

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

Resolución nº 132/2012

En Madrid, a 31 de octubre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.R.F, en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato de "Suministro de los materiales necesarios (reactivos, controles, calibradores y fungibles específicos) para la realización y obtención de pruebas analíticas en el sistema robotizado del Laboratorio de Bioquímica del Hospital Universitario Ramón y Cajal". Expte.: 2012000029, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución, de 17 de julio de 2012, la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ramón y Cajal, por delegación de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de 25 de febrero de 2011, se inició la tramitación del expediente de contratación del "Suministro de los materiales necesarios (reactivos, controles, calibradores y fungibles específicos) para la realización y obtención de pruebas analíticas en el sistema robotizado del Laboratorio de Bioquímica del Hospital Universitario Ramón y Cajal", aprobándose el expediente para la contratación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 4.027.267,79 euros.

El anuncio de licitación se publicó en el BOCM de 21 de agosto de 2012, en el DOUE de 22 de agosto de 2012 y en el BOE el día 1 de septiembre de 2012. Asimismo la convocatoria fue publicada en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 21 de agosto de 2012.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 10 de octubre de 2012.

Segundo.- En fecha 2 de octubre de 2012 Roche Diagnostics, S.L. (Roche) presentó en el Registro del Hospital escrito anunciando la interposición del recurso especial en materia de contratación y el mismo día, también ante el Hospital, se presentó el recurso. En el mismo alega la inclusión de referencias en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que vulneran el artículo 117 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP); vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación y del principio de libre concurrencia y finalmente vulneración del principio de transparencia por lo que se refiere a la admisibilidad de variantes y el precio del contrato. Finaliza solicitando que:

"(i) Se declare la nulidad de pleno derecho de los apartados 1.1, 1.1.1 y 1.1.2 de los comentarios generales al pliego de cláusulas administrativas particulares; los apartados 1, 1.1 y 1.2 y las alusiones a la tecnología "ICT" contenidas en el Anexo I - Actividad estimada del pliego de prescripciones técnicas y las contenidas en apartado 1 del Anexo I (Características del contrato) del pliego de cláusulas administrativas particulares por contravenir lo establecido en el artículo 117 del TRLCSP y vulnerar los principios de igualdad, no discriminación y de libre concurrencia y se declare la anulabilidad del apartado 11 del Anexo I (Características del contrato) del pliego de cláusulas administrativas particulares por contravenir el principio de transparencia (art. 1 y 139 del TRLCSP).

(ii) Se proceda a dar una nueva redacción a las mencionadas cláusulas, de tal forma que se respeten los principios de igualdad, no discriminación, libre concurrencia y transparencia".

Tercero.- El órgano de contratación remitió el expediente de contratación y su correspondiente informe el 11 de octubre. El 19 de octubre, por el Tribunal se solicitó informe complementario con aclaraciones que fue remitido el 29 de octubre.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal da traslado del recurso al único licitador que ha presentado oferta, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones presentado por Abbott Laboratories, S.A., en el que tras manifestar lo que considera conveniente, que se tendrá en cuenta en el análisis de cada uno de los argumentos del recurso, solicita la desestimación del mismo.

Quinto.- Con fecha 17 de octubre de 2012, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita la legitimación de la empresa Roche para interponer el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, que establece la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Una interpretación restrictiva de este precepto sería contraria a la tendencia jurisprudencial que admite el concepto amplio de legitimación sin que sea necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso.

En este sentido, se pronuncia la STC 67/2010 de 18 de octubre "(...) Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)".

En este caso se considera legitimada a la recurrente que no ha concurrido a la licitación, pero obtendría un beneficio de prosperar la impugnación de los Pliegos por cuanto ello le permitiría participar en dicha licitación.

También resulta acreditada la representación conferida a Don M.R.F, para interponer el recurso especial.

Segundo.- La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Al tratarse de un recurso contra el contenido de los pliegos, es criterio de este Tribunal, mantenido en las resoluciones anteriores, atendiendo a razones de seguridad jurídica, cuando no se tiene constancia de la puesta a disposición de los pliegos, computar los quince días de plazo que establece la Ley a partir del último día estipulado para la presentación de ofertas, al objeto de garantizar que los candidatos o licitadores han tenido acceso a los mismos.

