RE 075/2018

Acuerdo 79/2018, de 30 de agosto de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "IZASA HOSPITAL, S.L.U.", frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Suministro de material para anestesia y ventiloterapia», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación relativo al contrato indicado en el encabezamiento de este Acuerdo, se publicó el día 22 de junio de 2018 en el Diario Oficial de la Unión Europea, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón.

Se trata de un contrato de suministro licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 1.912.878,79 euros, IVA excluido. Contempla la división en tres lotes.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el 30 de julio de 2018.

Segundo.- El día 18 de julio de 2018 tuvo entrada al Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por remisión del órgano de contratación que lo había recibido el 13 de julio de 2018, recurso

especial en materia de contratación interpuesto por doña C.C.P., en nombre y representación de "IZASA HOSPITAL, S.A.U.", frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato referido junto con el expediente completo, así como el informe del órgano de contratación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "IZASA HOSPITAL, S.A.U." para interponer el presente recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 60.000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto previsto en los artículos 44 –apartados 1.a) y 2.a)– de la LCSP, y 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA). El acto es por tanto recurrible.

El recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta. La recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos, solicitando de este Tribunal que, con

estimación del mismo, se declare la nulidad de pleno Derecho de los mismos y del expediente de contratación.

El recurso se sustenta en la consideración de que la configuración de las especificaciones técnicas del Lote 5, posiciones 61, 62 y 63 que se hace en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) resulta discriminatoria y vulnera los principios de competencia y de máxima concurrencia, lo que fundamenta con cita de jurisprudencia sobre estos principios contractuales. Y a juicio de la recurrente dicha vulneración se produce porque las especificaciones técnicas que se exigen respecto a las mantas térmicas, consistentes en la determinación de unas medidas determinadas y en la existencia de unos orificios de drenaje, que según el recurrente no reportan beneficio alguno al paciente y no resultan necesarias para el correcto funcionamiento del producto, da lugar a una limitación a la concurrencia y al principio de igualdad de trato dado que tales características solo pueden ser cumplidas por un licitador. Por ello, a juicio de la recurrente, la configuración de dichas posiciones del Lote 5 sería determinante de la nulidad del PPT).

Por su parte, el informe del órgano de contratación señala que:

«A efectos de informar convenientemente, se ha solicitado aclaración por parte de esta Gerencia al responsable de Recursos de Materiales, quien emite informe con fecha 17 de julio, cuya copia se adjunta al presente expediente, en él se indica:
"Las mantas bajo paciente son utilizadas para el mantenimiento de la normotermia de los pacientes durante el perioperatorio, la pérdida de líquidos corporales derivado de la cirugía, así como, los líquidos utilizados en intervenciones quirúrgicas donde para su realización son necesarias grandes cantidades de líquidos (Ej. Resecciones

transuretrales urológicas), por estos motivos hacen que se produzca un acumulo de líquidos en la superficie de la manta que debe ser drenado, por lo que es necesario sistema de drenaje con orificios, lo que hace que este líquido pase hacia el cobertor de la mesa quirúrgica, evitando la acumulación de líquidos y manteniendo al paciente seco por los siguientes motivos:

- *como método de seguridad, proporcionando una superficie seca, evitando quemaduras eléctricas por el uso de bisturí eléctrico durante las intervenciones.*
- *prevención de hipotermia y pérdida de calor por conducción al estar el paciente sobre una superficie mojada".*

Según estudios de mercado, se acompañan fichas técnicas de varias firmas comerciales que distribuyen estas mantas con orificios de drenaje, en diferentes medidas, y que, por tanto, no son requisitos exclusivos de un único licitador.

En este sentido, la definición de los requisitos técnicos exigibles, ha de concretarse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferentes el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. La consecución de la necesidad administrativa que trata de satisfacer el contrato ha de realizarse de forma objetiva.

Según evaluación de las fichas técnicas de las diferentes casas comerciales que son suministradoras habituales de estos productos, se ha considerado que todas las medidas de las mantas térmicas que se disponen en el mercado, estarían encuadradas dentro del término "equivalente", de forma que no es un motivo de exclusión el hecho de

no disponer de las medidas exactas y así se cubrirían las necesidades clínicas de todos los servicios hospitalarios.

