

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

En Madrid, a 13 de octubre de 2016.

**VISTO** el recurso interpuesto don M.R.P., en nombre y representación de Biogén Diagnóstica, S.L., contra Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de tubos y material de extracción con destino al laboratorio de análisis clínicos de Madrid Salud”, número de expediente: 300201601273, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 7 de septiembre de 2016 se publicó en el DOUE la convocatoria del procedimiento de licitación del contrato de referencia, con pluralidad de criterios y un valor estimado de 271.378,80 euros.

El anuncio se insertó, asimismo, en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid del 12 de septiembre de 2016, fecha en la que se pusieron a disposición de los licitadores los pliegos y demás documentación correspondiente a tal licitación, publicándose el anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el día 9 de septiembre de 2016.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el apartado 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PPT), exige respecto a las agujas de seguridad con cámara de visión:

*“- Agujas de seguridad con dispositivo de seguridad integrado que neutraliza el bisel y el cuerpo de la aguja, con cámara de visión, para extracción de sangre.*

*- Dimensiones: 21Gx1 "(0,8x25 mm).*

*- Premontadas y selladas a portatubos de un solo uso.*

*- Estériles.*

*- Estuchado en caja de 50 unidades, con inscripción de nº de lote, fecha de caducidad, código del producto.”*

**Segundo.-** Previo anuncio efectuado el 26 de septiembre de 2016 al órgano de contratación, el mismo día tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Biogén Diagnóstica, S.L. en el que solicita que se declare la nulidad de los pliegos impugnados, considerando que se produce una vulneración del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y subsidiariamente la anulación de los mismos por vulneración de la libre concurrencia en la configuración de determinadas especificaciones en los pliegos, en concreto en cuanto a la exigencia de que las agujas se encuentren selladas a portatubos de un solo uso, por considerar que la inclusión del término “selladas”, se corresponde con una característica técnica que únicamente acredita la casa comercial Beckton Dickinson o distribuidores de la propia marca.

**Tercero.-** El 29 de septiembre de 2016 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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).

**Cuarto.-** Con fecha 6 de octubre de 2016, el Tribunal acordó denegar la suspensión del expediente de contratación, al no concurrir a juicio de este Tribunal el requisito del *periculum in mora*.

**Quinto.-** No se ha concedido trámite de audiencia al resto de interesados en el expediente al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, 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 licitadora “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP), sin que la circunstancia de no haber presentado oferta a la licitación sea un obstáculo para reconocer dicha legitimación habida cuenta de que su interés radica precisamente en remover un requisito que le impediría ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE de 7 de septiembre de 2016, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los interesados desde su publicación en el perfil de contratante del Ayuntamiento el día 12 del mismo mes. El

recurso interpuesto ante este Tribunal el 23 de septiembre de 2016, lo fue dentro del plazo de quince días hábiles establecido en 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.-** El fondo del asunto se concreta en determinar si las exigencias del PPT, vulneran o no el principio de concurrencia y deben considerarse nulas de pleno derecho o subsidiariamente anulables.

En primer lugar por lo que a la concurrencia de causa de nulidad se refiere este Tribunal considera que no se produce el supuesto de hecho del invocado artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, que debe ser interpretado restrictivamente, puesto que la posible vulneración de la legalidad vigente en materia de contratos no permite, sin más considerar como afirma la recurrente, que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido.

En cuanto a la posible anulabilidad de la exigencia, aduce la recurrente que *“Llama la atención la inclusión del término “selladas”, característica técnica que únicamente acredita la casa comercial Beckton Dickinson o distribuidores de la propia marca. Por ello, y basándonos en la literalidad del PPT en su exigencia, únicamente ésta quedaría en disposición de resultar adjudicataria del contrato, habida cuenta de que el mismo no se divide en lotes, y por tanto deviene necesario ofertar a la totalidad de lotes”,* considerando que la configuración de la referida cláusula limita la concurrencia sin que para ello exista cualquier justificación a nivel funcional, explicando que dicha especificación de “sellada”, debe entenderse como la solicitud de que *“el dispositivo de la aguja con el portatubos o holder, esté pegado y no conectado como normalmente tenemos todas las demás casas comerciales”.*

