

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

En Madrid, a 11 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.R.G., en nombre y representación de Fresenius Medical Care España, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir el procedimiento abierto denominado “Suministro de material para terapias continuas de la función renal”, expte. PA 15/2015 HUP, del Hospital Universitario de La Princesa, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de La Princesa, se convocó procedimiento abierto para el “Suministro de material para terapias continuas de la función renal”. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 7 de febrero, en el BOE de 19 de febrero y en el BOCM de 17 de febrero de 2015.

El valor estimado asciende a 406.200,90 euros.

Segundo.- Con fecha 27 de febrero de 2015 se ha recibido recurso especial en materia de contratación, en nombre y representación de Fresenius Medical Care España, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) del procedimiento abierto “Suministro de material para terapias continuas de la función renal”.

El recurso alega vulneración del artículo 117.8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) en cuanto que las prescripciones técnicas son reproducción literal de los folletos comerciales de los productos de la empresa que es la actual suministradora. Añade que con las especificaciones técnicas, se limita la presentación de ofertas de los demás licitadores, equivalentes tanto en composición como en funcionalidad.

En consecuencia solicita que se anulen los pliegos impugnados, retrotrayendo las actuaciones al momento de redacción de los pliegos que habrá de realizarse conforme a Derecho.

El 6 de marzo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador “*cuyos derechos e intereses*”

legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 42 del TRLCSP) al impedirle licitar en condiciones de concurrencia.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la puesta a disposición de los pliegos tuvo lugar el día 10 de febrero en el perfil de contratante y el 19 se publicó la convocatoria en el Boletín Oficial del Estado e interpuesto el recurso ante este Tribunal el 27 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Según la recurrente el PPT está redactado, en todos sus lotes (Según el PCAP y el anuncio de licitación se trata de un lote único), de forma que conduce unívocamente a la adjudicación a favor de una empresa en concreto, HOSPAL, que, además es la actual suministradora, pues las especificaciones técnicas enumeradas en el PPT son reproducción detallada de las características de los productos comercializados por dicha empresa, al punto de hacerlo de manera que es reproducción de los términos de los folletos comerciales de esos productos. La referencia a un modelo específico comercializado por una empresa es contraria a la ley puesto que no se abre el contrato a la concurrencia; por el contrario, el efecto que producen las concretas especificaciones técnicas descritas en ese concreto pliego no es solo no favorecer la apertura del contrato a la concurrencia, sino cerrarla a ella. Al efecto realiza una comparación de las prescripciones que figuran en el PPT con un folleto comercial.

Afirma la recurrente que existen productos en el mercado que cumplen igualmente con las especificaciones técnicas requeridas, si bien, de forma equivalente, previsión que se ha de contener en cualquier pliego de licitación conforme a lo dispuesto en el artículo 117.3 TRLCSP. Para probarlo realiza una exposición de los requisitos que figuran en el pliego relativos a las características físicas del set de terapias de reemplazo como superficie, membrana, volumen extracorpóreo, flujos, grosores y diámetros.

De conformidad con lo previsto en el artículo 116 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: *“1. 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”.*

De esta forma, el PPT marca los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de los licitadores para poder optar a convertirse en adjudicatarios del contrato.

Cabe recordar también que las características técnicas de los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, que ha de tener en cuenta la mejor manera de satisfacer las necesidades que se tratan de cubrir con el mismo, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Por ello el Tribunal, en este momento, no puede analizar si se trata o no de un requisito técnicamente adecuado pues esa determinación no le compete. Serán los técnicos correspondientes los que hayan de concretar los requisitos de los bienes a suministrar para lo que se requiere unos conocimientos técnicos específicos no siendo admisible copiar las prescripciones técnicas que facilite un determinado

empresario que pueden impedir una competencia efectiva entre productos con la misma funcionalidad.

Para el establecimiento de las prescripciones técnicas habrá de atenderse a lo dispuesto en el artículo 117 del TRLCSP debiendo definirse en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y no de diseño, procedencia, fabricación o procedimiento concreto de manera que no se limite la libre competencia.

El artículo 117.8 del TRLCSP dispone 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 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 realizar 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»”.

El citado precepto es una transposición a nuestro ordenamiento del artículo 23.8 de la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios, cuyo objetivo es precisamente garantizar el acceso a las licitaciones en igualdad de condiciones, permitiendo, para ello, el ofrecimiento de soluciones equivalentes a las especificaciones técnicas previstas por los órganos de contratación.

En este sentido se manifiesta el considerando 29 de la Directiva:

“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”.

