

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

En Madrid, a 22 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.R.H., en nombre y representación de NIRCO S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas referidas al contrato *“Suministro de láminas fundidoras o sellados para realizar conexiones estériles entre tubulares de bolsas, del Centro de Transfusiones de la Comunidad de Madrid”* este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 15 de abril de 2019 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación del contrato de referencia. Así mismo se publicó en el BOCM de 22 de abril y DOUE del día 15 del mismo mes.

El valor estimado del contrato asciende a 1.674.400 euros y un plazo de 24 meses.

Segundo.- Con fecha 14 de mayo de 2019 se ha presentado en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de NIRCO contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) solicitando la nulidad de la cláusula del Pliego donde se hace referencia a “*de un solo uso*” y “*material estéril de un solo uso*”.

Tercero.- El 14 de mayo de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, oponiéndose a la estimación del recurso al considerar que los Pliegos son ajustados a Derecho.

Cuarto.- A los efectos de resolución del recurso conviene señalar que los Pliegos establecen lo siguiente:

“La Cláusula 1.1 del Capítulo 1 del PCAP, el contrato tiene por objeto el suministro anual de 230.000 láminas fundidoras o sellados de un solo uso, para realizar conexiones estériles entre tubulares de bolsas, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

2. La Cláusula 2 del PPT titulada “Descripción del suministro: las láminas o sellados han de cumplir las siguientes características técnicas:

- Sellado automático*
- Material estéril de un solo uso*
- Posibilidad de sellado en tubulares cortos (4cm)*
- Porcentaje de sellados fallidos inferior al 1%*
- Facilidad en la apertura del sellado”*

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, 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 3.2 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 un potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta 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 los Pliegos se pusieron a disposición del recurrente el 15 de abril, e interpuesto el recurso el 9 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos en un procedimiento de adjudicación 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) del LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso el recurrente lo fundamenta en los siguientes motivos:

Ilegalidad del requisito previsto en la definición del objeto del contrato del PCAP y en la cláusula segunda del PPT.

Señala el recurrente que los bienes objeto de contratación consisten en láminas fundidoras o sellados para realizar conexiones estériles entre tubulares de bolsas. Por lo que se desprende del contenido citado, los Pliegos establecen como requisito obligatorio que el suministro de dichas láminas fundidoras o sellados contenga material estéril de “*un solo uso*”.

Afirma que de los requisitos previstos en los Pliegos únicamente permiten que una sola empresa en el mercado, concretamente TERUMO EUROPE ESPAÑA S.L, pueda potencialmente ofertar al presente procedimiento de contratación. Prueba de ello, es que todas las licitaciones celebradas con este mismo objeto han sido adjudicadas a TERUMO por no existir otro licitador además de NIRCO, y en ocasiones FRESENIUS KABI ESPAÑA SAU, cuyas ofertas han sido excluidas excepto en los Pliegos del Servicio Andaluz de Salud, donde no se requería material estéril de un solo uso.

Señala que si bien es cierto que el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, incluye la mención “*de un solo uso*”, es indiscutible que dicha mención tenía relevancia en ese contexto y con la realidad científica que existía entonces en 2005. No obstante, es también un hecho que el avance científico ha permitido que la tecnología utilizada actualmente para estos fines pueda mantener las técnicas asépticas y un equipo estéril aun cuando se reutiliza el material.

Todo ello, supone, a su juicio, un claro límite a la concurrencia y un obstáculo injustificado de la competencia, vulnerando el artículo 99 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación señala que *“en el CTCM durante el año 2018 se han procesado 241.583 unidades de sangre.*

Con los buffys obtenidos se han realizado 35.755 pooles de plaquetas que se realizaron de forma manual, con un equipo de la casa FRESENIUS.

Para la realización de estos pooles, y para la realización de las alícuotas de CHs, plaquetas etc, es imprescindible la utilización de sellados que proporcionen una conexión correcta de los tubulares de las bolsas que se pretenden conectar, y que garanticen la esterilidad del componente hemoterápico que contienen.