En este caso, el plazo de presentación de ofertas finalizó el día 10 de octubre y el recurso fue interpuesto el día 2 de octubre.

Tercero.- El Hospital Universitario Ramón y Cajal es un centro de atención especializada, adscrito al Servicio Madrileño de Salud (Disposición adicional primera del Decreto 23/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud), ente público que tiene la consideración de Administración Pública de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 del TRLCSP.

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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el de Prescripciones Técnicas (PPT) correspondientes a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) en relación al 15 del TRLCSP.

Quinto.- Se señala por la recurrente que tanto el título del procedimiento como el apartado 1 del Anexo I del PCAP “definición del objeto del contrato” se refieren a la realización y obtención de pruebas analíticas “en el sistema robotizado del laboratorio de bioquímica”. Asimismo el apartado 1.2 del PPT relativo a los “Reactivos” señala que “serán los reactivos necesarios para la realización de las determinaciones que se relacionan, mediante el sistema de robotización existente en el Hospital”. Considera la recurrente que ello implica que los licitadores deberán ofertar productos que tengan la capacidad de poder conectarse o funcionar con el sistema robotizado existente en el laboratorio del Hospital quedando excluida la empresa cuyos productos no puedan conectarse, siendo la empresa instaladora del actual sistema robotizado la única que puede conectar sistemas y montar reactivos por lo que el órgano de contratación debería haber licitado el montaje de un nuevo sistema robotizado o haber justificado dicha situación, pues supone una barrera a la entrada de potenciales licitadoras del sector.

El informe del órgano de contratación afirma que el procedimiento se convoca para realizar las determinaciones analíticas utilizando el equipamiento de que dispone el Hospital y que se trata de un sistema instalado en el año 2010. Afirma que la alegación de la recurrente de que cualquier empresa cuyos productos no puedan conectarse al sistema ya existente sea automáticamente excluida del procedimiento no se ajusta a la realidad, dado que la cadena de trabajo es abierta y permite la conexión de diferentes casas comerciales por lo que se considera justificado que las proposiciones que se presenten deban comprender todas y cada una de las determinaciones. Señala que el objeto del expediente es la adquisición de reactivos, controles, calibradores y fungibles no la conexión de analizadores. Informa que actualmente el laboratorio de

bioquímica clínica está utilizando reactivos de otras casas comerciales que pueden suministrar reactivos para el sistema robotizado actualmente instalado, entre las que también se encuentra la comercial Roche Diagnostics, S.L., que dispone de reactivos que se podrían usar en dicho sistema robotizado. “Incluso si alguna casa comercial, necesitara conectar su propia instrumentación a la actual solución robotizada del Laboratorio del Hospital Universitario “Ramón y Cajal”, el fabricante de este sistema robotizado, posibilita la conexión de la instrumentación de diferentes casas comerciales al mismo, incluida la casa comercial Roche Diagnostics, S.L. Por esta razón, no está limitada la concurrencia a una sola casa comercial, existen ejemplos de conexión de analizadores de otras casas comerciales conectados al sistema robotizado como el existente en el Laboratorio de Bioquímica Clínica del Hospital Universitario “Ramón y Cajal”, por lo que bastaría con la presentación de una oferta mediante una Unión Temporal de Empresarios”.

Abbott, único licitador al procedimiento, en el trámite de alegaciones, manifiesta que el sistema robotizado existente en el laboratorio del Hospital está fabricado por una tercera empresa (INPECO) que suministra este sistema a las empresas del sector que deseen adquirirlo en un mercado de libre concurrencia, siendo una solución abierta que permite la conexión de diferentes instrumentales analíticos de diversas empresas y, por tanto, el uso de reactivos analíticos de diversa procedencia, remitiéndose al efecto a la página web del fabricante.

Por otra parte en el escrito de aclaraciones al informe solicitado por el Tribunal la Jefa del Servicio de Bioquímica del Hospital indica que no hay ningún requisito especial de compatibilidad de los reactivos y sería suficiente con que se tratase de reactivos que cumplan los requisitos del PPT y que se puedan procesar en alguno de los diversos analizadores conectables al sistema.

