

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

En Madrid, a 23 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Alcon Healthcare, S.A.U. (en adelante ALCON), contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato “Suministro de material fungible para cirugía de retina y para cirugía de retina combinada con catarata, con cesión de equipos para el servicio de oftalmología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente A/SUM-000787/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE con fechas, respectivamente, de 20 y 23 de enero de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 649.098,36 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- Tras la realización de los trámites correspondientes, con fecha 20 de enero de 2023 se publicó anuncio de licitación del contrato de referencia.

Con fecha 9 de febrero de 2023, ALCON presentó recurso especial contra los pliegos que han de regir la licitación.

Tercero.- Con fecha 17 de febrero de 2023, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 LCSP.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- Procede analizar la legitimación de la recurrente para la presentación del presente recurso, considerando la circunstancia de que no ha presentado oferta a la licitación.

El artículo 48 de la LCSP establece: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

La doctrina de este Tribunal respecto a la impugnación de los pliegos por empresa que no ha presentado oferta quedó fijada, entre otras en la Resolución 462/2022, de 1 de diciembre: *“Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, 87/2014, de 11 de junio, o 22/2015 de 4 de febrero), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.*

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: “Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente

en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”.

Este Tribunal comparte criterio con el Tribunal Administrativo Central que ha establecido, valga por todas la Resolución nº 1298/2019 que establece “En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre recientemente hemos declarado que: este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: ‘Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial’. Traslado este criterio a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores pueden impugnar los pliegos. Afirmación que se matiza para permitir la impugnación de los pliegos a aquellas personas que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso. En este sentido Resolución 967/2015, de 23 de octubre, reiterada en la 809/2019 de 11 de julio:

‘El recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente-el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre. Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), circunstancia esta que no es el caso ahora examinado. (...) Así pues, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación resulta necesario que el recurrente haya participado en la licitación o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los

pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

(...) Ante la falta de desarrollo pormenorizado por la recurrente de los motivos que imposibilitaron la presentación de oferta, procede negarle legitimación para recurrir y, en consecuencia, inadmitir el recurso presentado”.

Procede, por tanto, analizar a la luz de la doctrina expuesta los motivos del recurso.

El primer motivo del recurso se fundamenta en que el contenido del PPT circunscribe la solución a ofertar a, en la práctica, una única casa comercial, en tanto que las características del equipo Vitreotomo son las exclusivas del EVA, comercializado por DORC, lo que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad.

A la vista de la doctrina expuesta, procede admitir la legitimación para este motivo.

El segundo motivo se refiere a la ausencia del preceptivo desglose del presupuesto base de licitación y quiebra de los principios de transparencia y proporcionalidad.

A la vista de la doctrina expuesta, no se aprecian las condiciones para reconocerle legitimación para este motivo, en cuanto que no le impide presentarse a la licitación en las mismas condiciones que al resto de potenciales licitadores, limitándose, al no haberse presentado a la licitación, a una defensa genérica de la legalidad. Por consiguiente, se inadmite el presente motivo del recurso.

El tercer motivo del recurso se refiere a configuración del criterio de adjudicación del microscopio oftálmico. Alega que el único criterio cualitativo del expediente está valorando la aportación de un microscopio, el cual ya se requiere

igualmente como requisito obligatorio del PPT, sin que medie explicación del órgano de contratación.

A la vista de la doctrina expuesta, no procede el reconocimiento de legitimación ya que no le impide presentarse en condiciones de igualdad con el resto de licitadores, ya que el criterio de valoración es aplicable por igual a todos ellos. Por ello, no procede reconocerle legitimación para el presente motivo.

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. Los pliegos fueron publicados el 20 de enero de 2023, presentándose el recurso el día 9 de febrero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos 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.- Antes de entrar sobre el fondo del asunto, resulta de interés destacar el contenido del PPT en lo concerniente a la resolución del recurso:

El PPT establece: *“El adjudicatario del Lote 1 deberá ceder sin cargo alguno para el Hospital durante la vigencia del contrato, en concepto de cesión de uso, los siguientes equipos:*

- *1 vitrectomo, 1 pieza de facofragmentación y 1 láser fotocoagulador.*
- *1 microscopio oftálmico para intervenciones de polo anterior y posterior con asistente de quirófano iocit integrado.*

EL VITRECTOMO, LA PIEZA DE FACOFRAGMENTACIÓN Y EL LÁSER FOTOCOAGULADOR DEBERÁN CUMPLIR LAS SIGUIENTES CARACTERÍSTICAS:

