

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

En Madrid, a 2 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Resona, S.A.U., contra los pliegos rectores del contrato de “servicios para la realización de resonancias magnéticas para pacientes del Hospital Universitario de La Princesa”, número de expediente P.A. 9/2023 HUP, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 23 de enero de 2023 en el Perfil del Contratante del Hospital Universitario de La Princesa, alojado en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 465.900,00 euros y su plazo de duración será de doce meses.

Segundo.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el 16 de febrero de 2023, habiendo presentado oferta al procedimiento siete licitadores, entre ellos, la recurrente, que presentó proposición el día 15 de febrero.

Tercero.- El 10 de febrero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Resona, S.A.U., en el que solicita la nulidad de los pliegos por incluir una prescripción limitativa de la libre competencia. Se solicita asimismo la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del presente recurso.

El 14 de febrero de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación del lote 1 se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 16 de febrero de 2023, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido a la conveniencia de resolver sobre el fondo del asunto antes de proceder a la apertura de ofertas.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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 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 que ha presentado oferta a la presente licitación, pero que, con carácter previo a la presentación de la misma, interpuso recurso especial contra los pliegos que considera contrarios a Derecho, por tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, en virtud de lo establecido por el 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 fueron publicados el 23 de enero de 2023 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y el recurso fue interpuesto en este Tribunal el 8 de febrero de 2023, 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 el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso este versa sobre la limitación a la libre concurrencia contraria al artículo 126.1 de la LCSP, que supone la exigencia para el lote 1 de disponer de una conexión entre los sistemas RIS-PACS del centro y del Hospital.

Alega la recurrente que tanto el PCAP como el PPT exigen ese requisito para el lote 1, de forma que únicamente pueden presentar oferta para dicho lote aquellas empresas que tengan conexión entre los sistemas RIS-PACS del centro y del Hospital Universitario de La Princesa para el paso de información, tanto en la cita como en la devolución de informe e imágenes, colocando en una posición de ventaja a determinadas entidades en detrimento de otros licitadores. Sin embargo, este requisito no se exige para los lotes 2 y 3, permitiendo a los licitadores en este caso aportar un compromiso y establecer la conexión en un plazo menor de 15 días desde la adjudicación del contrato.

Considera que esta exigencia para el lote 1 no se encuentra justificada ni en los pliegos ni en el informe/memoria económica, lo cual, a su juicio, responde a que *“tiene que resultar imposible de justificar un requisito tan radical aplicado a uno sólo de los lotes mientras que para el resto se declara que es perfectamente realizable en menos de quince días”*.

Apunta, asimismo, que en anteriores licitaciones también se limitó la posibilidad de participación, por lo que cuatro mercantiles fueron excluidas por no tener activada tal conexión (se aporta acta de la mesa en la que se acordaron las exclusiones) y que, para evitar futuras exclusiones, con fecha 20 de mayo de 2022 la recurrente pidió a HUP poder llevar a cabo la conexión entre los sistemas RIS-PACS. El 07 de junio de 2022 el Departamento de Contratación respondió que para el próximo año la intención era la de no externalizar estas pruebas, pero que, si cambiase la necesidad y hubiese que convocar un nuevo contrato, avisarían con tiempo para que el Hospital pudiese tener la conexión a tiempo, lo cual no ha sucedido a pesar de sacar nueva licitación (se adjuntan correos intercambiados como documentación aneja al recurso).

Convocada la nueva licitación, la recurrente volvió a solicitar la conexión, sin que hasta la fecha de interposición del recurso, se les haya permitido.

En definitiva, considera que el requisito de existencia previa de conexión entre los sistemas RIS-PACS del centro y del Hospital Universitario de La Princesa, requisito cuya exigencia no se ha justificado para el lote 1, vulnera lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LCSP, y da lugar, innegablemente, a una situación discriminatoria, en tanto que se excluye de la participación *ab initio*, conculcando los principios básicos de la contratación pública; proporcionalidad, concurrencia, igualdad y no discriminación. Por otro lado, la reiteración de esta exigencia en sus convocatorias, sin permitir el acceso a nuevos licitadores, se repite desde hace años, lo cual no minimiza la dependencia del Hospital Universitario de La Princesa de las entidades que, de forma continua durante años, son las constantes adjudicatarias de este servicio. Considera esta práctica contraria a la doctrina reiterada del TACRC, citando, por todas, la resolución nº 1548/2022, de 15 de diciembre de 2022.

