a la capacidad mínima de la nevera (15.000 tubos) y la superficie disponible para el laboratorio (150 m²). Por lo cual debe estimarse motivo de recurso.

3.- Por lo que se refiere al Proyecto de adecuación de espacios, el PPT en su apartado 2.7 dispone que *“el coste de la instalación del equipamiento ofertado será por cuenta de la empresa adjudicataria, incluidos cualesquiera trabajos de adaptación derivados de la solución técnica ofertada tales como, entre otros, conexiones a elementos fijos como tomas de agua, desagües o similares y, específicamente, el adjudicatario además, deberá ejecutar, de acuerdo con la solución técnica, de automatización (cadena) funcional que oferte, la adecuación y equipamiento de los espacios del laboratorio por ser aspectos necesarios para el adecuado funcionamiento de los equipos, soluciones ofertadas y la correcta realización de las determinaciones analíticas conforme a lo que se indica en el presente apartado.*

La propuesta de adecuación de espacios consistirá en un proyecto de adecuación e integración, que ocupando el mínimo espacio posible integre todas las

áreas del laboratorio especificadas en el presente pliego técnico, valorándose debido al escaso espacio real del laboratorio, la menor ocupación de superficie por el sistema robótica . Para ello se adjunta a este pliego un plano del laboratorio.

Los licitadores podrán visitar el laboratorio a efectos de elaborar el proyecto de adaptación de las instalaciones durante la fase de licitación.

Se deberá realizar una vez firmado el contrato, en el plazo máximo de un mes.

La documentación técnica de la propuesta que realicen los licitadores deberá de incluirse en el sobre 2B de CRITERIOS automáticos, incluyendo planos de los mismos en formato A3.”

Considera la recurrente que el plazo es notoriamente insuficiente, al ser necesario obtener varias autorizaciones, emitidas por instancias que no intervienen en la mesa de contratación, como pueden ser, por ejemplo, las licencias de obra que no dependen de la voluntad del contratista. Solicita su sustitución por otro acorde al proyecto o que al menos se compute desde la plena legalización del proyecto.

El órgano de contratación indica que en el laboratorio conviven varios adjudicatarios siendo Roche el mayoritario que ostenta el 90% de la actividad total y facturó en 2016 más de 3.000.000 euros, por tanto, el menor plazo a quien más beneficiaría sería al propio recurrente.

Aclara que según lo dispuesto en el apartado 2.7 del PPT no se hace referencia a ningún plazo de ejecución sino a la documentación técnica a presentar que se divide en dos fases en el proceso de la licitación:

1. La documentación técnica a adjuntar por el licitador en el sobre 2B de criterios automáticos definida claramente en el PPT. Para poder concurrir como licitador, se deben realizar las comprobaciones previas necesarias para que lo ofertado sea acorde a la realidad y no incurra en incumplimiento de ninguna normativa aplicable, por lo que este trabajo debe ser realizado a priori para no incurrir en falsedad en la respuesta a los pliegos.

2. La documentación técnica a adjuntar por el adjudicatario en el plazo máximo de un mes, necesaria para el cumplimiento de los trabajos de adaptación definidos según el alcance elegido por el licitador y la tecnología ofertada, acorde al cumplimiento de todas las normativas aplicables (conexiones a tomas de agua, desagües...). Es decir, a partir de la firma del contrato, el cual considera es más que suficiente incluso para la tramitación que sea requerida según el tipo de licencia necesaria teniendo en cuenta la información que a tal efecto consta en el portal del Ayuntamiento de Madrid.

Considera este Tribunal que el PPT establece la obligación de incorporar determinada información relativa al proyecto de adecuación de espacios que se debe incluir en el sobre 2B a efectos de su valoración como criterio de adjudicación. Dicha propuesta consiste en un proyecto de adecuación e integración de los espacios disponibles. Según el literal del propio pliego los trabajos del proyecto “*se deberá realizar una vez firmado el contrato, en el plazo máximo de un mes*”. Es decir una vez formalizado el contrato en dicho plazo el licitador tendrá que ejecutar las obras. Se trata de un proyecto de adaptación relativamente sencillo cuya licencia urbanística puede obtenerse en breve tiempo y la obra por necesidades del hospital y por el propio interés del adjudicatario ha de realizarse en el menor plazo posible. Tal como sostiene el órgano de contratación el plazo señalado en el pliego es razonablemente suficiente.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso por este motivo.

