

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato “Adquisición de prótesis de rodilla en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, número de expediente: PA 15/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de la licitación se envió al DOUE el 5 de marzo, se anunció en el BOE el 8 de marzo de 2018, en el BOCM también el 8 de marzo, se publicó en el DOUE el 10 de marzo 2018 y en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid el 15, fecha en la que se publicaron los pliegos. El valor estimado asciende a 744.634,8 euros.

Segundo.- El 9 de abril de 2018 se presentó el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Federación Española de

Empresas de Tecnología Sanitaria en el que solicita que se *“acuerde la anulación de los referidos pliegos y del procedimiento de adjudicación.”*

El 27 de abril el órgano de contratación remitió el 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 (en adelante LCSP).

Tercero.- Con fecha 11 de abril de 2018, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación a partir del momento previo a la apertura de ofertas.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Han formulado oferta tres licitadoras. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

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 recurso.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al procedimiento de contratación cabe recordar que el pasado 9 de marzo de 2018 entró en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se trasponen 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. La cuestión del régimen transitorio fue tratada por este Tribunal en su Resolución 111/2018, de 18 de abril, en la que concluye que *“es el anuncio en el Perfil de contratante el que*

marca los tiempos a efectos de publicidad y de cómputo de plazos para determinar el régimen jurídico del contrato y la admisibilidad de recursos”.

Resultando que la publicación de la licitación objeto del recurso se publicó en el DOUE el 10 de marzo y en el perfil de contratante (momento en que se pusieron los pliegos a disposición de los licitadores) el 15 del mismo mes, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017 el expediente de contratación y los pliegos objeto de impugnación deben sujetarse a dicha ley.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos del sector como son los productos objeto de contratación. *“En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 50.1.b) de la Ley 9/2017 establece que *“cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”.*

En el presente caso el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante el 15 de marzo, siendo en esta fecha en la que los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores por medios electrónicos, por lo que el recurso se interpone dentro de plazo legal, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos rectores de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el contenido del PCAP, enumerando diversas infracciones de la legislación de contratación pública. En primer lugar, considerando de aplicación la LCSP, se alega que procedería la anulación de los pliegos, adicionalmente a los motivos que expone más adelante, por los siguientes incumplimientos de la citada Ley.

1.- En cuanto al requisito de solvencia técnica exigido en el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP (conforme al artículo 77.1.a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)) y que no se ajusta al que establece el artículo 89.1.a) de la LCSP.

Los medios de acreditación de la solvencia técnica en los contratos de suministro han sufrido modificación entre la redacción del artículo 77.1.a) del TRLCSP y la vigente LCSP. Así por ejemplo se reduce el periodo a que ha de referirse la relación de suministros ejecutados en los últimos 5 años a 3, volviendo así a la regulación de la anterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Dada la fecha de elaboración del PCAP es lógica la referencia al artículo 77.1.a) del TRLCSP y su contenido. No obstante, dada la fecha de publicación de los pliegos en el perfil de contratante y en consecuencia con la conclusión a que hemos llegado anteriormente en relación a que el régimen aplicable a esta contratación es el previsto en la LCSP y dado también el sentido estimatorio del recurso recogido en esta Resolución, la nueva redacción que se haga, en su caso, de los pliegos debe contemplar esta normativa.

2.- En cuanto a los requisitos de solvencia económica, pues no contempla la posibilidad de que el licitador que no esté en condiciones de facilitar la referencia solicitada puede justificar su solvencia con otro documento apropiado (posibilidad expresamente recogida en el párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP, y cuya no inclusión en los pliegos es motivo de anulación de los mismos).

Efectivamente, el artículo 86.1 de la Ley 9/2017 admite que cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado. Esta previsión legal se aplica *ope legis* aunque no se recoja en el PCAP, no obstante es recomendable informar en el mismo a los licitadores sobre tal posibilidad. Como decimos en relación al motivo de recurso anterior la redacción del pliego con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017 justifica la redacción adecuada al entonces vigente TRLCSP, pero los nuevos pliegos han de adecuarse en este aspecto a la legislación vigente.

3.- La falta de la mención “o equivalente” que debería acompañar a todas las especificaciones técnicas (salvo en el caso de prescripciones formuladas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales) conforme impone el artículo 126.5.b) de la LCSP, y que el PPT no cumple (por ejemplo, con exigencias tales como “cromo-cobalto” o “cementado liso”).

