



Roj: **STSJ M 4661/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:4661**

Id Cendoj: **28079330032015100226**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/04/2015**

Nº de Recurso: **1217/2013**

Nº de Resolución: **182/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0027947

Recurso número 1217/2013

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS S.L.

Procurador: Don Felipe Juanas Blanco

Demandado: Comunidad de Madrid

SENTENCIA nº 182

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 10 de abril de 2015 , visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco, actuando en representación de NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS S.L., contra el Acuerdo dictado , en fecha 23 de octubre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el recurrente contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación " Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB) expediente 07-Su-00016.4/ Madrid : 4 lotes" del Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

SEGUNDO.- El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- No habiéndose solicitado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 8 de abril de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Procurador Don Felipe Juanas Blanco, actuando en representación de NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS S.L., interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo dictado , en fecha 23 de octubre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el recurrente contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación " Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB) expediente 07-Su-00016.4/ Madrid : 4 lotes" del Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid.

El recurrente, tras expresar que el objeto del recurso contencioso administrativo es el Pliego de Prescripciones Técnicas del referido expediente de contratación, razona que considera que tal Pliego, en concreto, el último párrafo de la cláusula 5 del mismo en cuanto a que establece que la empresa adjudicataria " *suministrará además un equipo que permita la determinación de carga viral en caso de muestras positivas* " atenta contra los principios de no discriminación e igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia que deben regir en todo procedimiento de contratación pública , por cuanto que, tal y como está redactado, concede una ventaja innecesaria e injustificada a un solo licitador, pues solo un laboratorio dispone del equipamiento que permite cumplir con la exigencia contenida en el pliego, exigencia que entiendo excede de las previsiones contenidas en el PCAP al incorporar requisitos de la prestación del servicio que modifican el objeto contractual definido en el PCAP, carece de justificación para el interés público perseguido por la licitación por cuanto no se precisa la determinación de la carga viral para dar pleno y efectivo cumplimiento al objeto del contrato, discrimina a aquellos laboratorios que estando plenamente capacitados para licitar y cumplir el objeto principal , que consiste en el suministro de los reactivos definidos en la cláusula 1 del PCAP, no disponen de los equipos para la determinación de la carga viral y crea un obstáculo injustificado que restringe la apertura de los contratos públicos a la libre competencia.

SEGUNDO.- Con carácter previo hemos de recordar que la Resolución recurrida en esta litis es el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el recurrente contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación y que son sus razonamientos los que deben de ser atacados y desvirtuados en el presente recurso, lo que no acontece ya que el recurrente se ha limitado en el recurso contencioso administrativo a reproducir los motivos de impugnación de la cláusula 5 del PPT que fueron alegados y rechazados ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , sin contener una verdadera crítica de este Acuerdo.

El TACP, como decimos, rechazó las mismas alegaciones que hoy realiza el recurrente, desestimando el recurso especial , razonando que la exigencia contenida en la cláusula 5 del PPT tiene relación con el objeto del contrato establecido en el art. 1 del PCAP referido al "Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C , hepatitis B y de la inmunodeficiencia adquirida, mediante una prueba en plasma cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares " y la exigencia de aportar el equipo para realizar la técnica, teniendo ambos pliegos naturaleza contractual, obligando a las partes , remitiéndose la cláusula 3 del PCAP al PPT al disponer que " la descripción y características del bien y la forma de llevar a cabo la prestación serán las estipuladas en el PPT , en el que se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y a los factores de todo orden a tener en cuenta" , estableciendo tanto el PCAP, en la cláusula 1, como el PPT, en su prescripción 1 la exigencia de aportar un equipo para realizar la técnica y en virtud de la remisión de la cláusula 3 del PCAP , el PPT fija las características del equipo en la prescripción 5, que viene a especificar las características técnicas que el órgano de contratación considera necesarias para la realización de la prestación, entendiéndose que el PPT no vulnera el art 68 del RGLCAP; razona asimismo que el órgano de contratación ha justificado la necesidad de que se aporte el mencionado equipo mediante un informe realizado por la responsable de Serología del Centro de Transfusiones de la CAM , siendo así que además la Orden