El principio de libertad de acceso a las licitaciones en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la adquisición de bienes, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa forman parte de los fines del TRLCSP, recogidos en su artículo 1. La eficiencia económica se consigue a través de la competencia. Una redacción de pliegos que limite el acceso de los licitadores supone una vulneración del principio de concurrencia y, además, del artículo 117 TRLCSP en cuanto no siguen las normas de definición establecidas para las prescripciones técnicas.

Tal como señaló este Tribunal en la Resolución 90/2011, de 28 de diciembre, “en el procedimiento abierto todo empresario Interesado puede presentar una proposición. Ello no ocurre cuando en la redacción de las prescripciones técnicas se utilizan fórmulas restrictivas mediante la descripción de los productos a suministrar de manera exhaustiva o con la exigencia de requisitos excesivos que determinan la imposibilidad de participación de los licitadores que no cumplen ese exceso sobre las condiciones normales para satisfacer las necesidades pretendidas con el objeto del contrato. Esa exigencia excesiva o desproporcionada de requisitos mínimos o no esenciales claramente favorecedores de alguno de los potenciales licitadores, en la medida en que su incumplimiento dará lugar a la exclusión de las ofertas, incumple claramente el principio de concurrencia, pues solo sirve para amparar y ocultar una contratación directa en clara vulneración de los principios de la contratación pública”.

El órgano de contratación en su informe al recurso indica que según manifiestan los Servicios promotores del contrato *“El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), ha sido redactado de acuerdo a las características de los sistemas*

para Terapia Continua de la Función Renal utilizados en nuestros Servicios en los últimos años, basándonos en las ventajas que proporcionan:

Criterio de Superficie: Se estableció un único valor fijo de 1,5 m², por ser el de uso estándar en pacientes adultos.

Características de membrana: Los materiales de acrilitrilo y copolímerometalali/sulfonato de sodio, establecen el único tipo de membrana impregnada de heparina, y proporcionan el sistema más eficiente de absorción y aclaramiento de citoquinas (TNF-a, IL-6, IL-B), útil en el tratamiento de la sepsis (CritCareMed 2003;31(4):1219).

Características de volumen, flujos...: Las dimensiones presentadas en el PPT, son las coincidentes con un sistema que aporta:

- Circuito premontado que reduce la carga de trabajo del personal de enfermería e incrementa la seguridad para el paciente por la menor manipulación (reducción de contaminación, riesgo de infección...).*
- Permite la reposición simultánea pre y post filtro.”*

Seguidamente se aceptan las alegaciones de la recurrente y envía la modificación del PPT con la nueva redacción. En consecuencia, propone estimar el recurso presentado y declarar que procede la oportuna corrección del PPT.

El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “*infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*” (art. 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recuso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no

obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión para determinar si la supresión de tal cláusula solicitada por la recurrente y aceptada por el órgano administrativo, contraviene el ordenamiento jurídico de modo manifiesto.

Tal como se ha expuesto la definición de las prescripciones técnicas necesarias para satisfacer las necesidades objeto de la contratación ha de realizarse de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 117 del TRLCSP, fundamentalmente por referencia a la funcionalidad pretendida, independientemente de los medios, tipos o formas de obtener dicha funcionalidad. El PPT objeto de recurso hace referencia a características como la superficie, membrana, volumen, flujos, grosores y diámetros que no están justificados por la necesidad a satisfacer, sino que se refieren a la manera de realizar la terapia de hemofiltración y líquidos de reposición y diálisis.

La redacción de las prescripciones técnicas del suministro a contratar basándose en las características de los equipos utilizados en los últimos años infringe el artículo 117 del TRLCSP en la medida que impide el acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad de los licitadores, por ello entiende este Tribunal que procede admitir las alegaciones realizadas por la recurrente debiendo anularse las cláusulas impugnadas del PPT. Además en la medida en que la cláusula afecta a una parte tan esencial en toda licitación como es la determinación del objeto del contrato y este error se encuentra también presente en el PCAP, considera que debe procederse a la anulación de la convocatoria de la licitación.

Por tanto, la modificación de las prescripciones técnicas solicitada en el recurso, que el órgano administrativo acepta, es conforme a Derecho, sin que ello implique reconocimiento, por parte del Tribunal, de la validez de la redacción

propuesta, función consultiva que no le corresponde y sobre la que se pronunciará sólo en caso de impugnación.

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 el recurso especial, interpuesto por don J.R.G., en nombre y representación de Fresenius Medical Care España, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir el procedimiento abierto denominado “Suministro de material para terapias continuas de la función renal”, expte. PA 15/2015 HUP, del Hospital Universitario de La Princesa, y declararlos nulos, anulando también el procedimiento de contratación, debiendo, en caso de mantenerse las necesidades administrativas, convocar una nueva licitación en la que deban servir de base unos nuevos pliegos adaptados a los pronunciamientos contenidos en los fundamentos 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.