El órgano de contratación en su informe manifiesta que *“Solicitada, por la Subdirección General de Contratación y Régimen Patrimonial de Madrid Salud, aclaración técnica del objeto del recurso, al Laboratorio de Análisis Clínicos de Madrid Salud, se recibe, con fecha 27 de septiembre de 2016, referido al “sellado a portatubos de las agujas”, se encuentra incluido, no solo que el dispositivo de la aguja esté pegado al portatubos de seguridad, sino también que las citadas agujas se puedan conectar a un portatubos de seguridad, aclarando el Laboratorio que las empresas licitadoras que presenten en su oferta las agujas con dispositivos de seguridad que se pueden acoplar al portatubos correspondiente no quedarían excluidas de la licitación y serán valoradas conforme a los criterios de adjudicación que rigen el contrato”*, de lo que concluye que de haberse presentado la licitación la recurrente hubiera podido solicitar aclaración sobre este extremo. A ello añade que debe destacarse que en procedimientos anteriores, para el mismo suministro, dada la asimilación de los sistemas señalados, se ha admitido siempre, tanto a los licitadores que ofertaban *“sellado a portatubos de las agujas”* como a aquellos que presentaban *“agujas conectadas a portatubos”*, dada la irrelevancia de la diferencia entre ambas y los idénticos fines y resultados de los dos sistemas. Asimismo indica que dado el conflicto suscitado por BIOGEN, se ha considerado procedente incluir, en el perfil de contratante, una aclaración expresa al respecto, relativa a la admisión de los dos sistemas, dada su similitud, aclaración que se ha incorporado al perfil de contratante el 27 de septiembre de 2016.

Sentadas las posiciones de las partes 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 que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de

homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de 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, a efectos interpretativos y en cuanto no vulnere la legislación vigente, 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

tendientes 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”*.

En el caso que analizamos, el propio órgano de contratación en la interpretación que ofrece de la exigencia controvertida pone de manifiesto que no existe una razón que vinculada a consideraciones de funcionalidad, abone la exigencia de que el dispositivo de la aguja con el portatubos o holder, esté sellado, por lo que, correspondiendo determinar sus necesidades al órgano de contratación, ex artículo 22 del TRLCSP, no cabe sino concluir que la exigencia al no estar justificada y ser restrictiva de la libre concurrencia debe removerse del PPT.

Ahora bien considera el órgano de contratación que la falta de presentación de oferta por parte de la recurrente, determina que no haya podido obtener vía aclaración, una satisfacción de sus pretensiones, lo que unido a la aclaración efectuada en el perfil de contratante determina la procedencia de la desestimación del recurso.

Entiende este Tribunal al respecto que la literalidad del PPT no ofrece lugar a dudas sobre la exigencia de que el sistema deba estar sellado, como sinónimo de “pegado” al portatubos y no puede hacerse pechar sobre la recurrente, la carga de preguntar el alcance de una exigencia que resulta clara en su definición, así como tampoco cabe condicionar la estimación del recurso a la presentación de ofertas cuando se impugna el contenido del PPT, siendo precisamente la remoción del obstáculo que impide su participación en la licitación, el fundamento del recurso. Además tampoco cabría relativizar las exigencias del PPT por el órgano de contratación, que también se encuentra sujeto por el contenido de los pliegos de

acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, tal y como ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones.

No cabe por tanto entender que la simple aclaración del alcance de una exigencia que por otro lado aparecía como clara en el PPT, sirva para remover el obstáculo puesto que dada la fecha en que la misma se produjo, -el 27 de septiembre- solo restaban tres días laborables incluyendo el sábado para la realización de ofertas y teniendo en cuenta además que cualquier aclaración en tal sentido podría considerarse una modificación ilegal de los pliegos.

De esta forma de dar carta de naturaleza a la pretensión del órgano de contratación se vulneraría el principio de publicidad que incluye el establecimiento de plazos razonables para la realización de las ofertas.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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.-** Estimar el recurso especial, interpuesto por don M.R.P., en nombre y representación de Biogén Diagnóstica, S.L., contra Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de tubos y material de extracción con destino al laboratorio de análisis clínicos de Madrid Salud”, número de expediente: 300201601273, declarando que procede anular el apartado 3 del PPT en los términos de la resolución, y proceder a su publicación, concediendo un nuevo plazo de presentación de ofertas.



**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.