

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

En Madrid, a 7 de marzo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil PALEX MEDICAL, S.A. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de Ureteroscopios digitales desechables con puesta a disposición de un procesador digital (fuente de luz) para el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, número de expediente PA SUM 24-003, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el día 17 de enero de 2024, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 374.000 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

Segundo. – El plazo de presentación de ofertas finalizó el pasado día 20 de febrero de 2024.

Concluido el mismo, se ha solicitado al órgano de contratación relación de ofertas presentadas, figurando en ella 6 licitadores, entre ellos, la recurrente.

La fecha de apertura de proposiciones económicas se encuentra prevista para el próximo 20 de marzo de 2024.

En fecha 19 de febrero de 2024 el órgano de contratación de oficio ha publicado en el Portal anuncio con el siguiente contenido:

“Con fecha 7 de febrero de 2024 la representación de la empresa PALEX MEDICAL SA ha interpuesto recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Prescripciones técnicas del expediente SUM 24-003 SUMINISTRO URETEROSCOPIOS FLEXIBLES y aunque no pidiendo la empresa recurrente la suspensión del contrato, el HUF procede a suspender el expediente hasta la resolución del TCAP.”

Tercero. – El 7 de febrero de 2024 PALEX MEDICAL, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación en el registro de la Dirección General de Atención al Ciudadano y Transparencia de la Comunidad de Madrid, dirigido a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, contra los pliegos que rigen la licitación de referencia.

En fecha 15 de febrero de 2024, tiene entrada en este Tribunal el escrito de recurso redirigido por el Hospital Universitario de Fuenlabrada, al que se acompaña 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 transponen 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el 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. - 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 jurídica que manifiesta interés en participar en la licitación.

Una vez concluido el plazo de presentación de proposiciones se comprueba que la recurrente ha participado en el procedimiento, habiéndose interpuesto el recurso con carácter previo a la presentación de la oferta, que tuvo lugar el día 9 de febrero de 2024 a las 11:24:58, por lo que se encuentra legitimada para interponer recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, pues sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso, que le han podido impedir la presentación de oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos impugnados se publicaron en el Portal el 17 de enero de 2024 y fue interpuesto el día 7 de febrero en el Registro de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.3 de la LCSP y dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la misma Ley, siendo después remitido a este Tribunal por parte del órgano de contratación.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el documento de pliegos, en el marco 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. - El fondo del recurso se centra en la vulneración de la libre competencia por el establecimiento de prescripciones técnicas que sólo puede cumplir un fabricante y su distribuidor, impidiendo licitar al resto e infringiéndose los principios de igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores.

En este sentido, sostiene la recurrente que varios de los requisitos técnicos solicitados en el pliego están reflejados de la misma forma y con el mismo detalle a como están impresos en el folleto de un único fabricante, aportando imagen del folleto, así como enlace al mismo a través de la web del fabricante. Y que, en concreto, el requisito de “diámetro exterior tubo máximo grosor de 9.3 Fr con punta distal 7.2 Fr máximo” y el “procesador digital con fuente de luz por fibra óptica de alta intensidad” sólo pueden ser cumplidos por SEPLOU como fabricante y NEOMEDIC como distribuidor.

Afirma, por el contrario, que otros licitadores disponen de dispositivos de 7,5 Fr, siendo la diferencia que separa ambas medidas de sólo 0,3 Fr, que equivalen a 0,1 mm, diferencia de grosor que no es significativa para el paciente.

Por su parte, el órgano de contratación informa que las características técnicas exigidas en el Pliego se han establecido, atendiendo a los requerimientos definidos

por el Servicio de Urología del Hospital y que se corresponden con las necesidades que el material debe de cumplir para una adecuada atención a los pacientes, la compatibilidad del suministro a contratar con los materiales ya existentes en los quirófanos del hospital y el confort de los profesionales durante las intervenciones quirúrgicas, todo ello en virtud del artículo 28 de la LCSP, pues es responsabilidad del Hospital, y no del licitador, determinar la naturaleza y extensión de las necesidades a las que se debe dar respuesta con el producto que se desea adquirir y ello se consigue mediante la descripción establecida en el PPT recurrido. Cita en apoyo de su argumento Resoluciones del TACRC números 621/2017 y 688/2015, en las que se señala que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación, así como Resolución 9/2013 de este Tribunal nº 9/2013, que recoge que:

...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 exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido...