3.- Respecto de la Integraciones informáticas, en el apartado 2. 5 pfo 4 dispone el PPT “*El adjudicatario se hará cargo del mantenimiento del sistema de información del laboratorio de manera proporcional a lo que estas técnicas representan en la actividad total del laboratorio que, se estima en un 68%, sobre el importe del sistema Modulab, cuyo coste máximo de mantenimiento asciende a 100.000 euros.*”

Alega la recurrente que el hecho de que sea obligatorio para el adjudicatario integrar sus equipos y sistemas de información en el Sistema de Información del Laboratorio (SIL) con el que está dotado el Hospital (MODULAB), no justifica la exigencia adicional de hacerse cargo del mantenimiento de dicho sistema de información. Ello contraviene lo dispuesto en los artículos 86.1, 87.1 y 293 del TRLCSP de que todo contrato debe tener un objeto y precio cierto. No solo porque no guarda una suficiente relación con el objeto del contrato y el propio órgano de contratación reconoce que es una prestación accesoria, sino porque además su cuantía es incierta ya que el pliego no indica si el importe del coste máximo del mantenimiento consignado en el PPT se refiere a un año, o se imputa a la totalidad de duración del contrato. Advierte además del agravante que supone por tratarse de un contrato de suministro para la compra de cantidades estimadas que podrán variar en función de la alteración de las necesidades del órgano de contratación mientras que la financiación del mantenimiento del sistema de información del Laboratorio deberá hacerse efectiva con base únicamente en el valor adjudicado, pudiendo generar una situación de desequilibrio económico del contrato, en el caso de que las cantidades estimadas se vieran efectivamente reducidas, por lo que solicita su eliminación.

El órgano de contratación explica que el importe del mantenimiento al ser un gasto corriente se refiere a un año, lo cual conoce el recurrente al ser el que se hace actualmente cargo del mismo por un importe de 82.000 euros, siendo común en todas las licitaciones de este tipo a las que además ha concurrido Roche sin cuestionarse tal aspecto, resultando adjudicataria en muchas de ellas, sin impugnar los Pliegos por lo que considera se trata de una cuestión que no ofrece duda a ningún licitador y menos a Roche y que parece más bien que *“se guardó esta consulta para ampliar el número de alegaciones en un recurso administrativo contra el presente expediente”*, habiendo podido formular consulta en fase de licitación como de hecho ha formulado en otros apartados del Pliego. Insiste en que el SIL es necesario para el funcionamiento del laboratorio, está íntimamente ligado al objeto del contrato y guarda proporción con el valor de lo exigido (coste máximo de 68.000 euros anuales frente a 2.290.059 euros anuales).

En este caso, se está exigiendo al adjudicatario la financiación de una prestación que no tiene vinculación directa con el objeto del contrato. Lo realmente necesario y exigido como objeto del contrato es la integración de los equipos de laboratorio que se adquieran en esta licitación con el sistema informático instalado en el Hospital. El mantenimiento de dicho sistema debe contratarse por el Hospital y ser financiado con cargo a sus créditos. La existencia de una integración técnica no implica una vinculación del objeto del suministro con el objeto del contrato de mantenimiento de los sistemas de información, prestación que tampoco se pretende como complementaria o accesorio al laboratorio de análisis, sino únicamente aportar económicamente a su financiación. Es decir, se pretende financiar actividades ajenas al contrato de suministro de productos consumibles para la realización de técnicas analíticas sin que la coincidencia de que ambas prestaciones se realicen en relación al laboratorio central de análisis clínicos del hospital justifique la vinculación del mantenimiento de la aplicación informática. Tal como afirma la recurrente se produce una indefinición del coste exacto que deberá soportar por el mantenimiento. Tampoco se explica cómo ha de contribuir el adjudicatario al mantenimiento del sistema, si el importe aproximado de 68.000 euros se pagará directamente a la empresa dedicada al mantenimiento del sistema deduciéndolo de la facturación o como un pago adicional, si lo retendrá el hospital para su pago al adjudicatario del contrato de mantenimiento o que procedimiento de ejecución presupuestaria se llevará a cabo. No existe ninguna razón que impida la contratación del mantenimiento de los sistemas informáticos por empresarios especializados y la financiación con cargo a los créditos específicos para dicha finalidad sin necesidad de recurrir a financiación de los adjudicatarios del laboratorio que harán recaer ese mayor coste sobre el gasto de los reactivos. Se trata de una financiación extrapresupuestaria que contribuye a distorsionar la imputación de los gastos a los créditos adecuados y por ello la norma de contratación, basada en el principio de transparencia, no puede admitir dicha situación.