291/1990 de 3 de julio del Consejero de Salud establece ,entre otras, la obligatoriedad de realizar pruebas para la detección de anticuerpos frente al virus de la hepatitis C en las hemodonaciones que se realicen en el ámbito de la Comunidad de Madrid y que el órgano de contratación ha determinado en los Pliegos, en ejercicio de la competencia que le atribuye el art 22 del TRLCSP, la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir mediante el contrato y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas y para ello ha incluido en los Pliegos la exigencia de que se aporte un equipo que permita obtener el dato de la carga viral en caso de muestras positivas, exigencia que resulta acorde con las funciones del Centro de Transfusión y el objeto del contrato encontrándose interrelacionado; razonando finalmente que el recurrente no ha acreditado - al no haber aportado prueba alguna- que la exigencia contenida en la cláusula 5 del PPT vulnera el principio de igualdad de trato ni limite la libre concurrencia, impidiendo de forma injustificada la concurrencia de algunos licitadores, ni , en consecuencia, conculque lo dispuesto en el art 117.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2.011 de 14 de Noviembre en lo sucesivo, TRLCSP).

TERCERO.- Tales razonamientos no han sido desvirtuados por el recurrente.

Hemos de recordar que es la Administración, la que ,en función de sus necesidades, decide los contratos que entiende necesario realizar para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales , debiendo de determinar 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, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación (art. 22 TRLCSP) .

En el caso presente, según resulta del expediente administrativo, en la Memoria Técnica realizada por la responsable de Serología del Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid , y en el informe razonado justificativo de la necesidad del contrato realizado por la Directora de Gestión y Servicios Generales del Centro de Transfusión (siendo este último el órgano de contratación que promovió la contratación presente para la satisfacción de una necesidad propia) se expresa - en el primero- que se requiere el suministro de los reactivos necesarios para la realización de una técnica de amplificación de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C , hepatitis B y de la inmunodeficiencia adquirida, mediante una única prueba en plasma para 380.000 donaciones de sangre (cantidad estimada para 2 años) , debiendo de incluirse la cesión gratuita del equipamiento necesario para su procesamiento, así como su mantenimiento, y suministrar ,además, la empresa adjudicataria, un equipo que permitiera determinar la carga viral en caso de muestras positivas, dado lo importante que es este dato en la discriminación entre periodos de ventana y fases residuales de estas infecciones; en el segundo informe -justificativo de la necesidad del contrato- la Directora de Gestión y Servicios Generales del Centro de Transfusión expresa que " *las pruebas de detección de anticuerpos para los virus de la hepatitis C (VHC), hepatitis B (VHB) y del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) han supuesto un gran aumento en la seguridad transfusional. Sin embargo el riesgo residual de transmitir alguno de estos virus por transfusión persiste por la posibilidad de no detectarlo durante el periodo ventana (fase que va desde el contagio a la aparición de anticuerpos). Por ello la detección de ácidos nucleicos virales , que disminuyen dicho periodo, se ha convertido en una determinación imprescindible para aumentar la seguridad en la transfusión "* .

Posteriormente, tras darse traslado a la Comunidad de Madrid del recurso especial en materia de contratación interpuesto por el recurrente, la responsable de Serología y la Directora Gerente del Centro de Transfusión emitieron un informe justificativo de los aspectos recogidos en la cláusula 5 del PPT , cuya legalidad era cuestionada por la actora en el siguiente sentido " *NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS S.L. cuestiona en definitiva, la pertinencia de detectar, por parte del centro de transfusión, la carga viral en caso de donantes de sangre afectados por alguna de dichas infecciones.*

El centro de transfusión, órgano de contratación encargado de determinar las prescripciones técnicas del mencionado expediente, considera importante sin embargo dicha determinación de carga viral, ya que es una institución sanitaria que incluye entre sus obligaciones la información y asesoramiento sanitario de sus donantes. Así lo prevé el Real Decreto 1088/2005: los centros de transfusión sanguínea verificarán cada donación de sangre y componentes de acuerdo con normas que garanticen que se han adoptado las medidas necesarias para proteger la salud tanto del donante como del receptor".

