

Recurso nº 105/2016

Resolución nº 110/2016

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

En Madrid, a 8 de junio de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña L.G.A., en nombre y representación de Alcon Cusí, S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de material para cirugía de catarata en el H.U. Severo Ochoa”, lote 1, número de expediente: PA 19/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 27 de abril, 4 y 14 de mayo de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación del contrato de suministro de referencia con un valor estimado de 840.097,65 euros, dividido en 5 lotes a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Los pliegos por los que se rige el expediente de contratación se pusieron a disposición de los interesados en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 4 de mayo de 2016.

Consta que el mismo día 4 de mayo se remitieron los pliegos a la empresa Alcon Cusí, S.A.

**Segundo.-** El 20 de mayo de 2016 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Alcon Cusí, S.A., en el que se solicita la anulación de determinados cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) por considerar que vulneran los artículos 1 y 117 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y al limitar claramente la concurrencia, en los términos que más adelante se examinarán.

**Tercero.-** El 25 de abril el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, en el que solicita la inadmisión del recurso por falta de anuncio previo y subsidiariamente su desestimación por cuanto las características incorporadas en el PPT son justificadas y necesarias al tiempo que no suponen unas características exclusivas.

**Cuarto.-** No se ha procedido a dar trámite de alegaciones al no haber otros interesados en el procedimiento puesto que no ha concluido el plazo de presentación de ofertas.

## 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 posible licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones”*

*“objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo, pues siendo objeto del recurso determinadas características técnicas del PPT cuyo contenido se puso a disposición de los licitadores el día 4 de mayo, habiendo sido publicada la convocatoria en el DOUE el 27 de abril, el recurso interpuesto el 20 de mayo, se encuentra 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.-** Dado que por el órgano de contratación se solicita la inadmisión del recurso por falta de anuncio previo debe examinarse previamente esta cuestión. Debe advertirse en primer lugar que la recurrente manifiesta en su escrito de recurso haber presentado el anuncio el día 19 de mayo de 2016, si bien no acredita esta circunstancia, negada por el órgano de contratación, mediante la aportación de copia del escrito.

De conformidad con lo establecido en el artículo 44.1, del TRLCSP “*Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso*”. Sin embargo, en la interpretación de esta exigencia, los órganos encargados de la resolución del recurso especial, (por ejemplo ver Resolución 77/2014, de 29 de abril de este Tribunal) vienen entendiendo que aunque no se haya formulado el mismo, tal como opone el informe del órgano de contratación, “*cabe recordar que el mismo artículo establece la posibilidad de subsanación, antes de*

determinar su inadmisión. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal considerando que por economía procesal no precede requerir dicha subsanación. La finalidad del anuncio es poner en conocimiento del órgano de contratación la previsión de formulación del recurso a efectos del plazo suspensivo de formalización del contrato y preparación de su informe preceptivo. Carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta del requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de este anuncio se cumple con la reclamación del expediente, que el propio TRLCSP obliga a notificar el mismo día, que ya pone de manifiesto la misma interposición del recurso, lo cual se realizó el día de su presentación, por lo que el conocimiento es inmediato y anterior al inicio del plazo de emisión del informe al recurso y de formalización”, máxime cuando el objeto del contrato como en este caso son los pliegos del contrato.

**Sexto.-** El recurso se dirige, en primer lugar, contra determinadas prescripciones técnicas del PPT que se consideran injustificadas desde un punto de vista de la funcionalidad del objeto del contrato y vulneran el principio de concurrencia, al impedir el acceso a la licitación en condiciones de igualdad y favorecer a una determinada empresa, excluyendo a las restantes empresas competidoras del mismo sector.

En concreto se trata de las siguientes prescripciones relativas al lote 1 en cuanto al equipamiento que debe cederse, que en el apartado B del PPT, lote 1, se describen de la siguiente forma: “La empresa adjudicataria del lote 1 deberá ceder en uso, durante la vigencia del contrato el siguiente equipamiento:

- A 1 equipo de facoemulsificación con las siguientes características (...)
- Bomba centrífuga.
- Tecnología de control de fluido para sistemas desechables, con estabilizador de cámara.
- Mayor estabilidad de cámara por infusión presurizada en cámara anterior.