Cabe aplicar a este motivo de recurso lo señalado en los anteriores. La definición de las prescripciones técnicas ha de hacerse conforme a las reglas legales y cuando no se haga en términos de rendimiento o funcionalidad puede hacerse por referencia a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas o a otros sistemas de referencia elaboradas por organismos de normalización europeos y en todo caso acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”.

4.- La obligación de garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, debiendo para ello acompañar a todo criterio de adjudicación las especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación (artículo 145.5.c) LCSP), lo que la recurrente entiende que no se cumple en el criterio de adjudicación “compatibilidad y

versatilidad de los implantes que facilite realizar cualquier montaje inherente a la patología a tratar”.

Recogiendo los criterios jurisprudenciales la nueva legislación en materia de contratación pública incorpora como requisito para la validez de los criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad precio, que deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañadas de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

El criterio de adjudicación objeto del motivo de recurso valora con hasta 30 puntos la *“compatibilidad y versatilidad de los implantes que facilite realizar cualquier montaje inherente a la patología a tratar”*, pero no concreta los medios de cómo se ha de acreditar la existencia de dicha compatibilidad y versatilidad, si con determinado número de longitudes, tamaños u otro elemento que permita evaluar objetivamente las diferentes ofertas en cuanto a su compatibilidad y versatilidad. Aunque entre la documentación a incluir en el sobre 2 en relación con los criterios objetivos de adjudicación figuran las fichas técnicas de cada producto, señalando las características, catálogos o fotografías, indicando las propiedades o aspectos exigidos en los pliegos, es decir se indica cómo se acreditará la compatibilidad y versatilidad que se valoran con hasta el 30% del valor de la puntuación total, sin embargo no se objetiva tal criterio otorgando con ello un margen de discrecionalidad al órgano de contratación incompatible con el carácter automático y verificable del criterio. Tanto aplicando el TRLCSP como la Ley 9/2017 el criterio no cumple los requisitos exigibles a un criterio de adjudicación.

5.- Falta de publicación en el perfil del contratante de la memoria justificativa del contrato y de la resolución de aprobación del expediente (artículo 63.3 y 116 y 117 de la LCSP).

Se trata estas de cuestiones novedosas, relativas a la publicidad y transparencia del procedimiento de contratación, introducidas por la nueva legislación y exigibles a partir de su entrada en vigor. En consecuencia deberán cumplirse en la nueva licitación que se convoque.

Sexto.- El PCAP impone al suministrador la entrega de los productos en un denominado “depósito”.

La cláusula 1.1 del PCAP dispone que el objeto del contrato es la adquisición de prótesis de rodilla, y señala que dicho objeto se divide en 4 lotes, correspondientes a los cuatro tipos de prótesis de rodilla objeto de adquisición: lote 1, prótesis total de rodilla primaria deslizamiento y semiconstreñida; lote 2, prótesis total de rodilla radio único; lote 3, prótesis total de rodilla constreñida de revisión; lote 4, prótesis total de rodilla de bisagra o charnela rotacional para defectos óseos. Los lotes se descomponen en artículos, que constituyen cada uno de los bienes a suministrar (pues son los distintos componentes de la prótesis).

La cláusula 3 del PPT introduce la siguiente previsión:

“Material en depósito (propiedad del adjudicatario):

El adjudicatario establecerá un depósito, que pondrá a disposición del Hospital Universitario Severo Ochoa en el plazo de 15 días tras la formalización del contrato, con el número de unidades previamente autorizadas por la Dirección del Hospital o persona en quien delegue.

El material entregado en depósito, irá acompañado de un albarán, donde consten los datos que identifiquen cada uno de los productos que compongan el depósito:

- Descripción del producto.*
- Referencia.*
- Nº de lote.*
- Fecha de caducidad.*

Este depósito no se facturará hasta su utilización. El Hospital comunicará al adjudicatario los productos implantados. El adjudicatario, tras recibir esta comunicación facturará dichos productos y repondrá automáticamente el depósito mediante la entrega de nuevas piezas. El proveedor se compromete a que el material se entregue en una presentación que permita un almacenaje correcto y perfectamente etiquetado e identificado como si fuera un nuevo depósito. Al finalizar el contrato, los depósitos no consumidos serán retirados por el adjudicatario.

El Adjudicatario se compromete a realizar trimestralmente, un inventario cualitativo y cuantitativo de los artículos en calidad de depósito.”