Por su parte, el órgano de contratación alega que su intención era la de no externalizar la realización de estas pruebas, prueba de ello es que en fecha 2 de junio de 2022 se adjudicó el suministro de dos equipos de resonancia; si bien la contratación de las obras necesarias para la adecuación de los espacios para la implantación de los nuevos equipos se ha demorado mucho más de lo previsto, razón por la cual se ha tramitado la licitación que nos ocupa, pues no se contaba con equipos propios en funcionamiento.

Señala que el proceso de integración entre los sistemas informáticos del hospital y los de los centros externos, que han realizado en ocasiones previas, ha durado más de tres meses, por lo que se ha solicitado en pliego el requerimiento de la conexión previa ya establecida.

En relación a la solicitud de conexión de la recurrente, señala que el informe del servicio de informática, solicitado para contestar al recurso, indica que para poder establecer conexión con una empresa externa al hospital, es necesario enviar el Formulario de Acceso a la red de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y en este documento se indica que *“las conexiones se establecerán desde o hacia*

entidades con las que el organismo promotor de la Consejería de Sanidad haya establecido acuerdos (convenios o contratos)”.

Vistas las alegaciones de las partes, procede transcribir las cláusulas del pliego objeto de controversia:

El pliego de prescripciones técnicas, dentro del apartado 4 denominado *“Requisitos específicos para los diferentes lotes”*, establece en el apartado 4.1.5 que, para el lote 1, que tiene por objeto la realización de RM simples (de cabeza y cuello, columna y extremidades), *“Debe existir conexión entre los sistemas RIS-PACS del centro y del hospital universitario de La Princesa, de forma que se garantice el correcto paso de información tanto en la cita como en la devolución de informe e imágenes en tiempo real, cumpliendo así la ley de protección de datos”.*

Este requisito no se contempla en los apartados 4.2 y 4.3 en los que se recogen los requisitos específicos para los lotes 2 y 3, que tienen por objeto, respectivamente, la realización de RM simples en equipo abierto y de RM complejas en equipo abierto.

Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares, establece una pluralidad de criterios de adjudicación para cada lote, siendo comunes a los tres lotes los criterios precio y proximidad al Hospital. Para los lotes 2 y 3 se recoge un tercer criterio que no se aplica al lote 1, referido a la *“Conexión al sistema RIS-PACS del Hospital de la Princesa”*, valorable con una puntuación de hasta 10 puntos, en dos tramos:

- Existencia de conexión: 10 puntos.
- Compromiso de establecer la conexión en un plazo menor a 15 días desde la adjudicación del contrato: 7 puntos.

Partiendo de esta regulación que realizan los pliegos y, atendiendo a que la recurrente considera vulnerados los principios de libre concurrencia, igualdad entre licitadores y no discriminación, debe comprobarse si la estipulación técnica que recoge

el requisito de conexión para el lote 1 impide o restringe la libre competencia injustificadamente, teniendo en cuenta que los pliegos no sólo determinan los aspectos sobre los que se valorarán las ofertas a efectos de su clasificación, sino además, la posibilidad de acceder a la licitación.

Para ello debe partirse de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar el objeto del contrato atendiendo a sus necesidades de contratación y a su conocimiento sobre la mejor forma de satisfacerlas, sin que quepa, como ya señaló el TACRC en sus resoluciones 156/2013, de 18 de abril, 194/2013, de 23 de mayo, y más recientemente en la resolución 468/2019, de 11 de mayo, la sustitución de esta discrecionalidad técnica por el criterio subjetivo del licitador: *“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”*. Esta doctrina, de la discrecionalidad técnica, ha sido compartida por este Tribunal en numerosas resoluciones, pudiendo citarse como caso más reciente el de nuestra resolución 79/2023, de 23 de febrero.