Corresponde igualmente al centro de transfusiones registrar "los resultados de la evaluación y comunicar al donante cualquier resultado anómalo, a la vez que se facilitará el asesoramiento correspondiente".

La confirmación de las enfermedades antes de informar a nuestros donantes es una obligación del centro.

La carga viral es un dato que permite distinguir entre periodos de ventana y fases residuales de dichas infecciones.



Es por ello por lo que consideramos esencial para garantizar el interés público que tenemos encomendado que la detección de la carga viral debe de figurar como parte del objeto del presente procedimiento; y por este motivo, se incluye en la cláusula cinco del pliego de prescripciones técnicas el suministro de un equipo que permita detectar la carga viral en caso de muestras positivas, dato de gran importancia para el diagnóstico y orientación del donante de sangre.

Los sistemas cualitativos de detección de ácidos nucleicos virales que se utilizan en el análisis cualitativo de las donaciones de sangre no permiten detectar carga viral (por tratarse de determinaciones cualitativas). Es por ello por lo que se precisa un equipo que permita obtener este dato en caso de muestras positivas.

Esta exigencia, está directamente relacionada con el suministro de los reactivos necesarios para la realización de una técnica de amplificación de ácidos nucleicos de los virus de la hepatitis C, hepatitis B. y de la inmunodeficiencia adquirida ".

Justificada la necesidad por el órgano de contratación y teniendo relación la exigencia con el objeto del contrato, no puede prosperar la alegación del recurrente de que la determinación de la carga viral carece de justificación para el interés público perseguido por la licitación, y que ello no es preciso para dar pleno y efectivo cumplimiento al objeto del contrato, ya que como dijimos, es el órgano de contratación el que, en función de sus necesidades, decide los contratos (y por supuesto su contenido) que entiende necesario realizar para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, teniendo libertad las empresas de concurrir ó no a las licitaciones, sin que la discrecionalidad y el criterio de la Administración pueda sustituirse por el personal del recurrente que considera que para satisfacer la necesidad administrativa no era necesario el suministro de equipos para la determinación de la carga viral; por ello, lo que realmente debe de ser examinado en esta litis es si la exigencia introducida por la Administración vulnera de alguna manera el TRLCSP, ó los Reglamentos vigentes en materia de contratación, por atentar contra los principios de no discriminación e igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia por conceder una ventaja innecesaria e injustificada a un solo licitador, que es lo que alega el recurrente y que sin duda en caso de concurrir, sí constituiría un límite a las facultades decisorias de la Administración y a las exigencias que en relación a la contratación pudieran establecerse en los Pliegos.

CUARTO.- Según el artículo 1 del TRLCSP y se desprende de las normas comunitarias, la contratación pública ha de ajustarse, entre otros, a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y asegurar una eficiente utilización de los recursos mediante la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Sobre estas bases los procesos de contratación deben incluir regulaciones que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de licitadores, correspondiendo a la Administración contratante determinar las condiciones técnicas del objeto de la contratación, disponiendo al efecto de una discrecionalidad técnica a la hora de optar por unas alternativas u otras, con exigencia de que la elegida resulte adecuada y justificada a la finalidad y utilidad del contrato.

El art. 117 del TRLCSP, relativo a las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, establece lo siguiente por lo que a este recurso afecta: *"las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad,...*

2. 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.

3. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas:

a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención «o equivalente».

b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los



parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a).

d) Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.

8. 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».