Considera la asociación recurrente que los pliegos han establecido un mecanismo por el que la Administración se beneficia retrasando o difiriendo, en perjuicio del suministrador y alterando las previsiones legales al respecto, tanto el momento en que pasa a asumir el riesgo de los bienes suministrados como la fecha en que comienza el plazo de pago en favor del contratista. Ahora bien, continúa señalando la recurrente, el contratista tiene derecho a cobrar el precio de la Administración en un determinado plazo (conforme resulta del artículo 216.4 en relación con el artículo 293 del TRLCSP) y a transmitir los riesgos sobre los bienes suministrados en un determinado momento (conforme resulta del artículo 292 del TRLCSP), estos derechos del contratistas son establecidos en normas de derecho imperativo, no dispositivo, por lo que la Administración no puede alterarlos invocando una supuesta (y a estos efectos inoperante) libertad de pactos.

El informe del órgano de contratación “indica que éstos depósitos son necesarios en el ejercicio de la cirugía de implantes de rodilla debido a que en el momento de la cirugía es necesario disponer de implantes de todos los tamaños. Por muy breve que se considere el plazo de entrega sería muy dificultoso contar con todas las medidas de estos artículos en el momento de la cirugía, y la adquisición previa de todas las medidas sería una práctica poco eficiente para la Administración. Es por ello que es habitual que en los pliegos que regulan este tipo de contratos se incluya la condición del depósito, estando esta característica de la ejecución de este suministro considerada en la determinación de los precios de estos artículos. Por

último indicar que se trata de una cirugía muy habitual (semanalmente se realizan 3 o 4 intervenciones de este tipo) por lo que la reposición de los depósitos es semanal.”

La cuestión que aquí se plantea ya ha sido enjuiciada y resuelta por los órganos judiciales y por los Tribunales administrativos de recursos contractuales, que han declarado la ilegalidad de esos denominados “depósitos”. En este sentido se pronuncian las Resoluciones 148/2012 y 223/2015 de este Tribunal, así como la Sentencia de 15 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla, la Sentencia de 22 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Sevilla, la Sentencia de 19 de marzo de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, y las Resoluciones 203/2016 y 586/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Así, la Resolución 148/2012 de este Tribunal se pronuncia en un supuesto sustancialmente idéntico en el que los pliegos de un acuerdo marco de suministro (también de prótesis de rodilla) establecían que el contratista había de entregar los bienes en un denominado “depósito”, respecto del que se disponía que el contratista debía reponer los productos y debía retirar al final del contrato los depósitos no consumidos. En esta Resolución *“Considera por tanto este Tribunal a la vista de todo lo anterior, que no es posible establecer, a la luz del principio de libertad de pactos, como fecha de entrega la de la efectiva utilización de las prótesis objeto del contrato, cuya utilización si bien es cierto que responde a las situaciones asistenciales eventuales que pudieran darse, puede ser objeto de previsión por los correspondientes servicios hospitalarios, complementando posibles situaciones imprevistas con cláusulas tendentes a la existencia de un stock mínimo de productos en los almacenes de las empresas adjudicatarias y un plazo máximo de entrega”*.

La Sentencia de 15 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla reproduce los artículos 292, 293 y 216.4 del TRLCSP, y concluye: *“Sentado lo que antecede, del régimen legal se desprende que*

el suministrador tiene derecho a que los riesgos sobre los bienes suministrados pasen a la administración en el momento de la entrega material; si la recepción formal por parte de la administración es posterior al momento de la entrega material, es la administración responsable por la custodia; desde el momento de la recepción, o desde el transcurso del plazo que la administración tiene para realizarla, que es de 30 días desde la entrega material -salvo que los pliegos prevean otra cosa, lo que no es el caso- la administración es la responsable de la caducidad de los bienes (arts. 292.3, 292.4). Pues bien, este régimen legal no ha sido observado en la regulación del depósito asistencial de acuerdo con las notas características que se han enunciado más arriba ya que contraviene el régimen de transmisión de los riesgos sobre los bienes entregados, en tanto que el contratista ha de entregar físicamente los bienes en el almacén del centro sanitario que los va a consumir, los recibe el personal de dicho centro, que los supervisa; el centro puede disponer de los mismos según sus necesidades, si bien siguen siendo propiedad de la empresa que los suministra hasta el momento en que sean efectivamente consumidos; la empresa suministradora soporta las caducidades de los productos y podrá facturar el precio cuando sean efectivamente consumidos.

