

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

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.V.J., en representación de la empresa ADVANCED BIONICS SPAIN S.L. (en adelante ABS), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de suministros “Suministro de Implantes Cocleares para el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario 12 de Octubre” con dos lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de enero de 2019 se publicó en el DOUE el anuncio de licitación del contrato de referencia. Así mismo, con fecha 29 y 21 de febrero se publicó respectivamente en el BOE y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

El valor estimado de contrato asciende a 308.000 euros y su plazo de duración es de 6 meses.

Segundo.- El 11 de febrero de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don J.V.J., en representación de la empresa ADVANCED BIONICS SPAIN S.L., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato mencionado

Fundamenta su recurso en que las prescripciones técnicas para ambos lotes solo pueden ser cumplidas por una empresa para cada lote y que hay otras soluciones técnicas que pueden satisfacer las mismas necesidades, por lo que el Pliego de Prescripciones Técnicas debe ser anulado.

Tercero.- El 26 de febrero 2019 el órgano de contratación remitió copia del 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 (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 licitadora *“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 la puesta a disposición del Pliego mediante publicación tuvo lugar el día 21 de enero de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 11 de febrero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Pliego de Prescripciones Técnicas de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es recurrible de acuerdo con el artículo 44 1.a) y 2.a) de la LCSP.

Esto se debe, a su juicio, a que el órgano de contratación al establecer las características que deben cumplir los productos ofertados para los lotes 1 y 2 define unas exigencias que solo una casa comercial será la que pueda alzarse con la adjudicación, en cada uno de los lotes.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurrente fundamenta su recurso en lo referente al lote 1, en los siguientes aspectos: “- *Disponer de guías de electrodos de diferentes longitudes (hasta 31.5 mm) para adaptarse a diferentes anatomías cocleares y malformaciones*”.

Según el recurrente, esta característica no es necesaria para el 95% de los pacientes. Los casos de pacientes con diferentes anatomías cocleares o malformaciones tienen una incidencia residual, siendo raros de encontrar. Además, en estas situaciones la praxis normal obliga a que se comunique anticipadamente al fabricante para que produzca ese electrodo. No es algo que se tenga en depósito y se pueda usar en cualquier momento. Normalmente, se piden estos cables cuando hay un caso con una anatomía muy compleja, porque es un caso especial. No es una motivación para ser excluyente en 7 dispositivos.

Por su parte, el órgano de contratación señala que la necesidad de disponer de diferentes longitudes de guías de electrodos viene justificada tanto por la existencia de malformaciones del oído interno, como por la necesidad de adaptación a la anatomía de pacientes sin malformación.

Respecto a las primeras, malformaciones de oído interno, están presentes en aproximadamente el 20% de los pacientes con hipoacusia neurosensorial congénita y no en el 5% indicado por la recurrente. Pueden presentarse de forma aislada o asociadas a otras malformaciones no relacionadas con el oído en el contexto de un síndrome.

Añade que, teniendo en cuenta el dato anterior, en el Hospital 12 de Octubre, hospital de referencia de tercer nivel, se concentran casos de pacientes con patologías complejas, incluidas dichas malformaciones cocleares, por lo que es necesario disponer de proveedores cuyas guías de electrodos puedan aportar solución para estos supuestos, sin tener que recurrir a otros fabricantes que no estén en concurso para estos casos puntuales y complejos.

El caso de no tener guías de electrodos que se adapten a todas las variaciones anatómicas en caso de malformación, puede ocasionar un perjuicio al paciente, puesto que si no se utiliza la guía de electrodos que mejor se ajuste a esa anatomía, los resultados auditivos pueden no ser los mejores. Es decir, en determinados casos de malformación se necesitan guías de electrodos más cortas, lo que permite introducir todos los electrodos. La utilización de guías de electrodos estándar en estos casos, conlleva el riesgo de no realizar una inserción completa en la cóclea, quedando electrodos fuera de la misma.

Por otro lado, cuando no hay malformaciones, la tendencia del Servicio de Otorrinolaringología es utilizar guías de electrodos con la mayor longitud posible, en función de la anatomía del paciente, que permitan la estimulación de una mayor superficie de la cóclea.

Para concluir, señala que por las razones anteriormente expuestas es necesario que el centro disponga de guías de electrodos que abarquen todas las medidas, hasta 31,5 mm, que es la longitud mayor que ahora se encuentra en el mercado.

Pues bien, las alegaciones del recurrente no han justificado en modo alguno la no necesidad de la prescripción técnica exigida en los Pliegos para el implante coclear. El planteamiento del recurrente pretende imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.