Procede, por tanto, estimar el recurso por este motivo.

Sexto.- Alega la recurrente que igualmente resultan discriminatorias las cláusulas del PCAP relativas a solvencia técnica, adjudicación preferente y características del contrato que se analizan a continuación.

1.- Establece la cláusula 1ª.5.2) *“Además de la declaración responsable a que se hace referencia en el apartado 1 anterior, el licitador deberá presentar, al menos, tres certificados de ejecución de suministros por cada uno de los cinco últimos años, expedidos por entidad del sector público o comprador del sector privado, de similares características a las del contrato, siendo necesario que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 2.290.059,65 euros, que corresponde a la anualidad media del contrato sin IVA.”*

Alega la recurrente que tanto el artículo 77.a) del TRLCSP como el art 48.2ª) ii) de la Directiva 2004/18/CE, contemplan la posibilidad de que cuando el destinatario sea un comprador privado, a falta del certificado, se admita una declaración del empresario y constata que la Directiva 2014/24/UE, cuya transposición en España se encuentra pendiente, va a mas allá al no exigir en ningún caso la presentación de certificados públicos o privados, se incorpore la posibilidad de la acreditación de los mismos mediante una declaración del licitador, de conformidad con las indicaciones del artículo 77 del TRLCSP.

El órgano de contratación señala que el PCAP contempla la posibilidad de la declaración responsable y que el recurrente obvia lo reflejado en el punto 2.1, del apartado 5, de la cláusula 1, sobre solvencia técnica, en el que bajo la rúbrica *“Medio de Acreditación”*, se dispone:

“a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.”

Además del contenido indicado por la recurrente advierte que en la misma cláusula en su apartado a.1) se dispone *“El licitador presentará una declaración responsable con la relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destino público o privado de los mismos”*.

El apartado 1 se refiere al criterio de solvencia admitiendo una relación de los principales servicios efectuados. El apartado 2 concreta los medios y el nivel exigido para acreditar el medio elegido de entre los que admite el TRLCSP centrándolo en tres certificados de ejecución de suministros por un importe anual correspondiente a la anualidad media del contrato. En este caso debe señalarse que del tenor literal de la cláusula 1ª.5.2 del PCAP parece que el certificado ha de ser exigible tanto cuando el destinatario sea un comprador público como privado, sin embargo una interpretación conjunta de ambos apartados debe conducir a que cabe tanto el certificado cuando el destinatario sea una administración como la declaración del empresario en los supuestos en que el comprador sea una entidad del sector privado, por lo que debe desestimarse el recurso por este motivo. No obstante dado que ha de redactarse de nuevo los pliegos y proceder a una nueva convocatoria se recomienda una redacción más explícita al respecto.

2.- La cláusula 17, en su párrafo segundo, establece *“Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas, que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere la cláusula 32 del presente pliego ‘Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad’, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualaran en sus términos a las más ventajosas después de aplicar los criterios objetivos establecidos para la adjudicación del contrato. A efectos de aplicación de esta circunstancia los licitadores deberán acreditarla, en su caso, mediante los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social.”*

Señala la recurrente que esta cláusula suele ser común en la mayoría de licitaciones convocadas en la Comunidad de Madrid y establece una discriminación a favor de las empresas que no están obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad, en evidente perjuicio de las empresas efectivamente afectadas por dicha obligación, lo que no tiene nada que ver con el criterio general de desempate de la Disposición adicional cuarta del TRLCSP, contraviene el principio de igualdad de trato, por lo que debe eliminarse.