Es decir, la presentación de ofertas con los reactivos solicitados tiene que cumplir el requisito de poder conectarse al sistema instalado. Pero la admisión de esta condición para no ser limitadora debería incluir en los pliegos o documentación complementaria la información suficiente como para permitir conocer los requisitos solicitados y, en su caso, hacer una oferta con conocimiento de todos los elementos que la componen y valorar la procedencia de presentarse o no a la licitación.

Asimismo afirma el escrito de ampliación del informe que el fabricante del sistema tiene ya desarrolladas las especificaciones técnicas referentes a la conexión de una amplia variedad de analizadores de casas comerciales, que la conexión de un analizador no requiere el desarrollo de adaptaciones técnicas especiales ni de licencias y puede ser acordada entre el licitador y el fabricante del sistema robótico. De lo cual cabe concluir que no todos los licitadores pueden ofrecer los reactivos objeto del suministro sin previamente contar o bien con analizadores compatibles (desconociendo como se ha dicho cuales son o los requisitos de compatibilidad), o bien haber acordado con el fabricante del sistema instalado las adaptaciones necesarias

ya con anterioridad a saber si será o no adjudicatario ni los posibles costes asociados que le permitan valorar la oportunidad de presentar oferta.

También afirma la Jefa del Servicio de Bioquímica que la conexión al sistema robotizado es “una simple relación comercial de pago por un servicio prestado (la conexión) para lo cual ni siquiera sería necesario subcontratar ni formar una UTE. Por tanto el proveedor adjudicatario deberá decidir en qué condiciones negocia con el fabricante y proveedor del software de la cadena, que suele resumirse a pagar la conexión, que por otra parte es lo que se viene haciendo al tener las principales empresas del sector conectados sus instrumentos con este sistema robotizado en otros laboratorios clínicos”.

En el supuesto de que el sistema instalado no fuera compatible con los productos de otras casas comerciales o de precisar de suministros reservados a un único productor o si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y mantenimiento desproporcionadas, no sería procedente la convocatoria de un procedimiento abierto, encontrándonos ante los supuestos de aplicación del procedimiento negociado previstos en el TRLCSP.

Sin embargo en el supuesto que estamos analizando los Pliegos reguladores del procedimiento exigen que las determinaciones analíticas se realicen con los reactivos suministrados por los licitadores, pero utilizando el equipamiento robotizado de que dispone el Hospital, admitiendo, la posibilidad de ofertas de los licitadores que se ajusten a las exigencias técnicas del PPT. El equipamiento, según confirma el órgano de contratación, es compatible con determinados reactivos de otras casas comerciales. Por tanto la posibilidad de presentación de ofertas queda condicionada a que sus analizadores sean compatibles con el sistema instalado y en caso de necesitar la conexión de instrumentación propia de algún licitador el fabricante del sistema robotizado posibilita la misma, condición esta que es ajustada a derecho en cuanto responde a las necesidades del órgano de contratación y no se revela como discriminatoria, si bien se advierte que no se da información respecto de cómo se ha de obtener esa compatibilidad.

En este mismo sentido téngase en cuenta que el objeto del contrato es la adquisición de reactivos, controles, calibradores y fungibles y no incluye expresamente la conexión de analizadores. Sin embargo, los reactivos ofertados han de cumplir los requisitos técnicos explicitados en el PPT y además se han de poder procesar en alguno de los diversos analizadores conectables al sistema instalado condición admisible para poder rentabilizar el sistema instalado que a su vez determina que el licitador ha de contar con la información necesaria para conocer qué es lo que ha de ofertar y poder adecuarse a lo solicitado, debiendo modificarse los pliegos en este sentido.

Sexto.- Alega la recurrente que los pliegos contienen determinadas exigencias que considera inadecuadas porque solo pueden ser cumplidas por una determinada empresa.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia es uno de los principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público. 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”. Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1996 cuando señala que “(...) las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre competencia (...)”.

El apartado 3 del mismo artículo 117 establece una serie de formas a través de las cuales pueden definirse las prescripciones técnicas, entre las que figura la referencia a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, etc. En el subapartado b) figura “En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, (...)”.

