

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

En Madrid, a 24 de febrero de 2016.

**VISTO** el recurso interpuesto por don V.V.V., en nombre y representación de Libera Médica, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de suministro denominado “Adquisición de diverso material sanitario fungible con destino al Servicio SAMUR-Protección Civil” del Ayuntamiento de Madrid, expediente nº 300/2015/00735, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 16 y 21 de enero de 2016 se publicó respectivamente, en el DOUE y el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en diecisiete lotes, a adjudicar por procedimiento abierto, único criterio el precio y con un valor estimado de 587.403,58 euros. Previamente, el día 15 de enero, se había publicado en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid.

**Segundo.-** El 2 de febrero de 2016 la representación de Libera Médica, S.L., presenta ante al órgano de contratación escrito de interposición de recurso especial

en materia de contratación, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del expediente de contratación.

El recurso alega dos cuestiones, en primer lugar que las especificaciones técnicas establecidas para algunos de los productos son tan concretas que limitan la libre concurrencia. Pone como ejemplo dos productos, uno correspondiente al lote 5 y otro correspondiente al lote 12. Entiende la recurrente que los requisitos exigidos para esos productos resultan restrictivos para la libre concurrencia de los licitadores ya que están configurados de forma que sólo puede presentar oferta un licitador, concretamente, en el primer caso la empresa Linde y en el segundo la empresa Surgycal, únicas comercializadoras que cumplirían las condiciones exigidas.

En segundo lugar, sostiene que la agrupación de los productos en los diferentes lotes resulta artificial, ya que como ha indicado, hay ciertos productos que por su exclusividad deberían constituir un lote separado y no asociados a otros, impidiendo a las empresas presentar sus ofertas, al ser obligatorio concurrir al lote completo.

**Tercero.-** El Ayuntamiento remitió al Tribunal el recurso, una copia del expediente de contratación y el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP. El informe manifiesta que las especificaciones técnicas obedecen a necesidades concretas del servicio, *“admitiéndose tolerancia cuando es posible”* y que ningún artículo incluido en el expediente está sujeto a exclusividad por razones técnicas, cualquier distribuidor o fabricante del sector puede licitar.

En cuanto a la división en lotes, argumenta que se han agrupado aquellos artículos que se utilizan para una misma finalidad, facilitando la concurrencia porque permite que liciten tanto los fabricantes como los distribuidores.

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa Amebil, S.L. en el que afirma que ha ofertado las mascarillas de 7 concentraciones del lote 5, tal y como las especifica el PPT y que tienen conocimiento de que existen en el mercado otras compañías distribuidoras que disponen de mascarillas del modelo solicitado. Acompaña ficha técnica del producto ofertado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Libera Médica, S.L., para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP 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”*.

Se acredita igualmente la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP y PPT 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 2.a) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron puestos a disposición de los interesados mediante la publicación en el perfil, el 15 de enero de 2016 y el recurso fue interpuesto el 2 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, éste se concreta en determinar si la redacción de las prescripciones técnicas de determinados productos se adecúa a Derecho y si la agrupación de los productos en los diferentes lotes supone una restricción de la libre competencia.

Respecto del primer motivo de recurso este Tribunal debe señalar que la recurrente se refiere en términos excesivamente generales a la cuestión planteada. Alega: “las especificaciones técnicas de algunos productos son tan concretas (...)” y añade: “Ejemplos”.

El Tribunal al examinar las motivaciones de la recurrente, en este caso las especificaciones técnicas del PPT respecto de determinados productos, está sometido al principio de congruencia que preside sus actuaciones y al concreto petitum del recurso interpuesto, por lo que no puede acoger una afirmación de carácter general, sobre la que la recurrente exponga meramente unos ejemplos.

En consecuencia, debemos entender que las especificaciones impugnadas en el recurso, se refieren al lote 5, “Mascarillas y Accesorios de Oxigenoterapia” y concretamente a los productos: “Mascarillas siete concentraciones” y respecto del lote 12, “Desinfección”, en cuanto al producto “Desinfectante de superficies en spray” que son los “ejemplos” traídos a colación por la recurrente.

El PPT en su Anexo I, establece la siguiente descripción técnica para las Mascarillas de siete concentraciones, tanto en su variedad de adulto como infantil, productos que forman parte del lote 5, objeto de impugnación:

### *“3. REQUERIMIENTOS*

*Cada mascarilla contiene:*

- Una careta facial para adulto con adaptador de nariz. Translúcida. Está unida al dosificador por un tubo corrugado flexible, terminado con una rótula móvil que permite elegir la posición más cómoda y segura para el paciente.*
- Un único dosificador no desmontable, que permite la selección entre 7 concentraciones distintas (24%, 26%, 28%, 31%, 35%, 40% y 50%), las más comunes en la práctica médica +/-5%.*
- Un tubo de conducción de oxígeno en PVC transparente, estriado en su interior”.*

*Alega la recurrente sobre la exigencia de que la mascarilla vaya unida al dosificador por un tubo corrugado flexible “que el tubo puede ser prescindible, y se da el caso de que sólo hay una empresa que cumpla con esta prescripción, que es Linde. Por otro lado, en lo que respecta al dosificador, se solicita un único dosificador no desmontable, que permite la selección entre 7 concentraciones distintas (24%, 26%, 28%, 31%, 35% 40% y 50%), las más comunes en la práctica médica +/- 5%, siendo igualmente Linde la única empresa que lo cumple”.*

