TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Resolución nº 6/2016

Acuerdo 6/2016, de 18 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U frente al procedimiento de licitación denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Hematología», convocado por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de diciembre de 2015 se publicó, en el Diario Oficinal de la Unión Europea, el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Hematología», convocado por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III- Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza (en adelante el Hospital), contrato de suministros, tramitado por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, con un valor estimado global, para los siete lotes en que se divide la licitación, de 2 460 459,33 euros, IVA excluido.

En el anuncio se señala que el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 11 de enero de 2016.

SEGUNDO.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) requiere que los reactivos objeto de suministro del Lote 5, cumplan los siguientes requisitos técnicos imprescindibles:

«Cefalina

Cefalina líquida, lista para el uso, con fosfolípidos sintéticos y sílica como activador. Buena sensibilidad tanto a la heparina como a los déficits factoriales y al anticoagulante.

D-Dímero

Reactivo líquido, listo para su uso. Técnica cuantitativa, que posea linealidad hasta al menos 120000 ng/ml FEU. El cut-pff que se sugiere deberá ser 500 ng/ml FEU, con 100 % de VPN (valor predictivo negativo), es decir, ausencia de falsos negativos, en el sistema que se oferta. No deberá presentar interferencias con el

Proyecto CSP www.contratosdelsectorpúblico.es

factor reumatoide hasta una concentración de al menos 1000 U1/m1. La técnica deberá poseer la certificación K510 (k) de la FDA, que la valida para la exclusión de la TVP y TEP.

Anticoagulante Lúpico

Reactivo para el diagnóstico de Anticoagulante lúpico (DRVTS, DRVVTC, SCTS, SCCT).

TIH Detección Anticuerpos para Trombocitopenia Inducida por Heparina

TIH (Detección Anticuerpos para Trombocitopenia Inducida por Heparina). Determinación inmunoturbidimétrica totalmente automatizada. Reactivo líquido listo para su uso. Test cuantitativo a partir de tubo de citrato. La técnica ofertada deberá estar certificada por el fabricante para el sistema en el que se programe. Duración de la técnica inferior a 15 minutos».

TERCERO.- El 30 de diciembre de 2015, D. Alfredo Serra Parera, en nombre y representación de DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U (en adelante STAGO), interpone ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial contra los Pliegos de la licitación.

La recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 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). que establece la obligación, al recurrente, de anunciar al órgano de contratación la interposición del recurso. Así lo hizo el 29 de diciembre de 2015.

Considera STAGO que determinadas cláusulas del PPT, relativas al Lote 5, no se ajustan a la legalidad, por ser contrarias a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación de trato a los candidatos; y son restrictivas de la libre concurrencia, al definir unas prescripciones técnicas que favorecen a una determinada empresa, y perjudican gravemente a la recurrente y al resto de empresas del sector.

En concreto, la recurrente basa su recurso en los siguientes motivos:

a) La cefalina es un reactivo utilizado para la determinación del tiempo de tromboplastina parcialmente activado (PTTA). Uno de los componentes de este reactivo son los fosfolípidos, que presentan diversas procedencias. Existen fosfolípidos de origen vegetal, animal y sintético. A juicio de la recurrente, la procedencia de los fosfolípidos no incide de modo alguno en los niveles de determinación del reactivo, debido a que todos ellos, sean del origen que sean, aportan niveles de sensibilidad similares. De manera que no existe una justificación, desde el punto de vista técnico, que avale la exigencia del origen

sintético sobre el vegetal o el animal, como prescripción técnica de obligado cumplimiento. Según la recurrente, sólo existe una empresa en el mercado, WERFEN ESPAÑA, que se ha decantado por los fosfolípidos de procedencia sintética.

b) En cuanto a la exigencia de la linealidad del reactivo líquido D- Dímero, argumenta la recurrente que la linealidad es una técnica que indica los valores máximos y mínimos en que el reactivo garantiza un resultado fiable. El valor relevante es el valor mínimo y no máximo. No resulta admisible que el órgano de contratación solicite un valor máximo por encima de lo habitual. El PPT solicita una linealidad máxima de 120.000 ng/ml, mientras que lo necesario es 13.360 ng/ml. El D-Dímero de WERFEN ESPAÑA, es el único reactivo del mercado con el valor máximo que fija el PPT.

c) En cuanto al reactivo para el anticoagulante lúpico, la preferencia del órgano de contratación por productos comercializados por WERFEN ESPAÑA resulta especialmente evidente, a juicio de la recurrente, pues en lugar de describir el producto desde el punto de vista técnico, el órgano de contratación se ha limitado a referir las marcas comerciales con las que WERFEN ESPAÑA designa y comercializa las distintas versiones de este reactivo: DRVTS, DRVVTC, SCTS, SCCT.

d) En cuanto al TIH (Detección Anticuerpos para Trombocitopenia Inducida por Heparina), considera la recurrente que la descripción de la prescripción técnica, «determinación inmunoturbidimétrica totalmente automatizada», cierra el lote a la concurrencia.