Las especificaciones técnicas pueden establecerse por referencia a normas técnicas o en términos de rendimiento o exigencias funcionales, que tampoco pueden constituir un obstáculo a la libre competencia. De modo que las exigencias deben ser objetivas y neutras para no favorecer determinadas marcas en perjuicio de otras y expresadas en términos suficientemente precisos para permitir a los licitadores la determinación técnica del objeto del contrato.

El artículo 117.8 del TRLCSP establece que “Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se 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 de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”.

En el apartado 8 del citado artículo 117, se relacionan los métodos a través de los cuales no está permitido especificar las características de la prestación, salvo que lo justifique el objeto del contrato y se cumpla el doble requisito de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y se añada la expresión “o equivalente”. Así, expresamente no se permite la mención a una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, mediante la cual no se pretende otra cosa sino permitir la presentación de ofertas

relativas a prestaciones que puedan cumplir la misma función que aquella cuyas características se han utilizado en el pliego para definir la prestación. La referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión “o equivalente”, con el objeto de permitir presentar ofertas de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.

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 la misma 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 lo dispuesto en el artículo 23 y considerando 29 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios: “Las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia. A tal efecto, debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para lograrlo, por una parte debe ser posible establecer las especificaciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales y, por otra, en caso de referencia a la norma europea –o, en su defecto, a la nacional– los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en soluciones equivalentes”.

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.

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 Helsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato manifiesta que este 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 el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, dictada en el asunto C- 368/10, Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos, señala que los principios de trato igualitario y no discriminación revisten crucial importancia en lo que se refiere a las especificaciones técnicas, debido a los riesgos de discriminación

vinculados a la elección de éstas, es decir, a la manera de formularlas. Las especificaciones técnicas deberán ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicarlo y deberán indicarse claramente de modo que todos los licitadores sepan qué abarcan los requisitos establecidos por el poder adjudicador (apartado 63).

A la vista de estas consideraciones generales cabe analizar, en los fundamentos siguientes, cada una de las especificaciones técnicas impugnadas.

Séptimo.- Se alega por la recurrente, como primera concreción de las especificaciones técnicas que considera inadecuadas, que en la descripción de los productos a ofertar se hace referencia a “integrated chip technology” (ICT) en los números de orden 11 y 24 del apartado 1 del Anexo I del PCAP “definición del objeto del contrato”, en el Anexo I “actividad estimada” del PPT y en el modelo de oferta económica, cuya exclusividad en la comercialización corresponde únicamente a una empresa del sector, siendo una marca registrada. Argumenta que el objeto del procedimiento es la adquisición de reactivos para la realización de técnicas analíticas y al hacer referencia a la tecnología “ICT” sin indicar a qué determinaciones corresponde dicha tecnología no se puede presentar por Roche o por otra empresa del sector oferta en dicho procedimiento, a excepción de la titular de la marca, por desconocimiento de las determinaciones analíticas a ofertar. Señala también que se hace referencia a una marca, a la tecnología del chip integrado, sin incluir la mención “o equivalente” vulnerando lo dispuesto en el artículo 117.8 del TRLCSP, pues implica el levantamiento de una barrera de entrada al procedimiento insuperable por cualquier otra empresa del sector.

El órgano de contratación, en su informe, señala que hubiera sido más correcto indicar detalladamente las técnicas de sodio, potasio y cloro pero que ICT es un acrónimo ampliamente extendido en los laboratorios e industria y además les consta que ICT y/o “Tecnología Chip Integrado” no es una marca comercial registrada en España. Asimismo señala que este concepto ya se utilizó en concursos anteriores, no siendo impugnado y Roche no fue excluida por esta razón, no siendo motivo de exclusión de la licitación que presente una técnica similar en este concepto si el resultado es el solicitado.