Pues bien, se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que solo puede cumplir uno de los licitadores. En el caso presente la cláusula 5 del PPT no contiene ninguna mención de las referidas en el art 117.8 del TRLCSP y el recurrente - a quien incumbe acreditar lo que alega- no ha acreditado que la exigencia de suministro de un equipo que permita la determinación de la carga viral en caso de muestras positivas, restrinja de forma indebida la libre concurrencia; como expresa el TACP, la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar el equipo no implica la imposibilidad absoluta de que otras empresas del mercado lo puedan ofertar, tampoco acredita la recurrente que no pueda conseguirlo si lo desea, siendo así que la concurrencia competitiva tampoco exige un determinado número de competidores, no limitándose la concurrencia tampoco cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de obtener los equipos requeridos en la licitación y ofrecerlos; la recurrente se limita a alegar que solo Roche Diagnostics podía ofrecer los equipos adicionales para determinar la carga viral y en prueba de ello acompaña a la demanda un documento consistente en el catálogo de Roche Diagnostics del año 2013, en cuya página 9 bajo el apartado VIROLOGY aparece anunciado el equipo para la determinación de la carga viral, prueba manifiestamente insuficiente para acreditar que la cláusula 5 del PPT vulnera y restringe de forma indebida la libre competencia.

QUINTO.- Finalmente, hemos de decir que el artículo 115.2 del TRLCSP establece que "en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo", y que conforme a lo dispuesto en el art. 116 del mismo texto legal y art. 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas(RG), aprobado por Decreto 1098/2001 y que sigue siendo de aplicación en todo lo que no se oponga o contravenga al TRLCSP, lo que establecen-entre otros- los Pliegos de Cláusulas de Prescripciones Técnicas son las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, disponiendo el artículo 68.3 del RG, respecto al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas particulares, que "en ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares".

En el caso presente, la cláusula 1 del PCAP, al referirse al objeto del contrato, se refiere al suministro de reactivos necesarios para la realización de una técnica de amplificación de ácidos nucleicos de determinados virus, mediante una prueba en plasma cuyas características se especificaban en el pliego de prescripciones técnicas particulares, y también a la cesión gratuita de equipamiento, disponiendo la cláusula 3 del PCAP que la descripción y características de los bienes y la forma de llevar a cabo la prestación por el adjudicatario serán las estipuladas en el PPT, siendo la cláusula 5 del PPT la que se refiere al "Equipamiento" disponiendo que "La empresa adjudicataria suministrará el equipamiento necesario para la realización completa de la prueba, en un tiempo no superior a 8 horas, para una media de 800 muestras/día, así como la integración de resultados de las muestras individuales en el sistema informático, actualizándose inmediatamente todas las modificaciones y mejoras que aparezcan. Se ocupará de la revisión y mantenimiento preventivo de dicho aparataje. La oferta incluirá un equipo de back up, suficiente para poder realizar la analítica en caso de averías. Suministrará además un equipo que permita determinar la carga viral en caso de muestras positivas, dado lo importante que es este dato en la discriminación entre periodos ventana y fases residuales de estas infecciones".

En consecuencia, la cesión gratuita de equipamiento estaba prevista en el PCAP, siendo el PPT el que describe y establece la forma de llevar a cabo tal prestación; quizás la cláusula 1 del PCAP podía haber sido más específica en su referencia de la cesión gratuita del equipamiento en relación con la determinación de la carga viral, no obstante ello no entendemos tenga en el caso presente eficacia anulatoria sobre los Pliegos, máxime cuando tal solo hecho no entendemos haya producido indefensión alguna al recurrente que en todo momento ha conocido cuales eran las prestaciones del contrato y la obligación del suministro del equipo que



permitiera determinar la carga viral en caso de muestras positivas, obligación que ha cuestionado tanto en vía administrativa como en el presente recurso contencioso administrativo.

En consecuencia, procede la íntegra desestimación del recurso.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el art. 139. 1 de la LJCA , la desestimación del recurso determina la condena en costas a la parte recurrente, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto procede limitar su cuantía a 600 euros.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco, actuando en representación de NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS S.L., contra el Acuerdo dictado , en fecha 23 de octubre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , a que esta "litis" se refiere, confirmamos dicha resolución por ser ajustada a derecho, con expresa imposición de las costas a la parte demandante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia.

Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, a preparar ante esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.