En consonancia, se concluye que las especificaciones técnicas contenidas en las posiciones 61, 62 y 63 permiten la apertura de los contratos públicos a la competencia y no crean obstáculos injustificados a la libre concurrencia, de acuerdo con las fichas técnicas aportadas por las diferentes firmas comerciales, que acreditan la existencia en el mercado de mantas térmicas con orificios laterales comercializadas».

Por su parte, el licitador "3M ESPAÑA, S.L." en su escrito de alegaciones, se opone al recurso sosteniendo la adecuación de los pliegos al ordenamiento contractual niega la afirmación de la recurrente que venimos analizando, y señala que por lo menos hay una empresa fabricante más, además de ella misma, adjuntando una imagen del catálogo y una foto de muestra del material de dicha empresa, como evidencia. También señala el escrito de alegaciones que:

«*La Administración Pública actúa investida de una Discrecionalidad Técnica que le faculta a la hora de definir sus necesidades, así como las prescripciones técnicas de los bienes y servicios con los que pretende dar respuesta a las mismas.*

Si la Administración contratante entiende que, en aras de asegurar la cobertura de la necesidad planteada, es preciso contratar el suministro de Mantas Térmicas con Orificios de Drenaje, en modo alguno puede el juicio interesado de la recurrente sustituir ese criterio técnico, arrogándose el derecho de definir ella las prescripciones técnicas obligatorias sobre la base de una serie de apreciaciones que, como se

ha demostrado en el presente escrito de Alegaciones, no se corresponden con la realidad.

Esta Discrecionalidad Técnica opera como un derecho que asiste a la Administración a la hora de determinar las condiciones esenciales que van a regir la licitación, previa definición de las necesidades a satisfacer por medio de la misma, y ni los potenciales interesados ni los Tribunales Administrativos pueden entrar a corregir dicho criterio, salvo cuando concurra desviación de poder o quiebra de los principios esenciales en Contratación Pública, circunstancias que, a la luz de lo explicitado, en modo alguno se dan aquí».

En primer lugar, es preciso señalar que quien hace una afirmación tiene la carga de probarla, como señala abundante y reiterada doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y en particular de este Tribunal, pudiendo citar, por todos, el Acuerdo 19/2018 de 13 de febrero, en donde se señala que «*los actos de la Administración Pública no pueden ser puestos en tela de juicio en base a meras conjeturas, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad*». En este caso, la recurrente se limita en su escrito a la mera afirmación sin acompañarla de prueba alguna, afirmación a la que se oponen la alegante y el órgano de contratación, que aportan fichas técnicas e imágenes de catálogo de otros fabricantes. Ello es suficiente para determinar el rechazo del motivo de impugnación objeto de estudio, pues no ha podido acreditar que exista un único licitador que pueda presentar proposición a las posiciones referidas del Lote 5 de manera competitiva, y por tanto, que hay limitación al principio de concurrencia y al de igualdad de trato.

No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, resulta necesario también traer a colación el hecho de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlos tal y como dispone el artículo 28.1 de la LCSP. Así lo ha manifestado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que cita la Resolución 688/2015, de 24 de julio, cuya doctrina resulta de aplicación al presente caso, donde se señala 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 definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, cuando señala 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. 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". 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». Y en este sentido también cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato. Y por último, procede citar sobre esta cuestión la Resolución 143/2018, de 9 de febrero, del TACRC, cuando señala: "Cuestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de

favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y las características de los productos o prestaciones que las satisfacen"».

Definidos así los casos en los que la definición del objeto y prestaciones no conculca la concurrencia e igualdad de trato, se aprecia que estamos ante uno de ellos, además de por lo antedicho relativo a que no sólo existe un licitador que pueda optar a la adjudicación, también por el hecho añadido de que el órgano de contratación ha justificado la necesidad de la exigencia de esos productos concretos. Así, todo ello lleva a este Tribunal a la consideración de que la definición del contenido del Lote 5 realizada por el PPT no vulnera los principios de igualdad de trato y de libre competencia ni limita la concurrencia.

En consecuencia, se ha de rechazar el motivo de impugnación analizado.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la

LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, "IZASA HOSPITAL, S.L.U.", frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Suministro de material para anestesia y ventiloterapia», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.