Alega Abbott en el trámite de alegaciones, que denominación “ICT modulo” ya fue incluida en concursos anteriores a los que licitó Roche por lo que no puede tener duda o desconocimiento de los productos o determinaciones analíticas a ofertar, dado que no puso en tela de juicio la legitimidad de los pliegos. Señala que en el recurso no se deja constancia de que las siglas ICT correspondan a una marca registrada, que la inclusión de “ICT modulo (tecnología Chip integrado)” no constituye, en modo algún, una referencia a una marca comercial registrada en España, sino a unas siglas descriptivas de un tipo de tecnología utilizada en determinaciones analíticas, denominación no registrada y perfectamente conocida por Roche por haber participado en anteriores licitaciones donde se utilizaba el mismo nombre.

El PCAP y PPT objeto del recurso incluyen entre la relación de artículos solicitados “ICT modulo (tecnología chip integrado)” y “diluyente muestras ICT”. La ICT Integrated Chip Technology, es una tecnología patentada por una determinada casa comercial para medir simultáneamente el sodio, el potasio y el cloro, con electrodos selectivos de los iones. Es decir, la funcionalidad de la técnica es la medición de los elementos indicados, pero en la descripción del producto solicitado, tanto en el PCAP como en el PPT, se hace referencia a una determinada tecnología para su obtención, de manera que quedan excluidos otros procedimientos o técnicas que puedan conseguir la misma finalidad. La definición del objeto del contrato mediante la descripción de una determinada tecnología no concreta los resultados o determinaciones a obtener con los reactivos solicitados, aunque pueda tratarse de un acrónimo conocido en el ámbito de los laboratorios, motivo por el cual se puede alegar desconocimiento del reactivo solicitado. Independientemente de si se trata de una marca registrada o patentada, lo cierto es que la prescripción técnica se hace por referencia a una técnica determinada en lugar de por la funcionalidad pretendida.

En consecuencia procede la anulación de las referencias a la tecnología ICT tanto en el PCAP como en el PPT, debiendo modificarse ambos pliegos para dar una redacción que permita la licitación a los productores de los reactivos capaces de obtener las determinaciones pretendidas sin referencia a una tecnología concreta.

Octavo.- Como segunda cuestión de las especificaciones técnicas que la recurrente considera inadecuadas figura el apartado 1 del PPT que dispone que “se debe garantizar la ausencia de contaminación por arrastre entre muestras, sin generar residuos biológicos contaminados, por lo que se debe trabajar con sondas de pipeteo metálicas fijas, así no se admitirán analizadores que necesiten puntas desechables”. Se alega por la recurrente que se está excluyendo cualquier producto que no cumpla tal exigencia de forma discriminatoria. Considera que los sistemas con punta desechable garantizan igualmente la no existencia de contaminación por arrastre y adicionalmente que los sistemas con sondas de pipeteo metálicas generan igualmente residuos concentrados contaminados de la reacción.

Por el órgano de contratación se mantiene que “varias casas comerciales ofrecen soluciones de tecnología de puntas fijas, por lo que no debe de ser excluyente en absoluto”, que la tecnología de puntas fijas, ofrece ventajas de no generar residuos sólidos contaminados, evitando gastos adicionales por almacenaje de fungible, manipulación, gestión y eliminación de estos residuos en contenedores específicos a tal fin, así como destrucción de los mismos, con el consiguiente deterioro del medioambiente.

En cuanto a la contaminación por generación de residuos Abbott, en el trámite de alegaciones, manifiesta que cláusulas como esta se han incluido en otros expedientes de contratación, habiendo sido admitidas por Roche, que resultó adjudicataria en alguno de ellos y en los que Roche no ha considerado que vulnere el

principio de transparencia, por lo que parece contradictorio y carece de fundamento que en esta ocasión alegue la supuesta vulneración.

Igualmente señala Abbott que la afirmación de Roche carece de fundamento puesto que no es una, sino varias las empresas que ofrecen este tipo de soluciones técnicas que garantizan la no contaminación por arrastre entre muestras y que una opción de puntas desechables penalizaría al Hospital obligándole a un esfuerzo adicional para el almacenamiento manipulación, eliminación y destrucción de los residuos sólidos contaminados generados por dichas puntas usadas. Dado que diferentes empresas del sector ofrecen la tecnología de sondas de pipeteo la inclusión en los Pliegos garantiza la libre concurrencia, no vulnerando los principios de igualdad de trato y no discriminación.

