

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

En Madrid, a 30 de enero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por don J.F.N., en nombre y representación de A.B. Medica Group, S.A., contra los pliegos de prescripciones técnicas del contrato “Adquisición de diverso material sanitario fungible con destino al Servicio Samur Protección Civil (34 lotes)” del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente: 300/2018/01270, lotes 18, 19 y 28, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se envió al Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de enero de 2019, publicándose en dicho Diario el 4 de enero de 2019 y publicando el mismo día en la Plataforma de Contratación del Sector Público, donde se aloja el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Madrid, con acceso a la documentación asociada para presentar ofertas al procedimiento. El valor estimado del contrato es de 1.684.896,00 euros.

Segundo.- En fecha 18 de enero de 2019 se presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

El recurso alega que la descripción establecida en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) de los lotes 18, 19 y 28 describen una serie de exigencias que limitan la concurrencia. En concreto se afirma que en los parches para electrodos de los desfibriladores se comprende el ancho y largo de los electrodos y no se hace referencia la medida de la superficie conductora. Afirma que esto es del todo irregular, puesto que, cuando se hace referencia a este tipo de artículos siempre se tiene en consideración de la superficie conductora, que tiene su funcionalidad y permite la desfibrilación, y no la medida total del electrodo que es variable según cada fabricante. Afirma que se diseñan unas condiciones técnicas “*que solo unos pocos fabricantes en el mercado cumplen*”. La recurrente entiende transgredido el principio de concurrencia pues la redacción de los pliegos en los términos indicados discrimina a aquellas empresas como la suya que no estén en condiciones de suministrar las medidas requeridas, siendo la empresa distribuidora de este tipo de productos.

En concreto, impugna esta descripción del PPT Que hay que completar con lo que realmente dice:

“Los lotes afectados son:

- *LOTE 18 PARCHE MULTIFUNCIÓN ADULTO FR2 (Medidas de la Superficie del electrodo: Ancho 10,5 cm +-5% Largo 16 cm +-5%).*
- *LOTE 18 PARCHE PEDIATRÍCO FR2 (Medidas de la Superficie del electrodo: Ancho 9,5 cm +-5% Largo 13,5 cm +-5%).*
- *LOTE 18 PARCHE DESFIBRILACIÓN FRX (Medidas de la Superficie del electrodo: Ancho 10 cm +-5% Largo 14 cm +-5%).*
- *LOTE 19 PARCHE MULTIFUNCIÓN PARA LIFEPAK 15 (Diámetro del electrodo (Superficie): 15,1 cm +-5% x 13,5 cm +-5%).*
- *LOTE 28 ALMOHADILLA MONITOR AED-3100 (Dimensiones: 109 x 115 mm +- 5%).*

Tercero.- EL PPT realmente expresa “*superficie electrodo sin plástico protector*”. Y añaden en todos los casos que “los componentes de este Lote deben ser compatibles

con los monitores que vienen especificados en cada artículo, y que son utilizados por los equipos operativos del Servicio SAMUR-Protección Civil”. A lo que agrega: Para ello los licitadores podrán solicitar información durante el periodo de presentación de ofertas acudiendo a las instalaciones de SAMUR-PC (Ronda de las provincias s/n), o en los teléfonos 91.51323 95/96.

Deberán acompañar a cada una de las muestras una ficha técnica y un folleto informativo”.

Cuarto.- El 21 de enero la Secretaría del Tribunal requirió el expediente administrativo y las alegaciones pertinentes al órgano de contratación, siendo recibidos el 23.

Quinto.- Siendo una cuestión esencialmente técnica, amén de las consideraciones jurídicas, en la respuesta del órgano de contratación se transcribe el informe del Servicio Técnico competente: *“Tanto los parches multifunción, los parches de desfibrilación, de monitorización como las almohadillas del monitor forman parte de un equipo completo cuya función es monitorizar o realizar cargas eléctricas a un paciente. El tamaño, superficie, forma y dimensiones del parche deben ser compatibles con el aparato al que van conectados de manera que realice la descarga o monitorización del paciente de una forma óptima a lo que fueron diseñados.*

Los parches de desfibrilación tienen la medida determinada en pliego para garantizar la correcta difusión al paciente de la energía liberada por los equipos que tiene SAMUR P.C. en servicio y por lo tanto los que prescribe el fabricante. Otras medidas y formas de los parches podrían producir un fallo en la difusión/liberación de dicha energía y dar un choque ineficaz imposibilitando la reversión de la parada cardiaca con las consecuencias de daño irreversible del paciente.

Las medidas prescritas en el PPTP son para los electrodos captadores/receptores, no medidas totales de los parches. En anteriores licitaciones se han realizado consultas o alegaciones a los pliegos técnicos por la inclusión de medidas totales, esto es medidas de los electrodos más la superficie y forma (redondeada o rectangular) de adhesivo. En el presente PPTP con el fin de ampliar la concurrencia se ha incluido únicamente las dimensiones de los electrodos admisibles con los equipos de SAMUR P.C. De esta forma se amplía la concurrencia ya que la forma y dimensión total del

parche (incluido el adhesivo) no es determinante.

Se ha incluido tolerancias dimensionales a los valores incluidos en el PPTP de tal forma que se facilita la concurrencia en la licitación, tal y como señala la propia empresa A.B. Medica Group S.A. en el apartado 111 del recurso.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa A.B. Medica Group, S.A. para interponer el recurso, como distribuidora de este tipo de productos y eventual interesada en la misma, así como su representación, constando que a fecha de su interposición no había presentado oferta para participar en el mismo (artículos 48 y 56.1 c) de la LCSP).