En este sentido, cabe citar, entre otras, la doctrina del TACRC en su Resolución 385/2017, de 28 de abril, donde se afirma *“En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él”*. Asimismo, en la Resolución nº 296/2017 razonábamos como sigue: *“El artículo 117.2 del TRLCSP, que el recurrente considera infringido, dice así: “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”*”. Este Tribunal, en interpretación de los referidos preceptos, ha partido de que (por ejemplo, Resolución 54/2017) *“la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en el TRLCSP y con los principios que consagra: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización*

de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.” Si bien, en la interpretación que realizamos del artículo 117 del TRLCSP hemos señalado, entre otras Resoluciones, en la número 20/2013, de 17 de enero, que “de conformidad con los principios que rigen la contratación pública, establecidos en el artículo 1 del TRLCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, corresponderá al órgano de contratación justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato atendiendo a la funcionalidad requerida, evitando especificaciones técnicas innecesarias que limiten la concurrencia”. A ello debe añadirse, como señala el recurrente, que el considerando 74 y el artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que debería haber sido ya traspuesta, señalan que “(74) Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública 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, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios. Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones

equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...)”.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha justificado suficientemente la conveniencia de la característica técnica del producto, sin que se considere vulnerados los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, tal como exige el artículo 126.1 de la LCSP.

Por tanto, este motivo debe ser desestimado.

“-Disponer de implantes auditivos de tronco cerebral, para casos en los que no esté indicado el implante coclear (p.ej. agenesias de nervio auditivo)”.

A este respecto el recurrente sostiene que esta exigencia no tiene sentido, ni está justificada, pues si lo que necesita el órgano de contratación es un implante de tronco cerebral, debe iniciar el procedimiento de licitación correspondiente para su adquisición. Los implantes auditivos de tronco cerebral tienen naturaleza y características distintas de los implantes cocleares, que recuérdese son el objeto de la presente licitación. Esta exigencia no tiene relación directa con el objeto del contrato, y por tanto debe ser eliminada.

Señala el órgano de contratación que la necesidad de tener que realizar un implante de tronco cerebral es baja, por la escasa frecuencia de patologías en las que está indicado. Se trata de pacientes en los que la malformación existente (por ejemplo, ausencia de nervio auditivo, agenesia de la cóclea u osificación coclear) indica que el implante se conecte al tronco cerebral, en lugar de a la cóclea.

No obstante, la importancia de su indicación terapéutica de estos casos que precisen un implante de tronco cerebral nos ha llevado a que en el Servicio se esté trabajando en la formación de un especialista en esta técnica, para incluir este Servicio

en nuestra Cartera, y no tener que derivar a los pacientes a otros centros. Por este motivo se ha optado por incluir este requisito en el concurso, con el fin de disponer de este material ante esta posibilidad de implantación, y entender que es aconsejable que ambos implantes (coclear y de tronco cerebral) fueran del mismo fabricante, ya que el componente externo de ambos implantes es el mismo, variando únicamente el componente interno.

Nos encontramos por tanto, ante una discrepancia técnica, que el órgano de contratación en su informe justifica suficientemente al señalar que si bien la necesidad es baja, se destina a pacientes en los que la malformación existente (p.ej. ausencia de nervio auditivo, agenesia de la cóclea u osificación coclear) indica que el implante se conecte al tronco cerebral, en lugar de a la cóclea, considerando conveniente que ambos implantes fueran del mismo fabricante ya que el componente externo de ambos implantes es el mismo.

En el caso, el órgano de contratación ha justificado suficientemente la conveniencia de la característica técnica del producto, sin que se considere vulnerados los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, tal como exige el artículo 126.1 de la LCSP.

A este respecto damos por reproducida la Resolución del TACRC 385/2017, señalada anteriormente, en cuanto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y las limitaciones del mismo.

Por todo ello, este motivo debe ser desestimado.

Respecto al Lote 2, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos:
“Asistente remoto inalámbrico intraoperatorio para realizar telemetrías Intraquirúrgicas”.

A este respecto el recurrente manifiesta que esta característica no es, en absoluto, necesaria. Debe reconocerse que el asistente remoto inalámbrico mejora la prestación, aportando comodidad, pero es innecesario desde el punto de vista técnico. Es un sistema que permite hacer las mediciones intraoperatorias con un mando remoto. Sin ese mando, se miden con un ordenador con un software específico. Por lo que restringe la concurrencia, ya que solo se cumple por una empresa.

Por su parte el órgano de contratación señala que esta característica no sólo aporta comodidad, sino que también, y más importante, este sistema evita tener que aislar el cable que va conectado al ordenador para evitar la contaminación del campo quirúrgico durante las telemetrías intraquirúrgicas (esto es, para comprobar el adecuado funcionamiento del implante y la respuesta neural -auditiva- tras la intervención quirúrgica antes de despertar al paciente). Lo anterior no solo garantiza la no contaminación con el cable, sino que además ahorra tiempo quirúrgico, suponiendo claramente un incremento de eficiencia para los profesionales especialistas en esta área.

