

**RECURSO 3/2016
RESOLUCIÓN 12/2016**

Resolución 12/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Sysmex España, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación del suministro de 350.000 dispositivos para la realización de test de sangre oculta en heces dentro del programa de prevención y detección precoz de cáncer colorrectal con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (expte. 35/2016).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución de 9 de diciembre de 2015, del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de la Consejería de Sanidad, se aprueba el expediente para la contratación, mediante procedimiento abierto y tramitación anticipada, del suministro de 350.000 dispositivos para la realización de test de sangre oculta en heces dentro del programa de prevención y detección precoz de cáncer colorrectal con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, por un importe de 719.950,02 euros (595.000 euros más el I.V.A. correspondiente). Obran en el expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT) que rigen la contratación.

El anuncio de licitación se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de enero, en el perfil de contratante el 11 de enero, en el Boletín Oficial del Estado el 16 de enero y en el Boletín Oficial de Castilla y León el 12 de enero de 2016.

Segundo.- El 27 de enero de 2016 Dña. yyyy, en nombre y representación de Sysmex España, S.L, presenta un recurso especial en materia

de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (PCAP y PPT) que rigen la citada contratación, que tiene entrada en este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León el día 28 de enero.

En esa misma fecha la Secretaría del Tribunal admite el recurso con el número 3/2016.

La recurrente considera que las características técnicas previstas en los pliegos vulneran los principios de igualdad (artículo 14 de la Constitución), el de libertad de empresa (artículo 51 de la Constitución) y el funcionamiento competitivo del mercado (artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), puesto que las determinaciones del PPT están definidas de tal manera que sólo una empresa del sector se encuentra en condiciones de cumplirlas.

La cláusula recurrida (cláusula 3 del PPT), relativa a los "Requisitos de los dispositivos para la realización del TSOH" establece, entre otros extremos, lo siguiente: "Estos dispositivos incluirán un sistema de filtros que eliminen, por una parte, el exceso de muestra y por otra que garanticen la separación de los restos sólidos de la muestra para la determinación. El dispositivo garantizará que se estandariza, de forma constante, la cantidad y concentración de la muestra que se utilizará para el análisis".

Argumenta que la prescripción apuntada es nula de pleno derecho, ya que tiene el efecto de excluir a casi todas las empresas del sector, entre ellas a la propia recurrente, sin que exista razón objetiva que lo justifique, por lo que se trata de obstáculos no justificados a la libre competencia.

En concreto, se señala que nada explica que para evitar la transferencia en la lectura de muestras se exija la presencia de un filtro y menos que tal filtro deba estar en el dispositivo de recogida y se convierta en requisito imprescindible para no ser excluido, *ab initio*, del proceso de licitación. La evitación de interferencias puede conseguirse de formas distintas e igualmente eficaces, como ofrecen la mayoría de las empresas del sector.

Se acompaña al recurso informe pericial en el que se indica que la incorporación de sistema de filtro en la máquina que analiza el test obtiene resultados adecuados y equivalentes, por lo que no existe justificación objetiva para la exigencia de filtro en el tubo o dispositivo. Se adjunta también documento del Guilfor Medical Device Evaluation Center de 20 de noviembre de 2013, en el que se recoge que, entre las empresas analizadas, la única que dispone de filtro en el dispositivo de recogida es Eiken Chemical y sus distribuidores (entre ellos, Biogen Diagnóstica S.L., adjudicataria del contrato).

Con carácter subsidiario, se solicita la revocación de la cláusula 3 del PPT.

Solicita, asimismo, la suspensión del procedimiento de licitación.

Acompaña al recurso especial copia del documento acreditativo de la representación. No consta la presentación del anuncio de interposición del recurso ante el órgano de contratación.

Tercero.- El 4 de febrero de 2016 tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, remitida por el órgano de contratación, la documentación correspondiente al expediente de contratación y el informe de dicho órgano.

Cuarto.- Mediante Acuerdo 4/2016, de 8 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se deniega la solicitud de suspensión del expediente de contratación, una vez valoradas las circunstancias concurrentes.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes licitadores, a fin de que puedan formular alegaciones.