Contraviene también el régimen establecido para el pago del precio, pues pese a la entrega y recepción, se impide la facturación al afectivo consumo.

Esta conclusión no obsta la libertad de pactos, pues el régimen legal de entrega de los bienes y facturación del precio son de derecho necesario; es comprensible que los pliegos puedan establecer un determinado periodo de caducidad de modo que si no lo cumple, la administración puede devolver el bien - artículo 297.TRLCSP-, pero si lo cumple, ha de recibir el producto a conformidad y, en consecuencia, será responsable de la caducidad; de otro lado, la recepción si tiene lugar en tanto que personal del centro está obligado a recibir, custodiar y conservar -apartado 3.2.1- y, en todo caso, el plazo para la recepción habrá de ser 30 días desde la entrega, de acuerdo con el artículo 216.4. Cabe concluir de ello que el régimen que se ha establecido en 9.9 del PCAP y 5 del PPT, y el Anexo IX, relativos a la entrega de bienes en el llamado depósito asistencial, ha excedido el marco legal de actuación en perjuicio del suministrador.”

De acuerdo con las consideraciones y antecedentes expuestos, procede la estimación del recurso por este motivo.

Séptimo.- El PPT impone la entrega (en cesión de uso) de equipos que no están incluidos en el objeto del contrato fijado en el PCAP y que, además, no tienen fijada una retribución, vulnerando con ello la exigencia de precio cierto.

La cláusula 2 del PPT establece, respecto del lote 1, que: *“La empresa que resulte adjudicataria, cederá la instrumentación específica necesaria para garantizar la implantación de las prótesis, depositándola en este Hospital, sin que suponga un incremento del coste adicional.*

Así mismo el adjudicatario del lote deberá poner a disposición del Hospital el siguiente material:

Un equipo de isquemia con las siguientes características”.

En igual sentido para los lotes 2 y 3 el PPT establece:

“La empresa que resulte adjudicataria, cederá la instrumentación específica necesaria para garantizar la implantación de las prótesis, depositándola en este Hospital, sin que suponga un incremento del coste adicional”.

(...)

“Lote2.

Así mismo el adjudicatario del lote deberá poner a disposición del Hospital el siguiente material:

- *2 carcasas para batería para motor system 6.*
- *Adaptador Hudson Trinkle para system 6.*
- *Adaptador Hudson para system 6 y system 6 consola.*
- *Adaptador fresado hexagonal para system 6 y system 6 consola.*
- *2 Adaptadores Jacobs ¼ reamer para motor Core.*
- *1 Adaptador Hudson para motor power pro.*
- *Adaptador de anclaje rápido/AO hexagonal para motor power pro.”*

(...)

“Lote 3.

Así mismo el adjudicatario del lote deberá poner a disposición del Hospital el siguiente material:

- Adaptador de anclaje rápido /AO hexagonal para motor de batería de litio Hall® Lithium Battery System.*
- Adaptador wire driver 0.7-1.36 para motor de baterías de litio Hall® Lithium Battery System.*
- 1 batería de litio Hall® Lithium Battery System.”*

Advierte la recurrente que la cláusula 2 del PPT impone al contratista la obligación de entregar (en cesión de uso) unos equipos al Hospital; y concreta que no se está refiriendo al instrumental específico necesario para la implantación (cuya entrega también impone, de manera diferenciada, la cláusula 2 del PPT, y que podrían considerarse accesorios necesarios de los propios bienes objeto de suministro). Pero no solo exige esto (la instrumentación específica necesaria para garantizar la implantación de la prótesis suministrada); exige otra cosa distinta y adicional como el equipo de isquemia.

Considera la asociación recurrente que tales previsiones del PPT, por las que se impone al contratista una obligación (la obligación de ceder ese equipamiento) no contemplada en el PCAP son ilegales, al entender que ello supone la vulneración del artículo 68.3 del Real Decreto 1098/2001, que determina el distinto contenido de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. No solo se impone esa obligación a cargo del contratista sino que además se la impone sin contemplar precio que la retribuya. Ello determina la infracción de los artículos 87 y 293 del TRLCSP (artículos 102.1 y 301 de la LCSP), pues: (i) o bien se entiende que se impone una obligación a título gratuito, lo que vulnera el carácter preceptivamente oneroso de los contratos públicos; (ii) o bien se entiende que esa cesión se retribuye con cargo al precio unitario de los bienes objeto de suministro y entrega sucesiva, en cuyo caso se vulnera el artículo 87 del TRLCSP por cuanto el precio deviene incierto.