A este respecto, hay que señalar que las alegaciones del recurrente no han justificado en modo alguno, ni en la parte correspondiente a la disposición por una sola empresa de tal tecnología, ni en la parte correspondiente a su utilidad. El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica. El propio recurrente reconoce que el asistente remoto inalámbrico si bien mejora la prestación, aportando comodidad al paciente, no es innecesario desde el punto de vista técnico. A este respecto, hay que señalar que no cabe duda, que la mejora de la prestación y la mayor comodidad para el paciente pueden ser, por sí solas, suficientes para justificar su inclusión en el dispositivo, aunque a juicio del recurrente puedan resultar irrelevantes.

Damos por reproducida la Resolución del TACRC 385/2017, señalada anteriormente, en cuanto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y las limitaciones del mismo.

Por todo ello, este motivo debe ser desestimado.

“- Disponer de implantes auditivos de tronco cerebral, para casos en los que no esté indicado el implante coclear (p.ej. agenesias de nervio auditivo)”.

El recurrente manifiesta que esta exigencia no tiene sentido, ni está justificada, pues si lo que necesita el órgano de contratación es un implante de tronco cerebral, debe iniciar el procedimiento de licitación correspondiente para su adquisición. Los implantes auditivos de tronco cerebral tienen naturaleza y característica distintas de los implantes cocleares, que recuérdese son el objeto de la presente licitación. Esta exigencia no tiene relación directa con el objeto del contrato, y por tanto debe ser eliminada.

Por su parte, el órgano de contratación se remite a la respuesta dada respecto a esta prescripción técnica en el Lote 1.

Dado que el presente motivo es idéntico al planteado para el lote 1, y que las alegaciones de las partes son coincidentes, se dan por reproducidos los fundamentos jurídicos.

En el caso, el órgano de contratación ha justificado suficientemente la conveniencia de la característica técnica del producto, sin que se considere vulnerados los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, tal como exige el artículo 126.1 de la LCSP.

Por todo ello, procede su desestimación.

-“Procesador de sonido compatible con accesorios de audio con conexión directa entre el procesador y el dispositivo de audio streaming (sin requerir ningún dispositivo extra intermedio para conectar el procesador al dispositivo de streaming”.

Señala el recurrente que esta exigencia tampoco es necesaria. Se trata de un extra de comodidad para el paciente, que no implica que el resultado del implante sea mejor o peor. Las demás empresas potenciales licitadoras pueden cumplir esta característica, usando un accesorio intermedio. Además, la única empresa que puede presentar oferta cumpliendo todos los requisitos, no permite conexión con todos los móviles, sino sólo con iPhone, por lo que tendrían que asegurarse que los 7 pacientes implantados tienen iPhone.

Por su parte, el órgano de contratación señala que gracias a este procesador, el paciente no tiene la necesidad de contar con un dispositivo intermedio para conectar dicho procesador con dispositivos como el móvil, por ejemplo.

Siendo el uso de estos dispositivos tan frecuente en nuestros días, en especial entre los jóvenes, no puede considerarse solamente como un “extra” para el paciente, sino como una verdadera mejora en su calidad de vida, en su día a día, tanto desde el punto de vista funcional como psicológico, posibilitada por los avances en la conectividad de los dispositivos auditivos. Entendemos que todo avance tecnológico que pueda suponer una mejora para el paciente, no solo respecto a la calidad del sonido, sino también en conectividad, debe ser tenido en cuenta y ofrecérselo al paciente.

En resumen, a su juicio, las exigencias consideradas en este pliego suponen mejoras tecnológicas que hacen que el cirujano se incline a un tipo de implante en casos especiales (diversidad de guías de electrodos), mejoran la calidad de vida del paciente (sistemas de conectividad inalámbrica), y/o la dinámica de quirófano (telemetrías intraquirúrgicas sin cables), contribuyendo a mejorar la seguridad del paciente y el resultado de una intervención con mucha repercusión en la calidad de vida del paciente.

Pues bien, las alegaciones del recurrente no se han justificado en modo alguno, ni en la parte correspondiente a la disposición por una sola empresa de tal tecnología, ni en la parte correspondiente a su utilidad. El propio recurrente reconoce que si bien aporta un extra de comodidad para el paciente, es innecesario desde el punto de vista técnico. A este respecto hay que señalar que, no cabe duda, que la mejora de la comodidad del paciente puede ser suficiente para justificar su inclusión en el dispositivo, aunque esto pueda resultar irrelevantes desde el punto de vista del recurrente.

Damos por reproducida la Resolución del TACRC 385/2017, señalada anteriormente, respecto a la facultad discrecional del órgano de contratación *“para apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato sometidas a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones previstas en los artículos 22 y 86 de la TRLCSP”*.

Por todo lo anterior, este motivo debe ser desestimado.

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 don J.V.J., en representación de la empresa ADVANCED BIONICS SPAIN S.L., contra el Pliego de Prescripciones del contrato de suministros “Suministro de Implantes Cocleares para el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario 12 de Octubre”.

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.