- *Mango de ultrasonidos de baja frecuencia 28 KHz, 6 cristales de cuarzo. (...)".*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, “*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 determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*”. El órgano de contratación puede determinar el tipo y las condiciones técnicas adecuadas de los productos que pretende adquirir. Como límite a la determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son 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*”. 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 excluyan a todas las demás capaces de cumplir igual función, según viene declarando este Tribunal en sus Resoluciones.

El artículo 117.8 del TRLCSP dispone 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.

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 la Directiva 24/2014/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública aplicable al haber concluido el plazo de transposición en el momento de publicación de la convocatoria, que en el considerando 74 establece que *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (...). Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico (...)”*.

No existe en el TRLCSP un elenco cerrado de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien desde un punto de vista interpretativo pueden considerarse como tales los descritos en el apartado 8 del citado artículo, referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado. Las especificaciones técnicas tampoco pueden implicar la descripción del producto en términos en los que, aun omitiendo la marca, se singularice el producto de tal modo que se impida la concurrencia. Esto sería un fraude de ley.

De la regulación expuesta se concluye que las especificaciones técnicas:

- a) Deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, no pudiendo tener el efecto de crear obstáculos injustificados.
- b) Deben permitir la diversidad de soluciones, no pudiendo imponer una concreta solución cuando existan varias en el mercado.

- c) No pueden describir el producto haciendo mención a una marca concreta.
- d) No pueden describir el producto sin mencionar marcas pero singularizándolo y haciéndolo único en el mercado.

La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. Cabe indicar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre concurrencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, -relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador podía proponer, en el apartado 85 afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económico más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos expuestos procede analizar las cuestiones planteadas por la recurrente, a la vista de las prescripciones establecidas en el PPT que son objeto del recurso.

- En cuanto a la característica “Bomba centrifuga”, aduce la recurrente que esta característica en realidad no corresponde a un tipo de bomba (que pueden ser bombas peristálticas, bombas vénturis, bombas vénturis que emulan a peristálticas, peristálticas que emulan a vénturi, duales, híbridas), sino que es tan sólo un mecanismo interno de configuración de la bomba, que no implica ningún beneficio técnico, que solo tiene Baush & Lomb en el mercado, entendiendo que tanto la bomba Peristáltica o la Vénturi, como la Bomba Dual pueden servir para la finalidad

que se pretende satisfacer con la contratación de este concreto equipo de facoemulsificación.

Por su parte el órgano de contratación, en informe realizado por el Jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital, aduce que el sistema solicitado en cuanto a la bomba de vacío o bomba centrífuga produce mayor control, mayor seguridad y mayor eficiencia en todas las fases de la cirugía, según conclusiones recogidas en el Congreso Nacional de Oftalmología. Abunda en la explicación comparando el funcionamiento de la bomba de vacío con la bomba peristáltica señalando que con la primera no se produce el efecto "surge" del siguiente modo: "*con la bomba de control de vacío siempre hay vacío en la línea de aspiración, motivo por el cual no existe el efecto Surge (fluctuaciones de cámara anterior del ojo post-oclusión de la punta del faco).* Las bombas peristálticas cuando se rompe la oclusión, las líneas de aspiración sufren una deformación que produce momentáneamente un aumento de flujo de aspiración (compliance). El sistema de control de vacío tiene una respuesta de aspiración controlada durante toda la cirugía por el pie del cirujano a través del pedal de control. En las bombas peristálticas la aspiración no la controla el cirujano y solamente existe vacío cuando se bloquea la punta del facoemulsificador con un fragmento del cristalino. Debido a esto en la bomba de control de vacío los fragmentos del cristalino vienen a la punta del faco, lo que permite que el cirujano trabaje en la zona de seguridad todo el tiempo. Sin embargo en la bomba peristáltica hay que ir a la periferia de la cámara anterior del ojo a buscar los fragmentos del cristalino, con el riesgo que implica de romper la cápsula del mismo.