*Según informa el SAMUR, respecto de las características mencionadas, “la mascarilla de siete concentraciones se requiere con tubo corrugado flexible para optimizar los procedimientos y ajustarlos a las condiciones en las que se presta el servicio, no es un elemento prescindible. En cuanto a las concentraciones, se indican los volúmenes con los que se trabaja habitualmente, si bien se admiten otros, por eso se indica la tolerancia del 5%. En cualquier caso es un producto que se encuentra en el mercado y que se considera que puede ofertarlo cualquier licitador, de hecho en anteriores procedimientos más de una empresa ha ofertado un producto adecuado a las características expresadas en este pliego”.*

*En cuanto al “Desinfectante de superficies en spray” del lote 12, las especificaciones recogidas en el Anexo I del PPT son las siguientes:*

*“Composición (Ingredientes Activos):*

*Dióxido de Cloro en solución acuosa al 0,1%.*

*Aplicación:*

*Fácil manejo.*

*Se aplica directamente a las superficies, y se deja actuar el tiempo correspondiente.*

*Acción:*

*Amplio espectro: Bactericida, Viricida, Fungicida, y Esporicida en 30 segundos.*

*Listo para su uso.*

*Se descompone en una solución de sal simple.*

*Conservación:*

*Recipientes separados para la solución base y la activa permitiendo la conservación a temperatura ambiente, alejado de la luz directa solar, hasta la fecha de caducidad”.*

En este caso, la recurrente alega que *“se trata de características, algunas únicas y todas recogidas directamente de la ficha técnica del Tristel Jet de Vessimin, ofertado por la empresa Surgycal, habiendo resultado adjudicataria en estos últimos años, y siendo la única empresa que lo comercializa”.*

El Ayuntamiento por su parte, señala que el desinfectante de superficies en spray descrito se considera el más adecuado para el servicio, permite poner en servicio, con las garantías y en el tiempo necesarios, un recurso imprescindible que está operativo en la vía pública y que no admite tiempos mayores para la desinfección. De igual forma, no es un producto que comercialice en exclusiva una empresa.

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

igualmente 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, que en el considerando 29 establece que *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de los contratos públicos 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 (...)”*.

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”*.

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 exigen ciertos requisitos determinados 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 las prescripciones exigidas, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

En el caso que analizamos, respecto de las mascarillas del lote 5, si bien es cierto que las especificaciones exigidas resultan bastante detalladas y copiadas de



un folleto y que la posibilidad de modificar las características del producto, aún cumpliendo las funcionalidades establecidas por el PPT, es muy limitada, la recurrente no explica si existen productos en el mercado que cumpliendo las mismas funcionalidades prescindan del tubo exigido o si otras concentraciones serían también aceptables.

Por otro lado, las alegaciones recibidas de la empresa Amebil, S.L. prueban que el producto analizado puede ser ofertado por una pluralidad de empresas y que por tanto las características exigidas no suponen vulnerar el principio de libre competencia.

En consecuencia debe desestimarse el recurso por este motivo.

Por lo que respecta al limpiador de superficies en spray del lote 12, si bien la recurrente no aporta documentación alguna que pruebe sus afirmaciones, el Tribunal ha constatado que la descripción de las características y la presentación del producto, en dos envases, coincide con el folleto del producto Triste Jet de Vesismín, sin que en este caso exista posibilidad de ofertar otras presentaciones.

Este Tribunal ha señalado en multitud de ocasiones que es una práctica reprochable establecer las prescripciones técnicas de un producto reproduciendo el texto de un catálogo o la descripción de un fabricante. Es lo que ha ocurrido en este caso, como se desprende de la utilización en el pliego de determinadas expresiones. No obstante, corresponde al recurrente la carga de la prueba que permita al Tribunal llegar al convencimiento de que esas prescripciones además suponen una vulneración del principio de competencia y de igualdad de trato respecto del resto de licitadores porque implican la imposibilidad de cumplimiento por el resto de las empresas del sector.

Nada aduce la recurrente, en este caso, salvo el hecho de que las prescripciones técnicas coinciden con la descripción en un catálogo del producto

indicado, argumentación que no puede llevar al Tribunal a la conclusión de que solo una empresa puede suministrar el producto, que por otro lado, se trata de un limpiador de uso común. Tampoco indica qué características de las descritas impiden la concurrencia o limitan la licitación o finalmente qué producto es el suyo, que cumpliría las funcionalidades exigidas con otra composición o formato. Nada de ello es alegado, como tampoco el órgano de contratación motiva que esas prestaciones y no otras son las necesarias para la satisfacción de las necesidades existentes.

Ante esta situación, no le queda al Tribunal más alternativa que desestimar el recurso, puesto que no ha quedado acreditada en modo alguno, la vulneración de los principio de la contratación, alegada por la recurrente.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 V.V.V., en nombre y representación de Libera Médica, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de suministro denominado “Adquisición de diverso material sanitario fungible con destino al Servicio SAMUR-Protección Civil”.

**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 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.