



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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don A.L.V., en nombre y representación de LABORATORIOS FARMACÉUTICOS GUERBET, S.A., el día 13 de diciembre de 2012, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de "Suministro de contrastes radiológicos" para la Unidad Central de Radiodiagnóstico. Expte: GCASU1200352, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de noviembre de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto, mediante criterio precio, para la contratación del "Suministro de contrastes radiológicos", convocado por la Unidad Central de Radiodiagnóstico, dividido en cuatro lotes y con un valor estimado de 1.058.982,79 euros.

Segundo.- En el punto 1 del Anexo I del PCAP y en el PPT se describe el lote 3 como:



Comunidad de Madrid

“Contraste con gadolínico para estudios de resonancia magnética. El adjudicatario deberá suministrar sin cargo el material fungible necesario para la administración del contraste.

- 3.A *Medio de contraste no iónico lineal de gadolínico de 0,5mmol/ml (15 ml).*
- 3.B *Medio de contraste no iónico lineal de gadolínico de 0,5mmol/ml (100 ml).*
- 3.C *Medio de contraste no iónico lineal de gadolínico de 0,5mmol/ml (20 ml).*
- 3.D *Medio de contraste no iónico lineal de gadolínico de 0,5mmol/ml (10 ml).”*

Tercero.-El 11 de diciembre Laboratorios Farmacéuticos Guerbet, S.A., remitió a la Unidad Central de Radiodiagnóstico anuncio de interposición del recurso especial en materia de contratación y el 13 del mismo mes presenta ante este Tribunal el recurso anunciado contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT).

El recurso alega que la descripción establecida del objeto del contrato en el Anexo I del PCAP y en el PPT respecto del lote 3 menciona una serie de características de presentación específicas de una casa comercial concreta por lo que pueden considerarse lesivas de la competencia en el mercado. Entiende la recurrente que *“limitar el concurso a unos formatos determinados en el conjunto del lote no tiene ninguna ventaja clínica ni para el paciente ni para el centro de diagnóstico pudiéndose utilizar formatos con otros volúmenes de contraste diferentes a los indicados en los pliegos también aprobados por las autoridades sanitarias”*. Añade que esto supone una clara ventaja competitiva para la empresa que comercializa todas las presentaciones del medio de contraste solicitado y que los productos comercializados por la recurrente permiten la consecución del objetivo funcional a que se refiere el lote 3 y que no podría optar a ser adjudicataria como consecuencia de unas prescripciones técnicas abusivas y exclusivas de una casa comercial.

En segundo lugar alega la recurrente que no se ha tenido en cuenta, en la definición del lote 3, la Comunicación sobre riesgos de medicamentos para



Comunidad de Madrid

profesionales sanitarios, realizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Finaliza solicitando la anulación de la descripción técnica del lote 3 por ser lesiva de la competencia en el mercado y que se tenga en cuenta la mencionada Comunicación sobre Riesgos de Medicamentos para profesionales sanitarios en relación a los contratos objeto de licitación en el lote 3.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano contratante para que se remita el expediente de contratación acompañado del correspondiente informe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), lo que se verificó por parte Unidad Central de Radiodiagnóstico el 19 de diciembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Laboratorios Farmacéuticos Guerbet, S.A. para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, pues se trata de una persona jurídica que manifiesta su interés en licitar y cuyos derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- El plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP para la interposición del recurso especial en materia de contratación será de *“quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”*, añadiendo en su apartado a) 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 los mismos hayan sido recibidos o*



Comunidad de Madrid

puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

La recurrente obtuvo los pliegos mediante la remisión de los mismos por correo electrónico que se le hizo el día 30 de noviembre, por lo que debe entenderse que el recurso, registrado el 13 de diciembre, se presentó en plazo.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el ámbito de las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos será establecida en sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente.

La Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en su artículo 3, crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuyo ámbito de actuación incluye la Administración de la Comunidad de Madrid y los entes, organismos y entidades de su sector público que tengan la consideración de poder adjudicador. Al mismo atribuye la competencia para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Los supuestos y actos recurribles, así como el régimen de legitimación, interposición planteamiento, tramitación, resolución, efectos y consecuencias jurídicas serán los establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público (actual TRLCSP).

La Unidad Central de Radiodiagnóstico es una Empresa Pública con forma de entidad de derecho público, creada por el artículo 14 de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, adscrita a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

De conformidad con lo previsto en el artículo 3.2.f) de sus Estatutos, aprobados por Decreto 11/2008, de 21 de febrero, relativo a su régimen jurídico, en materia de contratación, se aplicará la normativa reguladora de contratación del



Comunidad de Madrid

sector público, resultando por ello de aplicación el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril.

En consecuencia corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas correspondientes a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. a) y 40.2 .a) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso alega, en primer lugar, en la vulneración del principio de libre concurrencia y parcialidad en la definición del lote nº 3.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*. El órgano de contratación tiene derecho a determinar el tipo de material que desea utilizar. Como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1996, cuando señala que *“..las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y*



Comunidad de Madrid

técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre competencia...”.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia es uno de los principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público. El artículo 117.2 del TRLCSP establece que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de la misma que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre competencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando 29 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios: *“Las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia. A tal efecto, debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para lograrlo, por una parte debe ser posible establecer las especificaciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales y, por otra, en caso de referencia a la norma europea –o, en su defecto, a la nacional– los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en soluciones equivalentes.”*



Comunidad de Madrid

La ley no permite ninguna práctica restrictiva de la competencia ya que una de sus finalidades es, como hemos visto, asegurar la libertad de concurrencia de las empresas y la selección de la mejor oferta.