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS REQUERIDAS:

1. *Bomba de aspiración de máxima eficiencia y respuesta con varios modos*

- de tiempo de respuesta para adaptación al usuario*
- 2. Rango de vacío de al menos entre 0 y 600 mmHg*
- 3. Incrementos de vacío de al menos 10 mmHg*
- 4. Modo de infusión presurizada para cirugía de catarata*
- 5. Configuración de irrigación continua desde el pedal*
- 6. Modos de faco: continuo, pulsado, burst y multiburst, al menos con 125 pps*
- 7. Frecuencia de trabajo de mango de faco de al menos 28 Khz*
- 8. Tamaños de incisión: 1.8, 2.2, 2.5 y 2.8 mm*
- 9. Iluminación de alto rendimiento y máxima eficiencia*
- 10. Vitreotomos de calibres 23, 25 y 27 G*
- 11. Velocidad de corte de al menos 7.500 cpm*
- 12. Módulo de láser fotocoagulador 532 nm integrado*
- 13. Pedal inalámbrico multifunción con disparo de láser fotocoagulador*
- 14. Módulo de inyección de silicona de al menos 4.5 bar*
- 15. Módulo de inyección de aire de al menos hasta 150 mmHg*
- 16. Interface de trabajo de al menos 19", pantalla táctil".*

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta el motivo del recurso para el que se ha apreciado legitimación, en que el Pliego de Prescripciones Técnicas de la convocatoria, en lo relativo a los requerimientos obligatorios del equipo de facoemulsificación a ceder, incumple la normativa aplicable en materia de contratación pública, por las siguientes razones:

1. Induce especificaciones técnicas exclusivas de una única casa comercial, restringiendo la libre competencia.
2. Incumple la regla de definir las prescripciones técnicas en términos de rendimiento o exigencias funcionales al establecer especificaciones técnicas concretas, sin justificar en el Informe de Necesidad el recurso a esta práctica que debe usarse con carácter "excepcional".
3. No posibilita el ofrecimiento de productos con características técnicas "equivalentes" a las exigidas en el PPT.

4. En última instancia, tampoco justifica en la memoria ni en los pliegos por qué se exigen obligatoriamente estas características, limitando a una única opción el posible adjudicatario y el microscopio a cederse, sin que existan razones técnicas o de exclusiva que así lo avalen.

Alega que la totalidad de las características del PPT hacen mención exclusiva al equipo de DORC, único en el mercado que cumple todas ellas. Así, en el caso de ALCON, varios de los requerimientos del PPT impedirían su concurrencia, tales como:

- Punto 6. Modos de faco: continuo, pulsado, burst y multiburst, al menos con 125 pps.
- Punto 8. Tamaño de incisión: 1.8, 2.2, 2.5 y 2.8 mm.
- Punto 13. Pedal inalámbrico multifunción con disparo de láser fotocoagulador.
- Punto 15. Módulo de inyección de aire de al menos hasta 150 mmHg.
- Punto 16. Interface de trabajo de al menos 19'', pantalla táctil.

Tampoco el equipo de la otra casa comercial que suministra productos para cirugía vitreoretiniana, BAUSCH & LOMB, S.A., podría cumplir la totalidad de los requisitos del PPT.

Por su parte, el órgano de contratación alega que las especificaciones técnicas que se exigen en el Vitreotomo las cumplen dos equipos en el mercado de cirugía de retina-oftalmología, el equipo EVA NEXUS, comercializado por la empresa DORC y el equipo STELLARIS PC, comercializado por la empresa BAUSCH&LOMB.

Respecto al incrementos de vacío de al menos 10 mmHg, además del equipo de la empresa DORC, también lo cumple el equipo STELLARIS PC, de la casa comercial BAUSCH&LOMB, S.A, puesto que al solicitar que el rango de vacío se pueda regular en incrementos de al menos 10 milímetros de mercurio (mmHg) lo que

se está solicitando es precisión, que los saltos en el incremento de vacío no sean muy grandes e incontrolables en su respuesta cuando el cirujano está operando dentro del ojo. En una máquina que va a trabajar con instrumental dentro del ojo se necesitan cambios de presiones muy suaves, si una máquina tiene un rango de vacío entre 0 y 700 milímetros de mercurio (mmHg) y su control se estableciera en intervalos de 100 mmHg, tendríamos cambios de aspiración durante la cirugía muy rápidos, en un instante la máquina dejaría de aspirar o aspiraría demasiado con solo mover hacia abajo o hacia arriba el control de presión de vacío. Es por ello que el control del rango completo de vacío debe ser lo más escalado posible.