Apunta que constan en el informe del Servicio de Urología las razones técnicas que avalan cada uno de los requisitos exigidos que, para el caso concreto de la fuente de luz del procesador digital obedece a la necesidad de localizar y abordar de forma fiable el riñón, sin que haya instantes de parpadeo que puedan comprometer el resultado quirúrgico final afectando a la salud del paciente. En este sentido, reseña pronunciamiento del TACRC en su Resolución 20/2013 de 17 de enero, en el que valorada una posible limitación a la libre concurrencia derivado de la exigencia de una “rosca completa en unos tubos” se concluyó que “es la funcionalidad perseguida o requerida la que debe de limitar las especificaciones técnicas del producto cuyo suministro se solicita so pena de incurrir en limitación de la concurrencia”.

Y concluye que el recurso formulado, en ningún caso sirve por sí mismo para acreditar que el producto a suministrar solo se realice por un fabricante en la medida en que se limita a mostrar la coincidencia de lo requerido en los Pliegos con un folleto publicitario de un fabricante; hecho que no permite deducir que ningún otro lo haga. En este sentido señalar que probar lo manifestado compete al recurrente por cuanto es quien sostiene la discriminación y desigualdad en el trato en la definición de las características, tal como se pronuncia este Tribunal en su Resolución 276/2022 de 14 de julio.

Vistas las alegaciones de las partes, la cuestión controvertida se circunscribe a la vulneración de la competencia por la exigencia de requisitos técnicos contenidos en los pliegos y referidos al grosor de la punta del tubo y a las características del procesador digital de los ureteroscopios a suministrar.

Concretamente, el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su Cláusula Tercera establece, entre otras, las siguientes características técnicas que deben cumplir los ureteroscopios digitales flexibles desechables objeto de licitación:

- Diámetro exterior tubo máximo de 9.3Fr con punto distal 7.2Fr máximo.
- Puesta a disposición de unidad de procesador digital (fuente de luz por fibra óptica de alta densidad)

Consta en el expediente remitido por el órgano de contratación informe de Justificación de la Necesidad de las Características Técnicas del Ureterorrenoscopio, en el que se hace constar: *“Las características técnicas exigidas en el PPT se han definido atendiendo a los recursos dotacionales de los quirófanos del Hospital de Fuenlabrada, así como a la experiencia con este tipo de equipamiento del equipo médico encargado de su uso. Se considera que los ureterorrenoscopios deben de reunir, al menos, las siguientes características técnicas:*

(...)

5. Diámetro exterior tubo máximo de 9.3 Fr, con diámetro de la punta distal 7.2 Fr máximo.

(...)

Adicionalmente, se ha exigido:

Puesta a disposición de una unidad de procesador digital (fuente de luz por fibra óptica de alta intensidad).

La justificación detallada de las características exigidas es la que se expone a continuación:

- La exploración y tratamiento de la patología del tracto urinario superior mediante ureteroscopia flexible y desechable representa el paradigma en ese contexto.*
- En el momento presente, los equipos desechables de tecnología digital constituyen el patrón oro por varias razones: en primer lugar, porque las unidades no inventariables evitan la fatiga de los materiales que sufren los equipos inventariables, segundo porque con ello, se asegura la esterilidad de los equipos.*
- La deflexión mínima de 270º es condición sine qua non para poder asegurar el acceso a los grupos caliciales más extremos del riñón.*
- El calibre exterior del equipo debe ser todo lo reducido que permita la técnica, pero debe permitir el paso de instrumentos ya adquiridos previamente. Del mismo modo, el campo de visión para la ureteroscopia debe ser todo lo amplio que sea posible, y no inferior a 110º. Una buena iluminación debe proporcionar un campo de trabajo no inferior a 3-50 mm.*
- Debido, a que en ocasiones estos procedimientos presentan un tiempo quirúrgico prolongado, se necesita un ureterorenoscopio ligero y ergonómico, que se pueda manejar con un mando en la parte superior, habitualmente con la mano dominante del cirujano para evitar la fatiga quirúrgica o al menos disminuirla.*