Ahora bien, esta discrecionalidad técnica encuentra su límite en el respeto a los principios que rigen la contratación pública, establecidos en el artículo 1 del LCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación, igualdad de trato entre licitadores y salvaguarda de la libre competencia, de forma tal que el órgano de contratación deberá justificar, de forma objetiva y razonable, la idoneidad de las especificaciones previstas en los pliegos, evitando aquellas que, siendo innecesarias, limiten la concurrencia. Todo ello en conexión con lo establecido por el artículo 126.1 del mismo texto legal, que señala que las prescripciones técnicas 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.

Siguiendo el criterio de los tribunales de resolución de recursos contractuales de no considerar contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación, dentro de los principios y requisitos de la LCSP, la restricción a la competencia que pudiera suponer una determinada prescripción técnica no supondría, con carácter general, una vulneración de los principios de libre competencia o de igualdad de trato, sino solo en aquellos casos en que no encontrara suficiente justificación. Así se recoge en la resolución nº 128/2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuando señala: *“Y es que la mayor o menor apertura de los contratos públicos a la competencia no supone, en todo caso, una infracción de los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato cuando la supuesta menor apertura encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate y dichas necesidades están además debidamente justificadas en el expediente (...)”*.

En el caso que nos ocupa, la necesidad administrativa que trata de satisfacerse a través de la presente contratación es reducir la lista de espera en la realización de pruebas diagnósticas a través de resonancia magnética simple, simple en equipo abierto o compleja en equipo abierto. Y, para ello, parecería necesaria la conexión entre los sistemas RIS-PACS del centro y del Hospital.

En contra de lo que señala Resona S.A.U., el requisito de existencia previa de conexión entre los sistemas RIS-PACS del centro y del Hospital Universitario de La Princesa, sí se ha justificado para el lote 1: el pliego de prescripciones técnicas justifica el requisito de conexión entre los sistemas RIS-PACS del centro y del hospital de La Princesa, en la garantía del correcto paso de información tanto en la cita, como en la devolución de informe e imágenes en tiempo real, cumpliendo así la ley de protección de datos, lo cual podría resultar razonable. Sin embargo, lo que no ha hecho ni la memoria ni los pliegos del contrato es justificar la inclusión de la exigencia de este requisito para el lote 1 y el establecimiento de dicha conexión como criterio de adjudicación en los lotes 2 y 3.

Alude el órgano de contratación en el informe que acompaña al expediente, a que el proceso de integración entre los sistemas informáticos del Hospital y los de los centros externos que han realizado en ocasiones previas ha durado más de tres meses, si bien este argumento se desvirtúa desde el mismo momento en que los pliegos otorgan puntuación a aquellos licitadores en los lotes 2 y 3, que se comprometan a establecer dicha conexión en un plazo menor a los 15 días desde la adjudicación del contrato.

A la vista de lo anterior, se constata que, siendo necesaria esta conexión para la ejecución del contrato, podría sustituirse la exigencia inicial de conexión por un compromiso de los licitadores de establecer la misma en un plazo determinado desde la adjudicación, como se ha hecho para los otros dos lotes, sin que, como sí señala el recurrente acertadamente, encuentre justificación objetiva la restricción a la libre apertura de la licitación a la competencia que se ha producido en el lote 1, en comparación con los otros dos lotes del contrato que persiguen dar satisfacción a la misma finalidad de reducción de la lista de espera en la realización de estas pruebas diagnósticas. Si para los lotes 2 y 3 la finalidad del contrato quedaría satisfecha por aquellos licitadores que establezcan su conexión con posterioridad al fin del plazo de presentación de ofertas, no se encuentra motivación suficiente en el expediente que justifique la exigencia de esa conexión como requisito de presentación de oferta únicamente para el lote 1, considerándose que dicha cláusula no es conforme a Derecho al infringir los principios de libre competencia e igualdad entre licitadores.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Resona, S.A.U., contra los pliegos rectores del contrato de “servicios para la realización de resonancias magnéticas para pacientes del Hospital Universitario de la Princesa”, número de expediente P.A. 9/2023 HUP, anulando los pliegos que rigen la licitación al no quedar justificada la conexión exigible para el lote 1 en el apartado 4.1.5 del PPT, que no resulta exigible para los otros dos lotes, en los términos recogidos en el fundamento jurídico quinto.

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.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del lote 1 acordada por este Tribunal mediante acuerdo sobre medidas provisionales adoptado el 16 de febrero de 2023.

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 59 de la LCSP.