Por lo expuesto solicita la anulación de los pliegos, y la suspensión cautelar del procedimiento.

CUARTO.- Por Resolución 1/2016, de 4 de enero, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de no acordar la misma, considerando que el plazo para presentar proposiciones en el procedimiento concluye el día 11 de enero de 2016, en aplicación de los distintos intereses en juego, y dado que el Acuerdo del Tribunal sobre el recurso especial se adoptará antes de la finalización del mencionado plazo de presentación de proposiciones.

QUINTO.- El 4 de enero de 2016, el Tribunal solicita al Hospital, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor al recurso. El 8 de enero de 2016 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

SEXTO.- El 14 de enero de 2016, la Secretaria de este Tribunal administrativo, se dirige, por correo electrónico, al Hospital, para solicitar el listado en el que consten los licitadores presentados, a cada uno de los siete lotes en los que se divide la licitación, cuyo plazo de presentación finalizaba el 11 de enero de 2016.

El Hospital remite al Tribunal la información solicitada el 15 de enero de 2016. De la que se desprende que, en el Lote 5 (el único que recurre STAGO), la única licitadora es la que se anunciaba en el recurso, WERFEN ESPAÑA. Circunstancia que también se produce en relación con los lotes 1, 2, 6 y 7, a los que solamente concurre un licitador.

II.FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Se cuestionan en el recurso las prescripciones técnicas exigidas, que entiende la recurrente, limitan indebidamente la concurrencia en el mercado y generan una situación de desigualdad.

Es doctrina reiterada de este Tribunal, desde su Acuerdo 1/2011, que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de «no discriminación e igualdad de trato de los candidatos». En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad.

En este sentido, el Acuerdo 6/2011, de 23 de mayo, del TACPA, ya estimó el recurso interpuesto contra determinadas características técnicas impuestas en los pliegos que crean obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, por limitar el mercado a dos suministradores y por ser características excluyentes, que si bien podían ser objeto de valoración, no pueden insertarse como motivo de exclusión de licitadores.

A las prescripciones técnicas se refiere 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 el considerando 74, en los siguientes términos:

«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, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios.

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. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo».

Y, en el artículo 42, de la misma norma, se establece de forma clara, sencilla y prístina, que «las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia», y además, expresamente se dispone que:

«Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 3. Dicha referencia irá acompañada de la mención “o equivalente”».

En el mismo sentido, el artículo 117 TRLCSP.

Las prescripciones, o especificaciones técnicas, constituyen el medio idóneo para favorecer o entorpecer la competencia. Los gestores de la contratación deben ser especialmente cautelosos en su definición, de forma que permitan la mayor competencia posible, que redunde en términos de eficiencia económica, de conformidad con el considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE. Las especificaciones técnicas deben ser flexibles y garantizar la posibilidad de diseño por los licitadores, así como que sus funcionalidades puedan ser obtenidas con otros productos. También deben formularse en términos funcionales o de rendimiento, de

ahí que deban evitarse: a) especificaciones discriminatorias, garantizando neutralidad, flexibilidad y soluciones equivalentes; b) especificaciones técnicas excesivas —si las especificaciones técnicas son desproporcionadas para la satisfacción de las necesidades identificadas por la autoridad contractual, puede quedar en evidencia el respeto a la libre competencia— y; c) siempre deben llevar la mención «equivalente».

La salvaguarda de la libre competencia, en cuanto manifestación del interés público de obligada observancia por los poderes adjudicadores, debe ponerse en relación con los restantes principios de la contratación pública. Nuestro TRLCSP, coloca en plano de igualdad la salvaguarda de la libre competencia, la selección de la oferta económicamente más ventajosa y los restantes principios de la contratación pública; de libertad de acceso, publicidad y transparencia de las licitaciones, y no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, o la eficiente utilización de los fondos públicos.

TERCERO.- Hechas estas consideraciones generales, procede analizar si las prescripciones técnicas del Lote 5 del procedimiento recurrido —que se reproducen en el antecedente de hecho segundo— cumplen con los criterios que se acaban de señalar.