Las láminas o sellados han de cumplir las siguientes características técnicas:

- . Sellado automático*
- . Posibilidad de sellado en tubulares cortos (4 cm)*
- . Porcentaje de sellados fallidos inferior al 1%*
- . Facilidad en la apertura del sellado*
- . Resistencia a la tracción post-sellado.*
- .Material estéril de un solo uso que garantice la esterilidad de los componentes obtenidos”.*

A juicio del órgano de contratación, en su informe suscrito por la Directora Gerente y por la Responsable de Fraccionamiento y Distribución, un fallo de sellado en la fabricación de un componente, puede originar cualquiera de las siguientes alteraciones:

- . Repetición del sello*
- . Estenosis de la luz del tubular*
- . Sistema abierto*
- . Imposibilidad de sellado por tubulares cortos.*

En definitiva, entiende que un equipo en el que el sellado/conexión falla, o en el que la apertura de la luz del tubular conectado es imposible y/o no resiste a la

tracción tras el sellado, no es el equipo adecuado para un centro de las características del CTCM, en el que los volúmenes de trabajo son muy altos. Ello acarrea pérdidas económicas, de material, de componentes sanguíneos y de tiempo.

Finaliza señalando, que teniendo en cuenta que la principal premisa es la seguridad, seguida de la eficiencia y dada la carga de trabajo del Centro de Transfusión consideran que la utilización de equipos con cuchillas desechables (una conexión-una cuchilla) ofrece una garantía indiscutible (y muy superior a la de equipos que usan siempre la misma cuchilla en todas las conexiones), de cara a mantener la esterilidad de todas las conexiones y de los componentes sanguíneos obtenidos.

El artículo 99 de la LCSP establece en su apartado 1 *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”*.

Respecto al caso que nos ocupa, procede traer a colación la Resolución 468/2019, de 11 de mayo del TACRC señala *“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.*

(...)

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.

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. (...). Y señalábamos asimismo: “De la Directiva pues, se desprende que, si bien el órgano de contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”.

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio”.

Resulta evidente de lo señalado anteriormente, que la controversia versa sobre un criterio eminentemente técnico, por lo que el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

En el mismo sentido, la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales manifiesta lo siguiente:

«Sobre la disconformidad con los requisitos, especificaciones y características técnicas detalladas en la cláusula tercera del PPT, hemos de principiar señalando que este Tribunal, en su Resolución 688/2015, señaló que: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.

En el presente caso, por lo que resulta del expediente, el órgano de contratación ha fijado en los PPT, de un modo claro y razonable, las necesidades a satisfacer y en uso de la discrecionalidad que legalmente se le reconoce y de la experiencia acumulada, ha diseñado las característica técnica que considera más idóneas para la satisfacción el interés público , definiendo el objeto del contrato con precisión, a fin de garantizar que los bienes a suministrar sean adecuadamente utilizados por sus destinatarios, personal técnico, conocedores de una tecnología determinada y que redundan en una mayor calidad y seguridad en la prestación del servicio.

No queda acreditado por el recurrente que las prescripciones técnicas limiten la concurrencia, pues como señala el órgano de contratación, en el año 2018 los trabajos se realizaron con el material suministrado por una empresa distinta a TERUMO, a la que la recurrente considera como única posible adjudicataria.

Todo ello, lleva a considerar a este Tribunal que se han cumplido las previsiones recogidas en los artículos 124, 125 y 126 de la LCSP respecto a las prescripciones técnicas del presente contrato.

Por todo lo anterior, el 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 E.R.H., en nombre y representación de NIRCO S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas referidas al contrato “Suministro de láminas fundidoras o sellados para realizar conexiones estériles entre tubulares de bolsas, del Centro de Transfusiones de la Comunidad de Madrid.

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.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL