

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

En Madrid, a 21 de abril de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Agilent Technologies Spain S.L., contra los pliegos de prescripciones técnicas del lote 2 que regirán el contrato de “Suministro de técnicas para el diagnóstico de anatomía patológica para el Hospital Universitario Infanta Sofía (HIS)”, expediente GCASU2100001, a adjudicar por procedimiento abierto, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el BOCM y en el DOUE los días 25 y 26 de marzo de 2021 se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes. Los Pliegos se publican el 15 de marzo en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid. Este recurso se refiere al lote 2. El valor estimado de los lotes es de 2.283.640 euros.

Segundo.- El lote 2 (Inmunohistoquímica (IHC) y anticuerpos para IHC, hibridación in situ (SISH), histoquímica, proteínas y anticuerpos de alto valor diagnóstico) tiene dieciséis números de orden. Es obligatorio licitador a todos los números de orden de cada lote, serán excluidas las proposiciones económicas que no oferten a la totalidad de los números de orden de cada lote.

Tercero.- En fecha 8 de abril se presenta en recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del lote 2, instando su anulación, con las siguientes pretensiones:

1. En órdenes 7 y 8, relacionados con marcadores farmacodiagnóstico de alto valor, en el sentido de que no incluye ni especifica qué marcadores se requieren, si es que son diferentes a los ya requeridos en los lotes 3, 11, 12 y 13 y 15.
2. En orden nº 9: Eliminación del requisito de la plata en las técnicas de Hibridación in situ por plata, dado que solo hay un único proveedor que lo cumple (ROCHE).
3. En orden nº 9: Eliminar el requisito en exclusiva de la aprobación FDA como obligatorio, habida cuenta que no es un mercado exigido ni que rige en Europa.
4. En orden nº 11: Eliminación en el de cualquier mención de marca comercial/clon exclusivo de un único proveedor (ROCHE): clon SP143.
5. En orden nº 12: Eliminación de cualquier mención de marca comercial/clon exclusivo de un único proveedor (ROCHE): clon 142.
6. En órdenes nº 13 y nº 14: La eliminación del requerimiento, en exclusiva, de marcado FDA como obligatorio, habida cuenta que no es un mercado exigido ni que rige en territorio de la UE. Tan solo prescribir el mercado CE-IVD.

Cuarto.- El 19 de abril de 2020, el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el día 15 de marzo de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 8 de abril de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la contratación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Los motivos de impugnación de los números de orden del lote impugnado se agrupan:

1º Falta de concreción en la descripción de los suministros. En los órdenes 7 y 8, relacionados con marcadores farmacodiagnóstico de alto valor, en el sentido de que

no incluye ni especifica qué marcadores se requieren, si es que son diferentes a los ya requeridos en los lotes 3, 11, 12 y 13 y15.

Por el órgano de contratación se responde afirmando que *“es posible que determinados órdenes se pudiera completar la descripción”*.

Comparados estos números de orden con los que señala el recurrente, lo único que indica son las patologías, pero falta el tratamiento y el nombre del/los marcadores. No se especifican qué anticuerpos son, ni el fármaco asociado.

Alega el recurrente que la oscuridad de la cláusula del pliego conlleva su nulidad.

Como es sabido *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”* (artículo 139.1 LCSP). Para ello es necesario que las prestaciones objeto del contrato estén perfectamente definidas de modo que las proposiciones puedan conformarse a las mismas no dejando margen a interpretaciones divergentes por la Administración y los licitadores, dando *“a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación”* y no creando *“obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”* (artículo 126.1 LCSP).

El número de orden 7 se describe simplemente como sistema de detección para técnicas de inmunohistoquímica de anticuerpos de farmacodiagnóstico y alto valor diagnóstico. Mientras el orden 8 Anticuerpos para IHC, para el tratamiento para carcinoma gastrointestinal, pulmón y gástrico y tratar al paciente con un fármaco específico. Faltan los elementos de otros números de orden que señala el recurrente, lo que reconoce el órgano de contratación cuando afirma que podría completarse la descripción.

Procede estimar esta alegación.

