

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

En Madrid, a 19 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto doña M.F.T., en nombre y representación de B. BRAUN MEDICAL, S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco de los lotes 23 a 28 del “Acuerdo Marco para el suministro de agujas y jeringas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: AMPA SUM 11/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 6 y 14 de septiembre de 2016 de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE la convocatoria del procedimiento de licitación del contrato de referencia, dividido en 65 lotes, con pluralidad de criterios y un valor estimado de 9.575.994,76 euros.

Los pliegos se pusieron a disposición de la recurrente a su solicitud, con fecha 13 de septiembre de 2016.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que Pliego de

Cláusulas Administrativas Particulares (PPT), exige respecto a las agujas para cargar medicación 18gx40mm (Lote 23),

“- No producirá desprendimientos de partículas del tapón sellante del vial, hacia el interior del mismo.

- Punta con bisel en Angulo 45°, con bordes atraumáticos, ni cortantes”.

Asimismo se establece como exigencia, común a los Lotes 24 al 28 inclusive, que *“El color del émbolo deberá ser obligatoriamente blanco o transparente”.*

Segundo.- Previo anuncio efectuado el 20 de septiembre de 2016 al órgano de contratación, tuvo entrada en este Tribunal el día 28 siguiente, el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de B. BRAUN MEDICAL, S.A. en el que solicita que se declare la nulidad de los pliegos impugnados, eliminando aquellas que le impiden participar a en esta licitación. Aduce que no existe razón técnica ni científica para que el bisel solicitado de esta aguja tenga que ser de 45°, tal y como explica pormenorizadamente y que nada justifica que para esta contratación se exija que el émbolo de las jeringas deba ser blanco o transparente.

El 7 de octubre de 2016 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en él se indica que habiendo solicitado informe al departamento técnico, del mismo, se infiere que *“no existe objeción alguna a modificar los Pliegos de Prescripciones Técnicas, en ese punto, con lo quedaría redactado de la siguiente manera: Punta con bisel en ángulo entre 40º y 45º, con bordes atraumáticos, ni cortantes”*, indicando que *“está tramitando un procedimiento de corrección de errores para subsanar los detectados en el pliego. Está corrección será publicada de la misma forma que los pliegos, abriendo un nuevo plazo de presentación de ofertas”.*

Se acompaña Resolución Rectificación Errores 506/2016, en la que consta que se envía el Pliego (PCAP y PPT) regulador del concurso para que se publique nuevamente una vez corregido y en la que se contienen las nuevas características del lote 23:

“Donde dice: Punta con bisel en ángulo 45º, con bordes atraumáticos, ni cortantes.

Debe decir: Punta con bisel en ángulo entre 40º y 45º, con bordes atraumáticos, ni cortantes”.

En cuanto a los colores de los émbolos el órgano de contratación aporta el informe de la Subdirectora de Farmacia y Productos sanitarios en el que explica que para “evitar errores en las vía de administración se ha optado por un modelo de identificación de las vías de administración de medicamentos, mediante códigos de colores y que establece un sistema único para todos los centros dependientes del SERMAS”, y que *“la comisión técnica encargada de la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas y que está constituidas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, analizó qué requisitos podrían interferir con el sistema, antes mencionado, de identificación de las vías de administración de medicamentos por colores y determinó que el color del vástago, dado la relevancia visual que tiene dentro de la imagen de una jeringa, debería ser blanco o transparente para no inducir a error a los profesionales en cuanto que se pudiera identificar que dichas jeringas solo se podrán utilizar para la vía intramuscular, ya que el color verde identifica exclusivamente esa vía de administración.”* Añade que ésta decisión se ha comunicado a la empresa en dos reuniones previas a la publicación de la convocatoria de licitación en las que se explicó de forma detallada las razones que llevaban a solicitar esta característica en los PPT.

Tercero.- No se ha concedido trámite de audiencia al resto de interesados en el expediente al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE de 6 de septiembre de 2016, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los interesados a su solicitud el día 13 del mismo mes. El recurso interpuesto ante este Tribunal el 28 de septiembre de 2016, lo fue dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un Acuerdo marco para el suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El fondo del asunto se concreta en determinar si las exigencias del PPT, vulneran o no el principio de concurrencia y deben considerarse nulas de pleno derecho o subsidiariamente anulables.

Son dos las pretensiones hechas valer, la primera de las cuales ha sido estimada por el órgano de contratación que ha procedido a rectificar el PPT mediante la Resolución 506/2016 en la que se ordena la nueva publicación del PPT

concediendo un nuevo plazo de presentación de ofertas. Se ha producido por tanto una satisfacción extraprocedimental del recurso que determina la inadmisión del mismo por lo que se refiere al grado de inclinación del bisel de las agujas del lote 23.

Resta sin embargo examina la pretensión relativa a la anulación de la característica del color de los émbolos en los lotes 24 a 28.

Sentadas las posiciones de las partes cabe recordar que de acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público, en consonancia con los que 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 determinada marca 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 concurrencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta, a efectos interpretativos y en cuanto no vulnere la legislación vigente, el considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en cuanto establece que *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (...). 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. (...)”.

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.

Por su parte, 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”*.

Como ha señalado este Tribunal, entre otras en la Resolución nº 7/2016 de 20 de enero de 2016, las prescripciones técnicas deben ser objetivas y neutras para no favorecer a unos suministradores en perjuicio de otros. No se limita la concurrencia cuando habiendo determinado justificadamente el órgano de contratación 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 característica 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 ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

En este caso el órgano de contratación en su informe al recurso justifica la necesidad de la prescripción técnica por motivos de seguridad para los pacientes en los términos más arriba reproducidos. No es obstáculo a lo anterior el hecho de que cada casa comercial haya elegido sus propios colores si con ello el órgano de contratación justifica obtener mayor seguridad en la administración.

Debe concluirse que la exigencia en el color de presentación de la jeringuillas de los lotes 24 a 28 se ajusta a las necesidades de la Administración, y no limita la concurrencia ni impide el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores, estando el color exigido presente en los productos de una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo. Por todo ello el recurso debe ser desestimado en cuanto a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por doña M.F.T., en nombre y representación de B. BRAUN MEDICAL, S.A., contra Pliego de Prescripciones

Técnicas de los lotes 23 a 28 del “Acuerdo Marco para el suministro de agujas y jeringas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: AMPA SUM 11/2016, por satisfacción extraprocesal de la pretensión consistente en modificar la exigencia del grado del ángulo del bisel de las agujas.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en cuanto a la pretensión de anulación de la característica del color de los émbolos de las jeringuillas de los lotes 24 a 28.

Tercero.- 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.

Cuarto.- 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.