El órgano de contratación informa que dicha cláusula es común desde hace más de 20 años en todos los contratos sin que hasta ahora el recurrente la haya cuestionado. Explica que su inclusión está fundamentada jurídicamente ya se trata de una cláusula de obligado cumplimiento para los órganos de contratación en la Comunidad de Madrid y que todos utilizan los pliegos tipo aprobados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

El TRLCSP regula en el artículo 150 los criterios de valoración de las ofertas para determinar la económicamente más ventajosa respetando los principios de competencia efectiva y objetividad en la comparación de las ofertas. En el supuesto de que en un procedimiento resulten empatadas varias proposiciones el PCAP debe prever la manera de seleccionar la mejor oferta a través del desempate porque de no hacerlo no puede a posteriori modificar las condiciones del procedimiento y establecer un criterio de desempate no conocido previamente por los licitadores sin vulnerar los derechos de los mismos e incurrir en arbitrariedad.

Como posibles criterios de desempate en caso de igualdad de puntuación entre proposiciones, la disposición adicional cuarta del TRLCSP establece que los órganos de contratación podrán señalar en el PCAP diversos supuestos de preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social, con entidades sin ánimo de lucro o con organizaciones de comercio justo, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto

de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. Ahora bien, la citada DA 4ª ni establece un único criterio de desempate ni la inclusión en los pliegos es preceptiva para el órgano de contratación, sino que son alternativas que quedan a elección del órgano de contratación pudiendo plantearse incluir otras diferentes.

El TRLCSP no regula un criterio de desempate de aplicación en los casos en que no se ha previsto dicha eventualidad en los pliegos, o en los que habiéndose previsto persiste el empate. La disposición adicional cuarta del TRLCSP habilita a los órganos de contratación para de forma potestativa incluir una fórmula de desempate en función de criterios sociales como el mayor porcentaje de trabajadores minusválidos. Ello implica que cada pliego debe incluir previamente los criterios diferenciadores para el supuesto de empate y lo admitido como posible en la DA4ª solo se aplica cuando así se haya recogido en el PCAP.

Cabe reconocer a la recurrente que la redacción de la DA 4ª del TRLCSP la no reproduce la fórmula recogida en el PCAP, que otorga la preferencia a la empresas que sin estar sujetas a la obligación legal, tengan en su plantilla un número de trabajadores superior al 2 por ciento. Es decir no solo tiene en cuenta para el desempate el mejor porcentaje de trabajadores minusválidos sino que prima que lo sea por empresas exentas de dicha obligación y voluntariamente los hayan contratado.

El artículo 5 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, dispone que *“Los órganos de contratación establecerán en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere el artículo 4 de este Decreto, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualasen en sus términos a las más ventajosas después de aplicar el criterio precio en las subastas y los*

critérios objetivos establecidos para la adjudicación en los concursos. A tales efectos, las empresas acreditarán dicha circunstancia mediante la presentación de contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social”.

También el artículo 20.8 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, establece como criterio de desempate en las subastas (actualmente criterio precio) el número de trabajadores con discapacidad de aquellas empresas que no estén sujetas a la obligación impuesta en la Ley de Integración Social de Minusválidos.

Las vigentes directivas en materia de contratación pública no contienen una previsión sobre el posible trato preferente en la adjudicación de los contratos a empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos, pero impulsan la adopción de medidas sociales, como es la inclusión de las personas con discapacidad, en las fases de preparación y ejecución de los contratos públicos. Así la Directiva 24/2014/UE, reconoce la importancia de la contratación pública para promover un desarrollo inclusivo en su considerando 2 afirmando que “*La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada ‘Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador’ (‘Estrategia Europa 2020’), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.*”

El Decreto 213/1998 anteriormente mencionado y el artículo 20.8 del Decreto

49/2003 aplican una circunstancia aun más selectiva y favorecedora de las pequeñas empresas que la DA 4ª del TRLCSP. Dicha circunstancia no contraviene los términos del TRLCSP. El poder adjudicador, en la adjudicación de los contratos, puede regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales o las pequeñas empresas.