2º Otra alegación refiere a aquellos números de orden que solo puede suministrar un laboratorio, en concreto el 9, 11 y 12. El órgano de contratación solo refiere al número 9, afirmando que es el mejor sistema:

“De las cuestiones solicitadas, el tema de fondo es el referente al orden nº 9 y a la cesión de equipamiento referente a dicho orden. En dicho orden se solicita la "Técnica hibridación in situ (SISH) para detección de HER-2/CROMOSOMA 17 con aprobación FDA". Frente a lo argumentado por la empresa, la hibridación in situ por plata permite la evaluación en campo claro, no necesita de microscopio de inmunofluorescencia ni equipos de evaluación en campo oscuro. Es una técnica que tiene aplicaciones específicas y mejores resultados en determinados tipos de tumores. Además tiene las siguientes ventajas adicionales: Necesita menos personal y es muy ágil. El Servicio de Anatomía Patológica dispone de recursos humanos limitados. Mayor rapidez de evaluación. Permite la evaluación simultánea en la evaluación histológica. No requiere para su realización un equipo de hibridación adicional, aspecto relevante dado la falta de espacio en el Servicio”.

De esta característica solo dispone el producto de un laboratorio.

No hace mención de los órdenes 11 y 12, que acompañan un clon exclusivo del mismo laboratorio.

Por este Tribunal se comprueba que ambos productos (Proteína PD-L1 para carcinoma de pulmón clon SP263 y Proteína PD-L1 para carcinoma de mama triple negativo clon 142) son del mismo laboratorio productor/comercializador.

La inclusión de los números 9, 11 y 12 vulnera el artículo 126.6 de la LCSP: *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones 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 empresario 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 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».

Procede estimar esta alegación.

3º En los números, 9, 13 y 14, la exigencia de la acreditación FDA (“Food and Drug Administration” de los Estados Unidos) y no de la aprobación por la Agencia Europea del Medicamento o la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, se explica por el órgano de contratación afirmando que la aprobación FDA, “*está ligada y es imprescindible para la utilización de determinados fármacos*”. Obvia que el marco referencial es el europeo, y excluye todos los productos que no tengan la aprobación de la FDA.

Independientemente que solo existe un proveedor con la aprobación de la FDA, la exclusión de otros proveedores que solo dispongan de autorización europea vulnera igualmente los principios de igualdad y no discriminación. Específicamente, contraviene las disposiciones del artículo 126.5 de la LCSP que establece el ámbito de normalización europeo de las prescripciones técnicas y el 127.3.:

“3. Los órganos de contratación que exijan una etiqueta específica deberán aceptar todas las etiquetas que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos que sean equivalentes a aquellos que son exigidos para la obtención de aquella”.

Procede estimar esta alegación.

4º Afirma el recurrente que existe una división artificial de los productos entre los lotes 1 y 2, reproduciéndose los suministros en los diversos números de orden de los mismos, con una característica diferencial. Por ejemplo, los que requieren autorización FDA en el lote 2 se solicitan en el 1 con aprobación FDA o CE. No se presenta contestación por el órgano de contratación, salvo la afirmación: *“de la lectura de la documentación aportada se deduce que en dicho escrito se solicitan aspectos que afectarían únicamente al lote 2 de dicho expediente y en ningún caso al lote 1 del mismo”*.

Tal y como señala el informe del órgano de contratación, *“todos los órdenes descritos se encuentran ligados entre sí y no son independientes a la hora de su utilización y de su mecanización en el equipo descrito, por eso forman un lote”*. Solo cabe un adjudicatario por lote que debe cumplir con todas las especificaciones requeridas, razón por la cual la estimación de una sola de las alegaciones sobre un número de orden conlleva la anulación del lote.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 en materia de contratación interpuesto por Agilent Technologies Spain S.L., contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas que regirán el lote 2 del contrato de “Suministro de técnicas para el diagnóstico de anatomía patológica para el Hospital Universitario Infanta Sofía (HIS)”, expediente GCASU2100001, anulando el Pliego de Prescripciones Técnicas del mismo, en los términos que se expresan en el fundamento quinto de esta resolución.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.