Recurso nº 150/2019 C.A. de La Rioja 19/2019
Resolución nº 542/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.A.M.C.C. en representación de MEDICIMAD, S.L. contra *"los pliegos*" relativos a la licitación convocada por el Servicio Riojano de Salud para contratar el *"suministro de material fungible con destino al Área Quirúrgica del Hospital San Pedro",* en relación con el lote 2, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En virtud de acuerdo del órgano de contratación de 11 de enero de 2019, se procedió a la aprobación del expediente de contratación del suministro de material fungible con destino al Área Quirúrgica del Hospital San Pedro, con número de expediente 15-3-2.01-0019/2019 y un valor estimado de 2.290.172,13 euros.

Segundo. De acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el citado expediente se corresponde con un contrato de suministro que debe adjudicarse mediante un procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada.

Tercero. La licitación del suministro de material se distribuía en 34 lotes.

Cuarto. El procedimiento de licitación fue objeto de publicación simultánea en el perfil del contratante y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de enero de 2019.

Quinto. Con fecha 4 de febrero de 2019, tiene entrada en registro del Ministerio de Hacienda escrito firmado por D.A.M.C.C. en representación de MEDICIMAD, S.L., mediante el que

AVDA. GENERAL PERÓN, 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

interpone recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos relativos a la licitación convocada por el Servicio Riojano de Salud para contratar el suministro de material fungible con destino al Área Quirúrgica del Hospital San Pedro.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 18 de febrero de 2019, la Secretaria de este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba suspender el procedimiento de contratación, en relación con el lote 2, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencia de Recursos Contractuales, firmado el 30 de julio de 2012 y publicado en el BOE de 18 de agosto de 2012 en virtud de Resolución del Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas de 2 de agosto de 2012.

Segundo. Constituye el objeto de la impugnación los pliegos relativos a la licitación convocada por el Servicio Riojano de Salud para contratar el suministro de material fungible con destino al Área Quirúrgica del Hospital San Pedro, en relación con el lote 2.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2.a) de la LCSP, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deben regir la contratación pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación.

Respecto del contrato, éste se configura como un contrato de suministro con valor estimado de 2.290.172,13 euros, por lo que el acto mencionado en el artículo 44.2. letra a) de la LCSP dictado en el procedimiento relativo a este contrato podrá ser objeto de recurso especial en materia de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.1. letra a) de la LCSP.

Tercero. Se han cumplido los requisitos de plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP para la interposición del recurso.

Cuarto. En cuanto a la legitimación de la recurrente, ésta es una sociedad que, en principio, se encuentra habilitada para participar en el procedimiento de licitación que ha sido convocado por los pliegos que se recurren. Concurre por ello en la recurrente el requisito de legitimación exigido en el artículo 48 de la LCSP.

Quinto. Sobre el fondo del asunto, la recurrente expone que el contrato ha sido indebidamente calificado como un contrato de suministro; considera que la falta de desglose del coste de algunos de los elementos integrantes del lote atenta contra el principio de transparencia; finalmente, añade que la configuración del lote imposibilita la entrada de competidores y genera un efecto discriminatorio.

Sexto. Por parte del órgano de contratación, se ha presentado un informe defendiendo la adecuación a Derecho de la actuación impugnada.

Séptimo. Conviene comenzar recordando que este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (por todas, Resolución 1201/2018) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran.

Octavo. Expuesto lo anterior y centrándonos en la calificación del contrato previsto en los pliegos que se impugnan, su objeto quedó descrito del siguiente modo en el Cuadro de Características:

"Suministro de material fungible con destino a el Área Quirúrgica del Hospital San Pedro, adscrito al Servicio Riojano de Salud. Incluye la cesión y el mantenimiento de equipos de electromedicina."