El informe del órgano de contratación señala que *“El material referido es para el lote 1 un equipo de isquemia y para los lotes 2 y 3 diferentes accesorios de dos motores de traumatología. En todos los casos se trata un equipamiento y productos accesorios necesarios para poder realizar los implantes de rodilla. El equipo de isquemia es utilizado en todas las cirugías de este tipo para realizar el vaciado sanguíneo de la extremidad y poder realizar el implante de la prótesis con menos sangrado. En el caso de los accesorios de los motores solicitados son necesarios para realizar los cortes imprescindibles para fijar las prótesis. En definitiva son unos instrumentos vinculados al objeto del contrato por ser complementarios al mismo que se han definido claramente en el PPT del contrato. El hecho de que no tenga fijado una retribución no supone que sea gratuito o no tenga un precio cierto. Su coste ha sido previsto en el presupuesto y se ha repercutido en los precios de licitación por lo que ha de ser asumido por el licitador. De este modo los licitadores deberán considerar para elaborar su coste el equipamiento que deba suministrarse en régimen de cesión.”*

A la vista de lo expuesto procede recordar y distinguir las dos prestaciones que se imponen al adjudicatario.

Por lo que se refiere a la prestación de suministro sucesivo de los cuatro tipos de prótesis, respecto de las que se establecen cantidades estimadas: los pliegos fijan un precio unitario para cada uno de estos bienes (el precio unitario ofertado por el adjudicatario, que es un precio unitario cierto). El contratista habrá de entregar los productos en atención a los pedidos que le vaya realizando el órgano de contratación junto con la instrumentación específica necesaria para garantizar la implantación de las prótesis y, por razón de cada pedido que entregue, podrá facturar y tendrá derecho a cobrar el correspondiente precio unitario por cada bien o producto que haya entregado.

Por lo que se refiere a la prestación de cesión de uso del equipamiento referido (equipo de isquemia, componentes, adaptadores y baterías de motores) el PPT impone al contratista la obligación de entregar ese equipamiento. Sin embargo,

no se fija para estos bienes o productos un precio: el contratista no puede facturar precio alguno por razón de estas entregas (un precio unitario por equipo, o un precio unitario por día, semana o mes de cesión de cada equipo). De esta manera, el PPT aquí impugnado incurriría, en principio, en infracción del artículo 301 de la LCSP, pues impone al contratista la obligación de entrega de esos bienes sin fijar un precio que el contratista pueda cobrar por cada uno de estos productos que entregue.

Está cuestión ya ha sido analizada por este Tribunal en la Resolución 33/2015 que advierte sobre la imposibilidad de consignar prestaciones gratuitas o sin un precio cierto, siquiera con fundamentación en la necesidad de su financiamiento con cargo a los productos suministrados, al afirmar que *“se trata de prestaciones que aun estando vinculadas al objeto del contrato deberían estar previstas con su correspondiente presupuesto, pues en realidad se trata de contrataciones indirectas que contribuyen a distorsionar las imputaciones presupuestarias, y por ello la norma de contratación pública basada en principios de transparencia, no puede admitir dichas situaciones”*. Y advierte, en un razonamiento plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa: *“La imposición de cesión de dicho material se explica porque se financiará con la agrupación de los lotes y correrá a cuenta de los suministradores de los fungibles. Esto supone que el precio tanto del material fungible como del equipamiento queda indeterminado, pues el licitador de los fungibles ha de ofertar un precio unitario y con recargo del mismo debe hacer frente al equipamiento, sin que en el momento de presentar la oferta conozca el importe total de entregas que ha de realizar por lo que ha de incluir al alza la parte alícuota del importe del equipamiento. Esto es contrario a la exigencia de un precio cierto pues dependiendo del número de solicitudes de entrega de fungibles el precio repercutido puede ser mayor o menor sin que se pueda predeterminar el precio que se está pagando en cada entrega por los consumibles o por el equipamiento lo que llevará al licitador a elevar el precio unitario para asegurarse que no tendrá pérdidas.”*

En el caso que nos ocupa no se discute la vinculación o accesoriedad de los suministros que se quieren contratar respecto de la prestación general consistente

en prótesis de rodilla. Efectivamente es posible y necesaria la adquisición de los productos objeto del recurso, sin embargo el planteamiento como prestaciones a entregar incluidas en el PPT y no formando parte del objeto indicado en el PCAP no se ajusta a la normativa de contratación. Por otra parte es perfectamente posible la individualización bien en un lote separado, bien como prestación accesoria de cada lote indicando el número de unidades a suministrar mediante adquisición o arrendamiento y su precio, quedando así perfectamente determinado el precio de estos componentes y el precio de las prótesis, sin utilizar para su adquisición como intermediario al fabricante o distribuidor de prótesis, fomentando la transparencia y la competencia. En consecuencia debe estimarse el motivo de recurso.