□ *Dado que el servicio de Urología ya dispone de material quirúrgico para el tratamiento de la litiasis y para la exploración de la vía urinaria superior, el ureterorenoscopia debe poseer un canal de trabajo compatible con nuestros accesorios y una conexión luer-lock que impida la fuga del suero para evitar la pérdida de visión durante el procedimiento quirúrgico.*

En cuanto a la fuente de luz descrita en el procesador digital, hay que considerar que la iluminación de alta intensidad mediante fibra óptica también constituye el patrón de comparación actual de todos los sistemas de iluminación. Las fuentes de luz equipadas con fibra óptica de alta intensidad proporcionan una iluminación continua, sin parpadeos, que permite iluminar zonas del riñón de difícil acceso, asegurando que los procedimientos quirúrgicos se completen. No hay que olvidar que la cirugía propia del ámbito de la Urología es especialmente delicada por el tamaño de los órganos (riñón, uréteres, vejiga) y por la consistencia del tejido que se aborda, especialmente fino y delicado.”

Procede señalar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 124 y 125 de la LCSP, las prescripciones técnicas se definen como aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y que definen sus calidades. Cuando se trate de contratos de suministro, se alude a aquellas especificaciones que figuren en un documento en la que se definen las características exigidas de un producto.

Corresponde al órgano de contratación la determinación de 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP.

Sentado lo anterior, entre las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas establecidas en el artículo 126 de la LCSP, figuran la de proporcionar a los empresarios el acceso en condiciones de igualdad al procedimiento

de contratación, no teniendo por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia; y la de que 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.

De lo anterior se deduce que lo que se proscribe legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia, pues si el objeto del contrato lo justifica, pueden establecerse prescripciones técnicas no accesibles a todos los potenciales licitadores, con tal que las mismas respondan motivadamente a la satisfacción de las necesidades públicas.

En el caso que nos ocupa, se han presentado seis ofertas al procedimiento y un solo recurso, lo cual parece reflejar, a juicio de este Tribunal, la apertura del procedimiento a la concurrencia competitiva.

Por lo que resulta del examen del expediente, el órgano de contratación ha fijado de un modo claro, en el Informe de necesidad e idoneidad, las necesidades a satisfacer; así como las características mínimas que deben cumplir los productos en los pliegos técnicos. Asimismo, se ha determinado de forma razonable, su justificación para la obtención de los resultados esperados, atendiendo a los recursos dotacionales de los quirófanos del Hospital de Fuenlabrada así como a la experiencia con este tipo de equipamiento del equipo médico encargado de su uso, evitando un mayor número de complicaciones a corto y largo plazo, de acuerdo con el contenido del Informe de Necesidad y el de Justificación de las Características Técnicas.

Como ya señalamos en nuestra Resolución citada por el órgano de contratación, nº 9/2013, de 13 de enero,

...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 exige una forma de presentación determinada, ajustada a 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 pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto).

En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma...

Por otro lado, el folleto aportado por la recurrente permite acreditar que ese fabricante produce el ureteroscopio con esas características, sin que de ello pueda deducirse que ningún otro pueda fabricarlo o distribuirlo; como parece que sí puede deducirse, a priori, del número de ofertas presentadas.

Como ya hemos citado en diversas resoluciones de este Tribunal, valga por todas la 273/2017, de 27 de septiembre, es a la recurrente a quien le corresponde la

carga de la prueba que demuestre la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, contrario a la forma prescrita por la Ley.

Procede, en atención a las consideraciones anteriores, desestimar las pretensiones de la recurrente.

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 legal de la mercantil PALEX MEDICAL, S.A. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de Ureteroscopios digitales desechables con puesta a disposición de un procesador digital (fuente de luz) para el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, número de expediente PA SUM 24-003.

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.