Los términos en que está redactado el Decreto respecto de la apreciación de la igualdad de proposiciones no se oponen a lo dispuesto en la DA 4ª del TRLCSP, teniendo carácter vinculante para los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid. Se trata de un mandato a los órganos de contratación de la Comunidad para incluir en cada contrato este criterio de preferencia, por lo que a diferencia de la disposición adicional 4ª no tiene carácter facultativo y por eso se incorpora a los pliegos tipo.

Siendo un objetivo del Gobierno Regional promover la inclusión social y laboral de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario, resulta coherente, además de lícita, y sobre todo legal la cláusula impugnada que pretende primar la contratación de este tipo de trabajadores por empresas que no tienen la obligación legal, debiendo desestimarse el recurso.

3.- La cláusula 1ª, en su párrafo segundo, contempla que *“Todo el equipamiento como instrumentación necesario para la realización de las diferentes técnicas analíticas que oferten los licitadores deberá de ser nuevo y correspondiente a la última versión tecnológica que el licitador disponga en el mercado europeo”*.

Advierte que dicha cláusula fue objeto de su consulta realizada el 6 de junio para conocer el sentido exacto de *“última versión tecnológica de cada licitador”* y a la vista de la contestación dada por el órgano de contratación *“los licitadores deberán ofertar la solución técnica más avanzada de que dispongan en ese momento para dar respuesta a las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos”*, resulta que los equipos e instrumentación ya no deberán ser nuevos y correspondientes a la línea más reciente de los modelos que incorporan la última versión tecnológica, o lo

que es lo mismo el último modelo tecnológico disponible, sino que parece habilitar a que el modelo ofertado incorpore únicamente la última versión o actualización del software o del firmware. Esta ambigüedad puede generar situaciones de desigualdad, por lo que solicita su nulidad.

En su informe el órgano de contratación manifiesta que Roche tergiversa la respuesta facilitada por el órgano de contratación y que tal como se recoge en el pliego de prescripciones técnicas, el equipamiento tiene que ser nuevo, con el objetivo de asegurar la renovación del parque instalado en caso de que la empresa adjudicataria ya disponga de equipos en el laboratorio.

Comprueba que la redacción de la cláusula es taxativa:

- Todo el equipamiento y toda la instrumentación deberán ser nuevos, es decir, no haber sido utilizados con anterioridad.
- Correspondiente a la última versión tecnológica que el licitador disponga en el mercado, en donde no se hace referencia ni al software ni al firmware ni ningún otro aspecto objeto de la licitación, por lo que es aplicable a todos ellos sin exclusión.

Además en su respuesta el órgano ratifica ese requisito al manifestar *“por tanto, los licitadores deberán ofertar la solución técnica más avanzada de que dispongan en ese momento para dar respuesta a las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos”*.

Lo cual reitera en apartado 1b del PPT, específicamente al describir las características del equipamiento, *“Todo el equipamiento como instrumentación necesario para la realización de las diferentes técnicas analíticas que oferten los licitadores deberá de ser nuevo y correspondiente a la última versión tecnológica que el licitador disponga en el mercado europeo, y la entrega de los equipos se realizará en un plazo máximo de 1 mes tras la formalización del contrato”*.

De donde solo puede concluirse que se deberá ofertar equipos e instrumentos

nuevos (no usados, ya instalados en el laboratorio, ni de segunda mano) ni versiones obsoletas ya que la referencia temporal del suministros es “*un plazo máximo de 1 mes tras la formalización del contrato*”, por lo que se entregara la última versión disponible que existiera a esa fecha.

Debiendo desestimarse 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 41.3 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.- Estimar parcialmente el recurso formulado por don I.R.S. y don F.M.G., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L., contra los Pliegos que rigen la licitación para el “Suministro de Productos Consumibles para la Realización de Técnicas Analíticas dentro de un Sistema de Automatización Total (CORE) en el Laboratorio Central de Análisis Clínicos del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente nº 125/2017, anulando el PPT en los términos del fundamento de derecho quinto de esta resolución y en consecuencia de la licitación que, en su caso deberá iniciarse de nuevo.

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 TRLCSP.