Octavo.- El PPT impone la entrega (en cesión de uso) de equipamiento que exige que sea de una concreta marca lo que a juicio de la recurrente supone una infracción del artículo 117.8 del TRLCSP.

En primer lugar conviene reiterar la aplicación de la LCSP. Conforme ya hemos expuesto, respecto del lote 3 la cláusula 2 del PPT establece que el adjudicatario deberá ceder al Hospital, sin coste, la instrumentación específica necesaria para garantizar la implantación de la prótesis suministrada. Y añade otra exigencia distinta y adicional:

“Así mismo el adjudicatario del lote deberá poner a disposición del Hospital el siguiente material:

- *Adaptador de anclaje rápido /AO hexagonal para motor de batería de litio Hall® Lithium Battery System.*
- *Adaptador wire driver 0.7-1.36 para motor de baterías de litio Hall® Lithium Battery System.*
- *1 batería de litio Hall® Lithium Battery System.”*

Afirma la recurrente que no solo exige la cesión de uso de un concreto equipamiento, sino que además exige que ese equipamiento sea de una concreta marca.

Al efecto el informe del órgano de contratación al recurso señala que *“el equipamiento exigido al adjudicatario del lote 3 es una serie de productos accesorios de un motor de trauma propiedad del hospital necesario para la implantación de la prótesis de rodilla. De este modo la indicación de la marca se debe porque los bienes solicitados son para el equipo concreto señalado (la marca se precisa para describir ese equipo), pero no se solicita que estos productos accesorios sean de una marca concreta (sólo se solicita que sean válidos para el motor señalado).”* (sic).

El artículo 126.6 de la LCSP establece la prohibición de que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas mencionen una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, o que hagan referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados. Y añaden que esa referencia *“se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción bastante precisa o 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 artículo 42.3 de la Directiva 2014/24/UE establece que cuando las prescripciones técnicas no se establezcan en términos de rendimiento o exigencias funcionales, deberán fijarse por referencia a especificaciones técnicas (señalando, asimismo que esa referencia deberá ser, por orden de preferencia, a normas nacionales que traspongan las normas europeas, a las evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistema se referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros), añadiendo que en este caso *“cada referencia deberá ir acompañado de la mención ‘o equivalente’”*. Esta misma expresión debe incluirse cuando en la definición de la prescripción técnica se haga referencia a una marca con el fin de facilitar una descripción precisa que no se puede alcanzar de otra manera.

Como hemos expuesto en el fundamento de derecho anterior es admisible la contratación de piezas de repuesto para los equipos instalados en el hospital y la adquisición está vinculada al objeto del contrato. Sin embargo no se plantea como una contratación independiente, mediante la separación en un lote ni se fija un precio determinado para el suministro de estos componentes. Siendo piezas de repuesto para los equipos instalados estas deben ser compatibles evidentemente, pero ello no implica la exclusión de otros que puedan atender a la misma finalidad indicando la admisión de piezas equivalentes o, de justificarse la exclusividad, la necesidad de tramitar un procedimiento sin publicidad con el titular de la misma. En todo caso la definición de la prescripción técnica debe ir acompañada de la expresión “o equivalente”.

En consecuencia, con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho procede la anulación de las cláusulas y prescripciones impugnadas.

La anulación de las previsiones de los pliegos analizadas en esta Resolución ha de traer consigo la anulación de los mismos y en consecuencia del procedimiento de contratación y la retroacción de actuaciones para que, si el órgano de contratación estima oportuno convocar nueva licitación, lo haga previa adecuación y aprobación de nuevos pliegos con concesión de nuevo plazo para que los licitadores puedan presentar sus proposiciones.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don

J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato “Adquisición de prótesis de rodilla en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, número de expediente: PA 15/2018, anulando las cláusulas y prescripciones mencionadas en esta Resolución, y el procedimiento de adjudicación mismo, que deberá iniciarse, de considerarse conveniente, redactando nuevos pliegos.

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 49 del TRLCSP.