Segundo.- El recurso se interpone en el plazo de quince días hábiles desde la publicación de la licitación y puesta a disposición de los Pliegos, disponibles en el PCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el pliego de prescripciones técnicas correspondiente a un contrato de suministros la suma de cuyos lotes excede de los 100.000 euros siendo susceptible de recurso (artículo 44 de la LCSP).

Quinto.- El recurso se fundamenta en el rechazo de las especificaciones técnicas de los lotes 18, 19 y 28 descritas. Según afirma la descripción de las superficies en la forma que se hace restringe la concurrencia a unos pocos licitadores y además no es acorde a la funcionalidad que se persigue.

Ello significa en primer lugar que quedan fuera de la impugnación los restantes lotes y en consecuencia no deben resultar afectados por la presente resolución.

Sexto.- Con carácter previo cabe señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la LCSP, 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 igualdad de trato y apertura de los contratos públicos a la competencia, como establecen los artículos 1 y 132 de la LCSP. Y el artículo 126.1 en cuanto a reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas: *“Artículo 126. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas : ‘1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública 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 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.

El apartado 5 del artículo 126 establece una serie de formas a través de las cuales pueden definirse las prescripciones técnicas, en cuyo sub apartado a) figura *“En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, (...)”*. Las especificaciones técnicas pueden establecerse en términos de rendimiento o exigencias funcionales,

que tampoco pueden constituir un obstáculo a la libre competencia. De modo que las exigencias deben ser objetivas y neutras para no favorecer determinadas marcas en perjuicio de otras y expresadas en términos suficientemente precisos para permitir a los licitadores la determinación técnica del objeto del contrato.

En el PPT se establece en primer término que los parches deben ser compatibles con los monitores desfibriladores del Samur-Protección Civil y posteriormente se efectúa una descripción de su medida en relación solamente a la superficie, ancho y largo ocupada por los electrodos, con un margen inferior o superior, y no a la superficie total incluida la parte adhesiva, que podrá dar por resultado un parche circular o rectangular, de diversas medidas.

En el informe antes transcrito en antecedentes se motiva técnicamente y de forma plausible la necesidad de estas medidas para la eficacia de los aparatos desfibriladores de que dispone el SAMUR.

Por el contrario el recurrente, alega que PHILIPS actualmente suministrador del SAMUR, en su catálogo de electrodos, solo hace referencia a las medidas de la Superficie Conductor, acompañando documentación donde figura la superficie total pero no la longitud de los lados. Considera absolutamente irregular que en el PPT no se haga referencia a la medida de la superficie conductora, algo que considera totalmente irregular *“puesto que cuando se hace referencia a este tipo de artículos siempre se tiene en cuenta la medida de la superficie conductora, que define su funcionalidad y permite la desfibrilación, y no la medida total del electrodo que es variable en cada fabricante”*.

Realmente esta última afirmación no es correcta, porque, como afirma el informe técnico, *“las medidas prescritas en el PPTP son para los electrodos captadores/receptores, no medidas totales de los parches. En anteriores licitaciones se han realizado consultas o alegaciones a los pliegos técnicos por la inclusión de medidas totales, esto es medidas de los electrodos más la superficie y forma (redondeada o rectangular) del adhesivo”*.

Y así consta en el PPT: “*superficie electrodo sin plástico protector*”. Lo que acontece es que el recurrente ha transcrito el Pliego en su recurso omitiendo parte de las frases.

La otra afirmación, es que solamente pocas casas suministradoras están en condiciones de proporcionar estos parches, lo que implica la admisión de que existe concurrencia, aunque el recurrente, como distribuidor, pueda no disponer del producto.

Por otra parte no aporta prueba alguna de una configuración diferente válida para cumplir las exigencias funcionales de los desfibriladores usados por Samur-Protección Civil, que es una de las condiciones exigidas en el PPT, no habiendo desplegado la más mínima actividad probatoria a tal fin. Tal y como expresa el PPT: “*Los componentes de este Lote deben ser compatibles con los monitores que vienen especificados en cada artículo, y que son utilizados por los equipos operativos del Servicio SAMUR-Protección Civil.*

Para ello los licitadores podrán solicitar información durante el periodo de presentación de ofertas acudiendo a las instalaciones de SAMUR-PC (Ronda de las provincias s/n), o en los teléfonos 91.51323 95/96.

Deberán acompañar a cada una de las muestras una ficha técnica y un folleto informativo”.

La carga de probar la restricción de la competencia compete al recurrente, a tenor de las reglas generales sobre carga de la prueba. Señala el artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“Artículo 77. Medios y período de prueba.

1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

Y esta última (artículo 217 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil):
“2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

Es decir, no aporta prueba alguna de la competencia con esas medidas. No acredita tampoco su incompatibilidad con la mayoría de parches, ni siquiera que se limite la concurrencia a uno o pocos licitadores.

Según señaló este Tribunal en Recurso nº 152/2015, Resolución nº 164/2015, de 14 de octubre de 2015: *“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 este 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’.*

Como ha señalado este Tribunal de forma reiterada, valga por todas la Resolución 90/2011, 28 de diciembre, 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, 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 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 y con la capacidad exigida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto”.

En el caso presente, la supuesta restricción es aún menor, desde la perspectiva del recurrente, que es distribuidor y no fabricante de estos productos, no constando recurso alguno de los productores.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.F.N., en nombre y representación de A.B. Medica Group, S.A., contra los pliegos de prescripciones técnicas del contrato “Adquisición de diverso material sanitario fungible con destino al Servicio Samur Protección Civil (34 lotes)” del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente: 300/2018/01270, lotes 18, 19 y 28.

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 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.