El 16 de febrero de 2016 Biogen Diagnóstica, S.L. y Menarini Diagnósticos, S.A., presentan alegaciones.

Para la primera de las empresas procede desestimar el recurso habida cuenta de que el sistema de detección previsto en los pliegos obedece a una

razón técnica y objetiva que justifica la pertinencia –mayor grado de fiabilidad en los resultados- de los dispositivos exigidos (acompañados de hasta tres informes comparativos).

Por su parte, Menarini Diagnósticos, S.A. considera que procede estimar el recurso al considerar que las prescripciones técnicas exigidas vulneran el principio de libre concurrencia, al solicitar el órgano de contratación un dispositivo que sólo una empresa está en condiciones de ofertar por estar, previsiblemente, protegido bajo patente internacional y considerar que el ofrecido por ella obtiene unos resultados similares al exigido en el pliego (se acompaña también de informe pericial).

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La empresa Sysmex España, S.L. está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, en cuanto sus intereses pueden verse afectados por la licitación convocada (artículo 42 del TRLCSPP), y está acreditada su representación.

3º.- El recurso se ha interpuesto contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSPP.

El recurso especial se ha planteado en el plazo legalmente previsto. El artículo 44.2.a) del TRLCSPP establece que el cómputo del plazo de quince días hábiles para la interposición del recurso contra el contenido de los pliegos “se

iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”. Teniendo en cuenta que los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores el 11 de enero de 2016, en el perfil de contratante, es claro que el recurso, presentado el 27 de enero de 2016, se ha interpuesto en plazo.

En relación con la falta de presentación del anuncio de interposición, es doctrina reiterada de los tribunales de recursos contractuales que la omisión de este trámite no vicia el procedimiento.

4º.- En relación con el principio de igualdad de trato entre los licitadores, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España) señala lo siguiente:

“66. El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y estos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011,

Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

»67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

El artículo 116.1 del TRLCSP establece que “El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan

sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”.

El artículo 117.2 del TRLCSP señala 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”.

Asimismo, el artículo 117.8 del TRLCSP declara que “Salvo que el objeto del contrato lo justifique, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, 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 autoriza con carácter excepcional en el caso 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 deberá ir acompañada del término equivalente”.

El informe 2/2009 de la Junta de Contratación Pública de Navarra declara que “conviene señalar que la determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.

Por otro lado, la Resolución 117/2013, de 31 de julio, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, señala que “no resulta restrictivo de la libre competencia el establecimiento de requisitos, o prescripciones en los pliegos que encuentren justificación en las necesidades del órgano de contratación, correspondiendo al mismo determinar las mismas y la forma de satisfacerlas a través de la contratación pública”.

En el presente caso, el recurrente considera que las determinaciones del pliego de prescripciones técnicas, respecto de la cláusula 3, están definidas de

tal manera que sólo una empresa del sector se encuentra en condiciones de cumplirlas, por lo que se vulnera el principio de igualdad y de no discriminación, así como el principio de libre concurrencia.

Como ya se ha expuesto en los antecedentes, el PPT prevé en su cláusula 3, "Características y condiciones generales. Requisitos de los dispositivos para la realización del TSOH", entre otros extremos lo siguiente:

"Estos dispositivos incluirán un sistema de filtros que eliminen, por una parte el exceso de muestra y por otra que garanticen la separación de los restos sólidos de la muestra precisa para la determinación. El dispositivo garantizará que se estandariza, de forma constante, la cantidad y concentración de la muestra que se utilizará para el análisis".

El informe del órgano de contratación (en concreto, el informe del Servicio de Central de Compras de 2 de febrero de 2016) señala, en relación con este requisito, que la Gerencia Regional de Salud en ningún caso ha pretendido favorecer a una empresa concreta, sino que a la hora de redactar sus pliegos tiene en cuenta las fichas técnicas, catálogos o folletos de varias de las casas comerciales que operan en el sector y que, una vez comprobados los productos que existen en el mercado, elige aquéllos que mejor se adapten a las necesidades que pretenden cubrirse, asegurándose de que esos productos pueden ser comercializados por varias empresas suministradoras. Añade también que precisamente en los productos a los que se refiere el recurso se comprobó que en la documentación que la empresa recurrente presentó en el último concurso convocado para el mismo producto (resuelto el 24 de marzo de 2014) hacía referencia a la posesión de dispositivos con filtro.

En relación con el producto ofertado por Sysmex (y el informe pericial que adjunta, en el que se concluye que en el sistema de filtro en la máquina, frente al filtro en el dispositivo exigido en el pliego, el resultado es adecuado y similar a este último), el informe del órgano de contratación añade que "Respecto de esta alegación, hay que decir que dicho informe pericial está valorando el equipo analizador ("SENSITIF 270"), a lo que la Gerencia nada tiene que objetar. Sin embargo, el objeto del procedimiento es la compra de dispositivos, dado que los autoanalizadores son cedidos por la empresa adjudicataria, tal y como se exige

en el pliego. Las bondades o deficiencias de los equipos a ceder no son tenidos en cuenta para la selección de los dispositivos, porque de hecho, ni siquiera se exigen características detalladas en los pliegos.

»(...).

»Las características de los autoanalizadores no se describen en el pliego porque lo que la Gerencia precisa adquirir son dispositivos con filtro. De haber necesitado adquirir equipos probablemente se hubiera hecho un estudio de mercado sobre los aparatos disponibles y la eficacia de unos y otros para la obtención de resultado. Sin embargo, ese resultado se ha pretendido garantizar a través de la compra de unos dispositivos de calidad.

»Cuando los profesionales de la Gerencia Regional de Salud han optado por un dispositivo con filtro es porque se ha considerado que este sistema de doble filtro interno supone una mejora de la calidad y de las condiciones de seguridad de la muestra, que permite mantener un programa de cribado poblacional con dos características: la estabilidad de las mediciones y, de acuerdo a la experiencia del Programa de cribado, la menor tasa de falsos positivos.

»Tasas de positividad de los test de sangre oculta en heces - en la población diana global- en torno al 7% se consideran asumibles, mientras que si esas tasas son más elevadas se podrían producir dificultades en el Programa: de dichas tasas se deriva el incremento de colonoscopias, pruebas invasivas y costosas, para descartar la existencia de tumores que se ofrecen en todos los casos de TSOH positivos. Sin embargo, en este exceso de colonoscopias no se encuentran más tumores, ni adenomas.

»Con anterioridad a la compra centralizada, es decir cuando las compras se hacían por cada una de las Gerencias de Atención Primaria, se utilizaron en los centros de la GRS varios sistemas de TSOH. De la experiencia de estos años se ha constatado que las botellas o dispositivos con filtro ofrecían mayor garantía de estabilidad.

»Asimismo es de destacar que el filtro en la botella asegura la misma cantidad y la misma concentración de muestra, en función del buffer,

para el análisis. Precisamente se considera que de no existir esa estabilidad, este hecho puede incidir en la aparición de mayor número de falsos positivos a los que habría que realizar colonoscopia.

»En definitiva, con el sistema descrito se garantiza la estabilidad y trazabilidad de las muestras y precisamente por ello la GRS decidió adquirir este tipo de dispositivos y no otros, y lo hizo conociendo y valorando las razones objetivas expuestas”.

El referido informe, tras el análisis de la concreta característica técnica impugnada por la recurrente, concluye que no puede considerarse que se haya vulnerado el principio de igualdad de trato y no discriminación.