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”*.

Según dispone el artículo 138.2 del TRLCSP la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el restringido. En el procedimiento abierto todo empresario interesado puede presentar una proposición. Ello no ocurre cuando en la redacción de las prescripciones técnicas se utilizan fórmulas restrictivas mediante la descripción de los productos a suministrar de manera exhaustiva o con la exigencia de requisitos excesivos que determinan la imposibilidad de participación de los licitadores que no cumplen ese exceso sobre las condiciones normales para satisfacer las necesidades pretendidas con el objeto del contrato. Esa exigencia excesiva o desproporcionada de requisitos mínimos o no esenciales claramente favorecedores de alguno de los potenciales licitadores, en la medida en que su incumplimiento dará lugar a la exclusión de las ofertas, incumple claramente el principio de concurrencia, pues solo sirve para amparar y ocultar una contratación directa en clara vulneración de los principios de la contratación pública.



Comunidad de Madrid

Sexto.- Expuestas las anteriores consideraciones jurídicas cabe aplicarlas al supuesto concreto planteado en el recurso. Se impugna la definición del lote 3 en cuanto requiere contraste no iónico en formatos de volumen: 10, 15, 20 y 100 ml.

El informe de la Unidad Central de Radiodiagnóstico señala que las presentaciones requeridas son las compatibles con los inyectores instalados en dicha empresa pública. A tal efecto se incluye en el PPT como requisito que *“los productos deberán ser compatibles con los inyectores instalados en la actualidad”*.

Por tanto, hay que analizar si con otras presentaciones diferentes a las requeridas se obtendría el mismo resultado o se están excluyendo a aquellas otras que también son capaces de cumplir la misma función o las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. Al efecto se justifica por el órgano de contratación la necesidad de ese determinado formato de volumen, pero la recurrente no argumenta cuál es la limitación que le impide fabricar y entregar su producto en la presentación de volumen solicitada, o que esa forma de presentación está reservada a una determinada marca comercial.

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 concreta, que viene determinada 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 o formato que libremente ha elegido cada productor, sino que 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



Comunidad de Madrid

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 los Pliegos no se menciona una fabricación o procedencia determinada, ni se requieren marcas, aunque sí formatos de volumen a los que deberán adaptarse las ofertas, estando justificados los requeridos por su necesaria compatibilidad con los inyectores instalados en la actualidad.

Aún omitiendo marcas, tampoco se singulariza el producto de manera que se impida la concurrencia, pues no resulta acreditado que dichos formatos solo puedan ser ofertados por una empresa determinada, no cabiendo confundir la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar dicho producto, por no ser todos estos formatos su forma actual de presentación comercial, con una imposibilidad absoluta de las empresas del mercado para realizar oferta. No se constata, por tanto infracción del principio de libre concurrencia.

Por tanto, este Tribunal entiende que la exigencia de esta determinada forma de presentación, está justificada por las necesidades a satisfacer, por ser la más idónea para el cumplimiento del objeto del contrato, no limita la concurrencia pues a la misma pueden adecuarse los productores si lo desean, y que los requerimientos técnicos impugnados se adecúan a lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP.

Séptimo.- En segundo lugar se solicita que se tenga en cuenta la Comunicación sobre riesgos de medicamentos para profesionales sanitarios, realizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en relación a los contrastes objeto de licitación.

La Comunicación sobre riesgos de medicamentos para profesionales sanitarios, realizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos



Comunidad de Madrid

Sanitarios el 20 de noviembre de 2009, como continuación de la nota informativa 20007/03, sobre fibrosis sistémica nefrogénica (FSN) y uso de contrastes de gadolinio para resonancia magnética, informa a los profesionales sanitarios sobre la seguridad de estos contrastes, así como de las medidas para minimizar el riesgo de FSN. Informa también de las nuevas contraindicaciones, precauciones y recomendaciones de uso en distintos grupos de pacientes. Estas nuevas condiciones de uso, que figuran en la Comunicación se incorporarán a la fichas técnicas de estos medicamentos.

Según el informe de la Unidad Central de Radiodiagnóstico, dicha empresa tiene en cuenta las recomendaciones establecidas en la Comunicación, comprobando que los pacientes no presentan ningún factor de riesgo que pueda originar una alteración de la función renal con carácter previo a su administración. Se indica que en el caso de los gadolinos calificados de bajo y medio riesgo también se recomienda la evaluación de la disfunción renal como medida preventiva y por tanto este aspecto no evita la comprobación del factor riesgo en el paciente. Señala que el índice de reacciones alérgicas en el contraste no iónico es menor que en otros contrastes iónicos de gadolinio y que todos estos aspectos han sido tenidos en cuenta con carácter previo a la elaboración de los pliegos.

La petición de la recurrente no se plasma en un contenido concreto, ni se alega cual es el incumplimiento de que adolecen los pliegos, por lo que no se puede estimar la misma.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.2 del TRLCSP y el artículo 3 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, interpuesto por Don A.L.V., en nombre y representación de LABORATORIOS FARMACÉUTICOS GUERBET, S.A., el día 13 de diciembre de 2012, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de "Suministro de contrastes radiológicos" para la Unidad Central de Radiodiagnóstico. Expte: GCASU1200352.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo 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.