*Igualmente la bomba centrífuga mejora la tranquilidad del cirujano por no tener que esperar a oír la campana, cuando se produce la oclusión para saber que tiene vacío y poder aspirar".*

Siendo esta explicación razonable y no excediendo de los límites de la discrecionalidad técnica, sin que la recurrente acredice que no existe ventaja en la utilización de este tipo de bomba de vacío por centrifugación, siendo así que aunque se refiere a las bombas véntruri en su recurso (que también son de vacío pero por

agua), no acredita, ni compara un sistema con otro; no cabe sino desestimar el recurso en cuanto a esta exigencia.

- En cuanto a la característica del mango de ultrasonidos de baja frecuencia 28 KHz, 6 cristales de cuarzo, se aduce que este requisito técnico que solo puede cumplirlo la empresa Baush & Lomb. En concreto considera que todos los demás equipos de facoemulsificación que existen en el mercado optan por una alta frecuencia de ultrasonidos, debiendo encontrarse el equilibrio puesto que frecuencias bajas son menos eficaces y frecuencias altas pueden generar calor excesivo, siendo la frecuencia de vibración “marca de fabricante”. Así explica que “*Baush & Lomb apuesta por frecuencias muy bajas pero mucho avance/recorrido de la punta, mientras que la totalidad de las restantes empresas del sector se decantan por altas frecuencias de la punta pero con bajos avances o stroke*”.

Añade que “*la exigencia de los 6 cristales de cuarzo, la misma raya el absurdo, dado que tales cristales se encuentran en el interior de la pieza de mano, fundidos dentro del metal. De modo que nadie “abre” una pieza de mano para – comprobar cuántos cristales tiene. Su función es transformar la energía eléctrica en mecánica, es decir de vibración. Siendo así que no se alcanza a entender para qué puede querer el Hospital tantos cristales, ni qué concreto beneficio les aportaría con respecto a los equipos que no dispongan de ese número de cristales. Una posible explicación sería que se persiguiera alta frecuencia de vibración, pero hay que desecharla dado que se está pidiendo, expresamente, que la frecuencia sea baja de 28 KHz*

El órgano de contratación señala que esta característica no es exclusiva de una empresa y explica el funcionamiento del sistema y sus ventajas (mayor efectividad a igual potencia de ultrasonido) aportando un estudio comparativo de bombas diferentes en el mercado, en concreto señala que “*La cavitación se produce al aplicar energía eléctrica a los cristales de cuarzo del mango del facoemulsificador, estos empieza a dilatarse y contraerse por efecto de esta energía, y como están*

conectados con la aguja de faco, esta empieza a desplazarse delante-detrás y generar cavitación. El hecho de disponer de 6 cristales modula la emisión de ultrasonido de forma eficaz. Está directamente relacionado con la longitud de carrera de la aguja y trabajar con frecuencias bajas implica que la aguja se desplace un menor número de veces delante-detrás; esto permite que la aguja desarrolle un recorrido ligeramente mayor (un 25%), es decir, se desplace más lejos.

Como la aguja va más lejos la burbuja que produce la cavitación tiene tiempo de crecer más, y ser más grande lo que hace que al implosionar se libere mayor cantidad de energía. Mayor efectividad a igual potencia de ultrasonido”.

A la vista de las explicaciones efectuadas y de la documentación aportada por el órgano de contratación cabe concluir que la exigencia no es discriminatoria, siendo razonable su exigencia en términos de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

- Respecto de la segunda de las exigencias del equipo de facoemulsificación “Tecnología de control de fluido para sistemas desechables, con estabilizador de cámara”, afirma la recurrente que la exigencia de un estabilizador de cámara en un dispositivo desechable carece de toda justificación y es contraria a toda lógica, explicando que si bien es cierto que es esencial que el facoemulsificador tenga una estabilidad adecuada debe aclararse, sin embargo, que la misma puede obtenerse de diversas maneras. “El cómo aporta estabilidad cada fabricante es un mecanismo denominado “venting” propio de cada marca y “confidencial” que consiste en anular el vacío residual tras la desoclusión.