El Director de Gestión del Sector Zaragoza III, en su informe al recurso de 8 de enero de 2016, una vez recabada la información técnica pertinente, argumenta y expone las razones que han llevado, a los responsables del laboratorio de Hematología, autores del PPT, a la exigencia de las distintas prescripciones técnicas objeto de impugnación.

Con carácter general, conviene recordar, que uno de los objetivos, o propósitos, que debe perseguir el informe del órgano de contratación, que se acompaña a la remisión del expediente, es el de refutar, contradecir o desmentir, con argumentos o razones, lo que afirma o dice el recurrente. De manera que constituya una crítica a la credibilidad de la narración que lleva a cabo quien recurre, con el objeto de desautorizar o invalidar el recurso. La refutación tiene como finalidad demostrar que lo dicho por el recurrente no es cierto o válido, o bien que carece de fundamento.

Pues bien, y en relación con el primero de los motivos del recurso —los fosfolípidos del reactivo cefalina— hay que señalar que la argumentación de las razones que han llevado a las prescripciones técnicas que realiza el Director de Gestión del Sector Zaragoza III, ni refuta, ni contradice, ni rechaza, ni desmiente, ni tampoco niega, o discute, como afirma la recurrente, que sólo exista una empresa en el mercado, WERFEN ESPAÑA, que se ha decantado por los fosfolípidos de procedencia sintética.

Lo mismo ocurre en relación con el segundo de los motivos del recurso —la exigencia de la linealidad del reactivo líquido D-Dímero— en el que, aunque justifica que en seguimiento de la terapia trombolítica se pueden hallar valores muy altos que hacen necesario un amplio rango de linealidad, no

desmiente, ni tampoco niega, o discute, como afirma la recurrente, que el D-Dímero de WERFEN ESPAÑA, es el único reactivo del mercado con el valor máximo que fija el PPT.

En relación con el tercer motivo del recurso, el reactivo para el anticoagulante lúpico, y la preferencia del órgano de contratación por productos comercializados por WERFEN ESPAÑA —que a juicio de la recurrente resulta especialmente evidente, puesto que en lugar de describir el producto desde el punto de vista técnico, el órgano de contratación se ha limitado a referir las marcas comerciales con las que WERFEN ESPAÑA designa y comercializa las distintas versiones de este reactivo: DRVTS, DRVVTC, SCTS, SCCT—; lo cierto es que, aunque el informe del Director de Gestión del Sector Zaragoza III niega que se excluya a ninguna oferta que pudiera recibirse, no desmiente, ni tampoco niega, o discute, como afirma la recurrente, que DRVTS, DRVVTC, SCTS, SCCT son las marcas comerciales con que WERFEN ESPAÑA comercializa las distintas versiones de este reactivo.

Finalmente, y en cuanto al último de los motivos del recurso —el TIH, detección Anticuerpos para Trombocitopenia Inducida por Heparina—, el informe del Director de Gestión del Sector Zaragoza III sí que razona adecuadamente, que la prueba, tal y como se exige en el PPT, obedece a criterios irrenunciables que enumera objetivamente.

Ahora bien, lo cierto es que los hechos son concluyentes, tal y como advirtió la recurrente. Al lote 5 del procedimiento de licitación del «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Hematología», únicamente ha concurrido un licitador; y se ha presentado una sola oferta, la del empresario cuyo nombre también anunció la recurrente, sin que el órgano de contratación, en el informe que se acompaña al expediente del procedimiento de licitación, haya desvirtuado o desmentido las afirmaciones que sustentaban los motivos del recurso a), b) y c).

Procede, en consecuencia, admitir los motivos a), b) y c) del recurso y considerar las referidas exigencias como ilegales.

Es oportuno recordar al órgano de contratación, que es posible adquirir un producto «exclusivo» o «singular» si se justifica adecuadamente, y se deja constancia suficiente en el expediente.

La utilización del procedimiento negociado sin publicidad, regulado en el artículo 170 d) TRLCSP (por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva), exige que se acredite que el contrato exclusivamente puede encomendarse a un único licitador, sin que existan otras entidades que pudieran acometer la prestación. Este procedimiento negociado sin publicidad, eso sí, es un procedimiento excepcional, en la medida que supone una quiebra a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de publicidad de los procedimientos que consagra el artículo 1 TRLCSP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III.ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial interpuesto por D. Alfredo Serra Parera, en nombre y representación de DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U, frente al lote 5 del procedimiento de licitación denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Hematología», convocado por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza. Declarar, respecto al lote 5, la invalidez de los Pliegos y anular la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 TRLCSP.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.