A continuación, pasa a justificar porqué se piden las especificaciones técnicas que figuran en el Pliego y que según la recurrente no cumple su equipamiento.

VITREOTOMO:

En cuanto al punto 6. Modos de faco: continuo, pulsado, burst y multiburst, al menos con 125 pps, a continuación se justifica la necesidad de requerir en el Vitreotomo 125 pulsaciones por minuto: Es sumamente importante mantener y preservar la transparencia de los medios en la cirugía combinada faco-vitrectomía, y esto se consigue con una cirugía de catarata lo menos dañina posible. El no modular ni controlar la forma de liberación de la energía puede tener efecto en la producción de energía térmica (calor), aumentando el riesgo de quemaduras incisionales, y en la formación de radicales libres, que pudieran tener implicaciones biológicas aún hoy poco conocidas. La adecuada modulación de energía junto con el uso de la técnica quirúrgica más adecuada y depurada lograrán la máxima eficacia de la energía utilizada o el mínimo uso de energía necesario para lograr un fin: la destrucción del cristalino para que pueda ser aspirado.

Punto 13. Pedal multifunción inalámbrico con disparo de láser incorporado. Las necesidades de mejora del espacio en el quirófano, la ergonomía, la seguridad y la higiene para con el cirujano y su equipo requieren actualmente de un pedal único y sin cables que faciliten el trabajo.

Punto 16. Interface de trabajo con pantalla táctil (se solicita una pantalla de al menos 19”). Como mejora de la seguridad y la ergonomía en el espacio de trabajo es requerida una interface más grande para facilitar su visualización y manejo del equipo.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la exigencia de la cesión del vitrectomo con las características que se indican supone una restricción de la competencia, tal como sostiene la recurrente.

El artículo 126 de la LCSP establece: "*1. 1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.*

(...)

6. 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»”.

Con el objeto de la resolución del recurso, cabe recordar, como hemos señalado en diversas ocasiones, que la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, si bien esta facultad encuentra un límite fundamental en el respeto al principio de libre competencia. No corresponde al Tribunal determinar las necesidades que deben ser atendidas ni el procedimiento para su consecución. Evidentemente

cualquier producto que no demuestre eficacia para la función prevista no debe adquirirse. A tal objeto el procedimiento de contratación incluye una primera fase en la que se determinan las condiciones técnicas que deben cumplir los productos a suministrar, que debe realizarse según los criterios fijados en la LCSP, esencialmente la exigencia de que cumplan una funcionalidad independientemente de cómo se obtenga, y una segunda, que es la comprobación de que los productos ofertados cumplen dichos requisitos.

La finalidad del recurso especial en materia de contratación es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de manera que no es posible sustituir el juicio técnico sobre la determinación de la manera de atender determinadas necesidades clínicas. En definitiva, el Tribunal únicamente puede enjuiciar si la definición de las prescripciones técnicas se hace de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre contratación pública sin que pueda pronunciarse sobre la adecuación de una determinada característica técnica del producto para el cumplimiento del fin que se pretende con la contratación.

Respecto a la restricción de la competencia, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato manifiesta que éste responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. En cuanto a la amplitud de la misma, en el apartado 85, señala que *“el hecho de que solo 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 económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Como ha señalado este Tribunal de forma reiterada, se limita la concurrencia

cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exigen ciertos requisitos determinados por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación y con las prescripciones exigidas, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

En este caso, el requisito exigido ha sido justificado y motivado por el órgano de contratación y respecto a la descripción del vitrectomo, tampoco evidencia la recurrente que ese producto solo pueda suministrarlo un fabricante en exclusiva, ya que el órgano de contratación manifiesta lo contrario. Tratándose de un criterio técnico, que no jurídico, no corresponde a este Tribunal dilucidar este aspecto controvertido al carecer de los conocimientos técnicos para ello, debiendo prevalecer la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y su presunción de acierto.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de empresa Alcon Healthcare, S.A.U., contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato “Suministro de material fungible para cirugía de retina y para cirugía de retina combinada con catarata, con cesión de equipos para el servicio de oftalmología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente A/SUM-000787/2023.

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 multa 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.