La misma argumentación expuesta en los fundamentos de derecho anteriores es de aplicación a la cuestión ahora analizada. La definición de las prescripciones técnicas debe permitir la presentación de ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas que puedan cumplir la misma función que aquella cuya características se han utilizado en el pliego para definir la prescripción.

Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exigen unas características concretas, determinadas por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptándose a lo requerido.

En este caso se observa que en el PPT no se menciona una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni se hace referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados que acredite que su finalidad es la de favorecer o descartar a ciertas empresas o ciertos productos, sino que establece unas características que deben presentar las pipetas, exigidas por la finalidad que pretenden cubrir (que no se produzca contaminación por arrastre en las muestras y que no se generen residuos contaminados), cuya necesidad se encuentra debidamente justificada en el expediente. Por lo tanto puede sostenerse que no son indiferentes para el Hospital las características que deben reunir pipetas exigidas por el PPT.

Por otro lado, la recurrente no argumenta cuál es la limitación que le impide licitar sondas de pipeteo metálicas fijas, o que esa forma de producción esté reservada a una determinada marca comercial. Como hemos señalado, cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en las presentaciones pedidas ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto, no se vulnera el principio de libre concurrencia. La concurrencia supone unos

mecanismos de adaptación de la producción a la demanda a fin de ajustarse al objetivo de ser preferido por los consumidores. De esta forma tampoco resulta acreditado que el producto solo pueda ser ofertado por una empresa determinada, resultando que incluso la recurrente, según alega Abbott, parece haber aceptado cláusulas como la ahora impugnada, de lo que se deduce que también produce este tipo de pipetas. Por tanto no se observa la infracción del principio de no discriminación ni de las reglas de publicidad y libre concurrencia, por lo que procede rechazar la alegación de la recurrente.

Noveno.- El apartado 11 del Anexo I del PCAP “Admisibilidad de variantes” dispone:

“Técnicas: No

Soluciones Económicas: en caso de resultar adjudicatarios, se podrán proponer mejoras económicas como descuentos porcentuales, u otras soluciones”.

La recurrente considera que el mismo vulnera el principio de transparencia así como lo previsto en el TRLCSP por lo que se refiere al precio y modificación de los contratos. Argumenta que “en ningún caso permite el TRLCSP la modificación totalmente arbitraria y con total ausencia de parámetros que regulen los términos de tal modificación del precio del contrato cosa que conlleva una clara vulneración del principio de transparencia”, que una eventual modificación del contrato una vez formalizado en el caso de admitirse su conformidad a derecho debería haberse delimitado su alcance y límites de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP, con expresa indicación del porcentaje del precio que podría verse afectado, así como con inclusión de las condiciones de esta eventual modificación con un grado de detalle suficiente que permitiera a los licitadores su valoración a los efectos de formular su oferta.

Abbott, en el trámite de alegaciones señala que se trata de una cláusula habitual en la contratación del Hospital, habiendo sido admitida por Roche hasta el punto de haber sido adjudicataria la recurrente de algún procedimiento concreto. Teniendo en cuenta que en idénticas circunstancias Roche no ha considerado que la cláusula vulnera el principio de transparencia, parece contradictorio y carece de fundamento que en esta ocasión alegue la supuesta vulneración.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el citado apartado 11 no afecta al precio del contrato que se determina en el apartado 3 del Anexo I del PCAP. “La introducción de “soluciones económicas” no sería una modificación del contrato dado que se aplica una vez salga designado el adjudicado por aplicación de los criterios objetivos establecidos en el pliego; pero posibilita que la ofertas realicen mejoras económicas en función del volumen anual de pedidos, siempre dentro del presupuesto máximo estimado adjudicado”.

La posibilidad de formular ofertas variantes es una excepción a la prohibición de presentar más de una proposición establecida en el artículo 145.3 del TRLCSP, va referida a la fase de presentación de

proposiciones y, en su caso se incorporará al contrato formalizado tal como establece el artículo 71.3.f) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre: “las cláusulas que sean consecuencia de las variantes válidamente propuestas por el adjudicatario en su oferta y que hayan sido aceptadas por la Administración”.

