



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 012/2016

Acuerdo 19/2016, de 2 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA, S.L.U, frente al procedimiento de licitación denominado «Suministro de material sanitario general diverso», convocado por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de enero de 2016 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Suministro de material sanitario general diverso», convocado por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza (en adelante el Hospital), contrato de suministros, tramitado por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, con un valor estimado global, para los dos lotes en que se divide la licitación de 830 837,97 euros, IVA excluido.

El anuncio se publica en el Perfil de contratante el 21 de enero y en el BOE de 1 de febrero de 2016. El plazo de presentación de ofertas finaliza el día 23 de febrero de 2016.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) que rige la licitación incluye, en el lote 2 «*Material sanitario diverso*», la siguiente descripción de los materiales objeto de impugnación:

«Posición 15, material 1334:

Ácido hialurónico para administración intra-articular (20 MG/ML), en jeringa precargada de 3 ML. estéril.

Posición 16, material 30176:

Ácido hialurónico para administración intra-articular (8-10 MG/ML), en jeringa precargada de 5-6 ML. estéril».

TERCERO.- El 18 de febrero de 2016, D. Luciano Moscardini, en nombre y representación de LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA, S.L.U. (en adelante FIDIA), interpone ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial contra los Pliegos de la licitación.

Considera FIDIA que la descripción en el PPT de los dos materiales que son objeto de recurso impide la concurrencia, en condiciones de igualdad, de todos los licitadores en el mercado, al incluir características que limitan la posibilidad de presentar oferta a más de un licitador.

En concreto, la recurrente afirma que respecto al lote 2, posiciones 15 y 16, sólo cumplen las prescripciones técnicas las siguientes empresas:

- a) Al lote 2, posición 15, que requiere una concentración de 20 MG/ML; sólo lo cumple Durolane, de Bioventus/Zambon.
- b) Al lote 2, posición 16, que requiere una concentración de 8-10 MG/ML; sólo lo cumple Synvisc One, de Sanofi.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Afirma la recurrente que dispone de dos productos que, aunque sean aptos para cumplir con el objeto del contrato, y en última instancia con la finalidad del procedimiento de contratación, su oferta resultaría automáticamente excluida por no cumplir las prescripciones técnicas del PPT.

Sostiene también que, sin poner en duda la amplitud de la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración al fijar las prescripciones técnicas, está supeditada a su justificación en los correspondientes estudios e informes de los técnicos expertos en la materia específica, con la obligación de velar en la descripción contenida en el PPT por el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato.

Por ello, argumentan que atendiendo a la inexistencia de ventajas técnicas y/o económicas que sustenten la configuración de las prescripciones técnicas de dichas partidas, debe modificarse el PPT, permitiendo la apertura del mercado y la posibilidad de que todas las empresas que dispongan de un producto adecuado para el cumplimiento de los fines que se persiguen, puedan presentar su oferta en condiciones de igualdad.

Por lo expuesto solicita la anulación del procedimiento, y una nueva redacción de las condiciones y términos de los Pliegos.

CUARTO.- El 18 de febrero de 2016, el Tribunal solicita al Hospital, de conformidad con lo previsto en 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), la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

completo, acompañado de un informe del órgano gestor al recurso. El 19 de febrero de 2016 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

QUINTO.- El 25 de febrero de 2016, la Secretaria de este Tribunal administrativo, se dirige, por correo electrónico, al Hospital, para solicitar el listado en el que consten los licitadores presentados, a cada uno de los dos lotes en los que se divide la licitación, cuyo plazo de presentación finalizaba el 23 de febrero de 2016. El Hospital remite al Tribunal la información solicitada el 26 de febrero de 2016. En el listado recibido consta que, al lote nº 2, posición 15, se han presentado cuatro licitadores, incluyendo a la recurrente; y al lote nº 2, posición 16, se han presentado cinco licitadores, incluyendo a la recurrente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA, S.L.U. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su objeto social y sus pretensiones, puede tener interés en presentarse a la licitación.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Se cuestiona en el recurso la descripción técnica exigida para dos materiales, que entiende la recurrente limita indebidamente la concurrencia en el mercado y genera una situación de desigualdad.

Es doctrina reiterada de este Tribunal administrativo, desde su Acuerdo 1/2011, que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de *«no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia»*.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que, el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad.

En este sentido, el Acuerdo 6/2011, de 23 de mayo, de este Tribunal administrativo, ya estimó el recurso interpuesto contra determinadas características técnicas impuestas en los pliegos que crean obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, por limitar el mercado a dos suministradores y por ser características



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

excluyentes, que si bien podían ser objeto de valoración, no pueden insertarse como motivo de exclusión de licitadores. Y recientemente, en el Acuerdo 6/2016, de 18 de enero, se estimó un recurso frente a una licitación de ese mismo Hospital por restricción de la competencia, recordándose en dicho Acuerdo, la importancia que tiene el informe del órgano de contratación al recurso para refutar, contradecir o desmentir, con argumentos o razones, lo que argumenta o dice el recurrente.

A las prescripciones técnicas se refiere 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 el considerando 74, en los siguientes términos:

«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, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios.»