Así, algunos equipos disponen de dicha estabilidad intrínsecamente al equipo (venting). En cambio en aquellos en los que dicha estabilidad no es la óptima, la misma se obtiene mediante mecanismos externos, como es el caso del uso de tecnología de control de fluido para sistemas desechables con estabilizador de cámara. Se trata de desechables de un solo uso que debe comprarse y utilizar uno con cada cirugía”.

En su informe el órgano de contratación además de afirmar que el mecanismo no es exclusivo de ninguna empresa, explica que “*Los tubos de estabilizador de cámara nos dan la posibilidad de trabajar con vacíos elevados manteniendo una estabilidad de la cámara anterior del ojo. Estos tubos tienen una disminución del diámetro en la vía de aspiración. Para evitar la obstrucción de dicha vía se coloca un filtro que retiene los fragmentos grandes de la catarata.*

*Gracias a la disminución de diámetro, el flujo de aspiración decrece y puede aumentar la aspiración (hasta llegar a valores de 600mmHg) mientras que la cámara mantiene un flujo mantenido y estable. (Se adjunta doc. 1 Plataformas de facoemulsificación, cap. 47, Alberto Ollero y Dr. Ramón Lorente, pág. 546)”.*

De esta forma resulta que la exigencia del mecanismo desecharable constituye un plus de seguridad para mantener la estabilidad de la cámara anterior del ojo cuando es necesario aplicar vacíos elevados, siendo la explicación razonable y acorde con la finalidad y funcionalidad requerida del producto debe desestimarse también el recurso por este motivo.

- El último requisito controvertido es la “Mayor estabilidad de cámara por infusión presurizada en cámara anterior”, respecto del que la recurrente señala que si bien en este caso, la exigencia de este requisito resulta lógica, la forma de solicitarlo en el sentido de que sea “presurizada” impide el acceso de otras tecnologías que también aportan el mismo resultado sin presurizar necesariamente el interior de la botella, sino el exterior.

El órgano de contratación explica las ventajas del sistema señalando que “*El sistema de control del flujo de irrigación es por aire presurizado en vez de gravedad. El sistema hace que la irrigación salga del gotero de forma controlada en lugar de hacerlo por simple gravedad. Esto nos da mayor velocidad de respuesta de la irrigación y mayor control sobre la misma, permitiendo trabajar al cirujano con un perfecto control de la cámara anterior durante toda la cirugía, independientemente del valor de aspiración con el que esté trabajando; seguridad excepcional durante*

*toda la cirugía. Esto primero nos facilita la cirugía de micro incisión en quirófanos de poca altura; segundo da más irrigación en cirugía de micro incisión biaxial con chopper-irrigación de pequeño calibre (sólo con la altura del gotero es imposible); tercero, si se trabaja con aspiraciones altas se nota más el efecto; cuarto, podremos mantener el gotero a una altura cómoda para el cambio de la botella”.*

De nuevo debe advertirse que la explicación de la exigencia de las características del producto entran dentro de los límites de la discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación, explicando las ventajas del sistema del control de flujo por presión, frente al control por gravedad, que es al que parece referirse la recurrente cuando menciona mecanismos no interiores sino exteriores a la botella.

Si bien podría hacerse una descripción funcional de las exigencias del equipo, (es decir determinando la función que se desea conseguir) lo cierto es que en este caso la funcionalidad tal y como se describe en la documentación aportada por el órgano de contratación, resulta vinculada a una concreta técnica. Debe destacarse que según el informe aportado por el órgano de contratación y el estudio aportado la diferencia entre los mecanismos de facoemulsificación “*Es posible que sea una controversia generada por las propias casas comerciales: Alcon se posiciona por las ideas de Zacharias en el sentido que la cavitación no tiene consecuencias positivas en la facoemulsificación y las casas AMO y Bausch & Lomb son defensoras de la importancia de la cavitación en este proceso. El tiempo dirá quién tiene razón*”.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por doña L.G.A., en nombre y representación de Alcon Cusí, S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de material para cirugía de catarata en el H.U. Severo Ochoa”, lote 1, número de expediente: PA 19/2016.

**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.