En atención a lo expuesto, a juicio de este Tribunal no pueden admitirse las pretensiones de la empresa recurrente relativas a que la definición del objeto y de las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato analizado limitan la concurrencia, en la medida en que su determinación, como queda justificado en el expediente desde un punto de vista técnico, responde al tipo de dispositivo solicitado (con filtro). No se niegan las bondades de un sistema distinto, si bien dicho sistema no parece ser el requerido en este proceso de licitación, por lo que las necesidades a cubrir no se ven satisfechas de manera equivalente con el producto que pretende ofertar la recurrente. Pese al carácter eminentemente técnico de la cuestión planteada, con la lógica limitación de conocimientos específicos del Tribunal en la materia, si se tiene en cuenta la información aportada durante el procedimiento, en particular los argumentos expuestos por el órgano de contratación, no parece que pueda apreciarse en el presente caso, a juicio de este Órgano, incoherencia o excesos en la discrecionalidad de que goza la Administración para determinar las condiciones técnicas a que ha de ajustarse la contratación.

A dicha conclusión se llega en el entendimiento, tal y como ha manifestado este Tribunal en su Resolución 45/2015, “de que la determinación de la naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer y la idoneidad del objeto y contenido del contrato para atenderlas es una competencia del órgano de contratación, sin que sea facultad de los licitadores exigir un determinado objeto contractual.

En efecto, como pone de relieve la Sentencia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 27 de marzo de 2015 (Rec. nº 744/2013), "La idoneidad del objeto del contrato y las características del servicio a prestar por el contratista, (...) son configurados en cada caso por el propio órgano de contratación en consideración a sus propias necesidades y conveniencias, (...) y no es facultad de los concursantes exigir un determinado objeto contractual ni, como en el caso ocurre, suponer la identidad entre contratos distintos como pauta para exigir la acomodación de tales objetos o características, que son plenamente dispositivas para la Administración desde las coordenadas fundamentales que expresa el artículo 22.1 del TRLCSP 3/2011, de 14 de Noviembre, respecto de la necesidad e idoneidad del contrato, y donde se dice que "Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".

En el mismo sentido, la Resolución 891/2014, de 5 de diciembre, del Tribunal Central de Recursos Contractuales indica que "Como también hemos señalado en resoluciones anteriores corresponde al órgano de contratación apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato (artículo 22 del TRLCSP) y, además, es el que debe ordenar la dedicación de los recursos de que dispone y definir los servicios que contrata para el cumplimiento de sus fines. "En función de dicha definición los eventuales interesados deben adoptar la decisión de presentar sus ofertas a las licitaciones si les conviene" (Resolución 156/2013, de 18 de abril)".

Por otra parte y a pesar del esfuerzo probatorio de la recurrente, para que pudiera determinarse que existe una limitación en la concurrencia sería necesario que se hubiera acreditado, de manera indubitada, que los requisitos técnicos recogidos en el PPT solamente pueden ser ofertados por un licitador, en el sentido de ser el único capaz de suministrar tales productos.

Sin embargo, del documento aportado por la recurrente (informe del Guilford Medical Device Evaluation Center) no puede deducirse tal consecuencia. Además, el informe está fechado en noviembre de 2013, a lo que cabría añadir que el propio órgano de contratación señala que en el año 2014 la propia recurrente presentó un producto que sí reunía los requisitos técnicos ahora enjuiciados.

Se hace necesario señalar también que las características técnicas contenidas en la cláusula impugnada del PPT no hacen referencia expresa a una determinada marca comercial, o a un determinado producto existente en el mercado, ni se prueba por el recurrente que establezcan requisitos técnicos que resulten desproporcionados respecto a las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, tal y como pone de manifiesto el informe del órgano de contratación.

Por último y como complemento de lo hasta ahora expuesto, cabe reseñar que este tipo de especificaciones técnicas son exigidas también en otras Comunidades Autónomas (*a.e.* Canarias y Madrid), Comunidades en las que se han interpuesto recursos de similar contenido al que ahora se analiza y con igual suerte desestimatoria (Resolución 41/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias y Resolución 116/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en esta última el acto que se recurría era el de la adjudicación del contrato).

En virtud de lo expuesto, al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Sysmex España, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación del suministro de 350.000 dispositivos para la realización de test de sangre oculta

en heces dentro del programa de prevención y detección precoz de cáncer colorrectal con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de la Consejería de Sanidad.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).