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. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo.»

Y, en el artículo 42, de la misma norma, se establece de forma clara que *«las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

económicos 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», y además, expresamente se dispone que:

«Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 3. Dicha referencia irá acompañada de la mención “o equivalente”».

En el mismo sentido, el artículo 117 TRLCSP.

Las prescripciones, o especificaciones técnicas, constituyen el medio idóneo para favorecer o entorpecer la competencia. Los gestores de la contratación deben ser especialmente cautelosos en su definición, de forma que permitan la mayor competencia posible, que redunde en términos de eficiencia económica, de conformidad con el considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE. Las especificaciones técnicas deben ser *flexibles* y garantizar la posibilidad de diseño por los licitadores, así como que sus funcionalidades puedan ser obtenidas con otros productos. También deben formularse en términos funcionales o de rendimiento, de ahí que deban evitarse: a) especificaciones discriminatorias, garantizando neutralidad, flexibilidad y soluciones equivalentes; b) especificaciones técnicas excesivas —si las especificaciones técnicas son desproporcionadas para la satisfacción



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de las necesidades identificadas por la autoridad contractual, puede quedar en evidencia el respeto a la libre competencia— y; c) siempre deben llevar la mención «equivalente».

La salvaguarda de la libre competencia, en cuanto manifestación del interés público de observancia obligada por los poderes adjudicadores, debe ponerse en relación con los restantes principios de la contratación pública. Nuestro TRLCSP, coloca en plano de igualdad la salvaguarda de la libre competencia, la selección de la oferta económicamente más ventajosa y los restantes principios de la contratación pública; de libertad de acceso, publicidad y transparencia de las licitaciones, y no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, o la eficiente utilización de los fondos públicos.

TERCERO.- Hechas estas consideraciones generales, procede analizar si las prescripciones técnicas de los materiales 13341 y 30176 del lote 2 del procedimiento recurrido —que se reproducen en el antecedente de hecho segundo— cumplen con los criterios que se acaban de señalar.

El Director de Gestión del Sector Zaragoza III, en su informe al recurso de 16 de febrero de 2016, argumenta y expone las razones que han llevado a la exigencia de las distintas prescripciones técnicas objeto de impugnación, pero lo hace desde una fundamentación genérica.

A juicio de este Tribunal, si existe una razón científica, técnica o médica que exija una determinada concentración o proporción de ácido hialurónico, el órgano de contratación debe explicar porqué se exige dicha concentración y no otra distinta, más o menos amplia, pero en este caso sólo afirma que *«el hospital elige para su utilización aquellos*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

materiales que mejor se ajustan a sus necesidades dentro del catálogo general de productos existente en el Servicio Aragonés de Salud».

El informe del Hospital sostiene la legalidad de los pliegos sobre la base de que los dos materiales recurridos están autorizados y codificados por el Servicio Aragonés de Salud en su catálogo único de productos, indicando que en el actual catálogo de materiales del Salud, existen otros cuatro materiales —además de los recurridos— que responden a la descripción básica de «ácido hialurónico».

La recurrente detalla que, a la vista de las prescripciones exigidas, sólo una empresa cumple en cada posición con lo requerido. Y especifica tanto el producto como la empresa que, a su juicio, podrá presentarse a la licitación. Sin embargo, esta afirmación no es rebatida por el órgano de contratación, más allá de afirmar que el Hospital conoce que existen al menos dos posibilidades distintas en el mercado para uno de los materiales recurridos, que cumplen con los requisitos técnicos.

No es argumento suficiente, para uno de los dos materiales objeto del recurso, considerar que pueden presentarse dos empresas y no mencionar nada en relación al otro. Además, aunque resulta obvio que, con carácter previo a la licitación, no se puede conocer el número de ofertas que van a realizarse a un material dado, también lo es que, si se analiza el resultado de licitaciones precedentes, sí que se puede constatar el número de empresas que se han presentado a las distintas posiciones y materiales.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución nº 62/2011, de 28 de septiembre, señala: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la LCSP, relativo a la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

necesidad e idoneidad del contrato, corresponde al órgano de contratación la definición de las necesidades a satisfacer y determinar las características de los productos a suministrar.(...) 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 éstos, 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». Por ello, considera el Tribunal de la Comunidad de Madrid — con criterio compartido por este Tribunal— que sólo en el caso de que exista un único licitador que pueda cumplir con los requisitos técnicos establecidos, existirá limitación del principio de concurrencia, y por tanto, vulneración de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP.

Pues bien, del análisis del listado de licitadores presentados a las posiciones impugnadas, se constata que al lote 2, posición 15, se han presentado cuatro licitadores, incluyendo a la recurrente; y al lote 2, posición 16, se han presentado cinco licitadores, incluyendo a la recurrente. De los hechos se concluye que el número de licitadores presentados indica la existencia de concurrencia. Carece pues de fundamento la argumentación y pretensión de la recurrente.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por D. Luciano Moscardini, en nombre y representación de LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA, S.L.U, frente al procedimiento de licitación denominado «Suministro de material sanitario general diverso», convocado por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.