Las variantes ofertadas y admitidas serán obligaciones exigibles al contratista derivadas del cumplimiento del contrato en los términos de su oferta no una modificación del contrato en ejecución. La argumentación de la recurrente en cuanto a la aplicación de la regulación relativa a las modificaciones contractuales no es de aplicación para los supuestos de las variantes admisibles según el artículo 147 del TRLCSP, aunque si de la redacción del apartado objeto de impugnación pudiera parecer que la variante se ofrece por adjudicatario durante la adjudicación del contrato, efectivamente no estaríamos ante el concepto legal de variante.

El artículo 147 del TRLCSP establece que:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”.

Este precepto proviene del artículo 24 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que dispone:

“1. Cuando el criterio de económicamente más ventajosa, licitadores a presentar variantes.

adjudicación del contrato sea el de la oferta los poderes adjudicadores podrán autorizar a los

2. Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso de que falte dicha mención, las variantes no estarán autorizadas.

3. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deberán cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la presentación de las variantes en aras al respecto al principio de igualdad de

trato de los licitadores; así, en Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto C-421/01, Traunfellner GmbH (TJCE 2003, 322), considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes, pero en la que no se detalla ni precisa las condiciones y requisitos de las mismas:

“29. En efecto, la mera mención en el pliego de condiciones permite que los licitadores estén informados de la misma manera acerca de los requisitos mínimos que deben cumplir sus variantes para que la entidad adjudicadora pueda tomarlas en consideración. De hecho, es una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 2/2002, ha considerado admisible la inclusión en el PCAP de la posibilidad de ofertar por los licitadores, en aquellos suministros en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente, variantes de tipo económico del siguiente tenor:

- Ofertar precios unitarios más reducidos respecto a los contenidos en la oferta base, bajo la suposición de obtener la adjudicación conjunta de varios lotes.
- Ofertar precios unitarios más reducidos respecto a los contenidos en la oferta base, proponer descuentos porcentuales, globales o la entrega a precio cero de determinado número de artículos del suministro objeto del contrato, bajo la suposición de que el importe límite adjudicado alcance determinada cuantía.

En esta categoría de suministros, definida en el artículo 9.3.a) del TRLCSP, parece lógico, que al existir una indeterminación inicial del número de unidades a suministrar, se admita la posibilidad de presentar variantes económicas en las ofertas de los licitadores, siempre y cuando se hayan previsto en el PCAP con los requisitos antes analizados.

Estas variantes evidentemente han de proponerse en la fase de licitación no durante la ejecución del contrato, forman parte de la oferta del licitador y serán objeto de valoración. Esta parece ser la intención del órgano de contratación cuando afirma, en su informe, que la introducción de soluciones económicas posibilita que las ofertas realicen mejoras en función del volumen anual de pedidos. Sin embargo, la redacción del apartado 11 del Anexo I del PCAP no concreta las fórmulas admisibles para proponer el descuento y hace referencia al término adjudicatario lo que puede inducir a pensar que será el adjudicatario el que puede proponer las mejoras económicas o variantes. Evidentemente la propuesta de variantes corresponde efectuarla al licitador para el caso de ser adjudicatario.

Por tanto, este Tribunal considera que la previsión de admisión de variantes de tipo económico es admisible. No obstante la previsión impugnada debe ser modificada en cuanto que deberá concretar en el PCAP las condiciones y elementos sobre los que los licitadores podrán presentarlas así como la forma de su valoración y a cuyo cumplimiento vendrán obligados para el caso de ser adjudicatarios.

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 parcialmente el recurso especial interpuesto por Don M.R.F, en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato de "Suministro de los materiales necesarios (reactivos, controles, calibradores y fungibles específicos) para la realización y obtención de pruebas analíticas en el sistema robotizado del Laboratorio de Bioquímica del Hospital Universitario Ramón y Cajal". Expte.: 2012000029, debiendo modificarse el PCAP y el PPT que deberán redactarse en los términos expuestos en los fundamentos de esta Resolución, procediendo nuevamente a la publicación de la convocatoria de la licitación.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 17 de octubre.

Cuarto.- 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.