El recurrente sostiene que la cesión de los equipos de electromedicina no puede considerarse como lícito objeto de un contrato de suministro. Alega que como mínimo sería un contrato mixto, y que el suministro de los fungibles sería accesorio respecto de la cesión de los equipos.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 16.1 de la LCSP, *"son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles."*

La calificación de la cesión del equipo como arrendamiento dependerá, en última instancia, de la existencia de un precio; precio que consistirá en aquél que el licitador ofrezca por el conjunto del lote.

En consecuencia, este Tribunal no ve motivo alguno por el que la cesión del equipo de electromedicina no pueda formar parte del objeto de un contrato de suministro por lo que se desestima este motivo de recurso.

A este respecto, procede reproducir las alegaciones del órgano de contratación sobre la necesidad de contratar conjuntamente fungibles y la cesión de los equipos, para poder disponer de los citados medios de forma eficiente:

> *"Una de las transformaciones más notables y extendidas de la cirugía actual es la sustitución de la cirugía abierta por la laparoscópica cada vez en más tipos de procedimientos. Eludiendo por motivos obvios la perspectiva clínica que es la relevante y, a pesar de que tampoco es este el lugar en el que exponer el impacto que dicha transformación ha causado sobre el gasto en recursos materiales, compensado con el ahorro en los días de hospitalización y otros muchos aspectos, si resulta oportuno tratar someramente de un elemento sine qua non de esta cirugía mínimamente invasiva: la torre de laparoscopia, cuya utilización es imprescindible y de cuya calidad depende en gran medida el éxito del diagnóstico y de los procedimientos quirúrgicos realizados vía endoscópica.*
>
> *Simultáneamente, esta revolución tecnológica que mencionábamos ocasiona que la mayor parte de los procedimientos de las especialidades médico-quirúrgicas se realicen además de mediante vía laparoscópica, con un instrumental cuyo manejo está asistido por equipos de electromedicina inteligentes, valga decir con software.*

Este hecho se traduce en que la adquisición del gran parte del instrumental de estas especialidades debe vincularse a uno u varios equipos de electromedicina, con la condición de que el instrumental de una marca comercial rara vez es compatible con el aparato de electromedicina de otra y viceversa. Para afrontar esta compra puede optarse por la adquisición independiente o conjunta. Si se opta por el modo independiente, la compra del primer elemento (el equipo de electromedicina, habitualmente) es competitiva, la del segundo (el instrumental) está determinada por la anterior, solo cabría recurrir al procedimiento negociado por exclusividad por motivos técnicos y el importe sería innegociable, queda en manos del contratista. En este supuesto, además, el mantenimiento del equipo corre a cargo del órgano de contratación. Y, finalmente, cuando el equipo quede obsoleto, lo que va a ocurrir con total seguridad mucho antes del fin de su vida útil, el órgano de contratación tendrá que volver a comprar otro equipo con las innovaciones tecnológicas del momento y vuelta a empezar.

Por los motivos anteriores, este órgano de contratación opta por plantear la entrega conjunta del instrumental quirúrgico y los equipos de electromedicina, mediante la fórmula de convocar ambos elementos en el mismo lote. El coste total se paga a través del instrumental, el equipo es cedido por la empresa, que asume el mantenimiento integral del mismo. Pasado el periodo de ejecución del contrato, si el equipo ha quedado obsoleto, se vuelve a convocar un nuevo expediente, con independencia de si el contratista ha amortizado totalmente o no el equipo o, si sigue resultando productivo, se puede optar por un negociado sin publicidad por motivos técnicos con los importes del fungible revisados a la baja. El órgano de contratación no está cautivo, puede analizar diversas opciones y elegir el procedimiento de contratación que estime más conveniente para el interés público".

Reitera nuevamente el órgano de contratación, en la página 4 de su informe, que:

"Como se ha expuesto en los párrafos que encabezan este escrito, la convocatoria conjunta de los equipos y el material fungible es la única, resaltamos, única forma de adquirir este tipo de suministros mediante un procedimiento abierto. El motivo es totalmente ajeno al órgano de contratación. Un equipo necesita un fungible y el fungible

necesita el equipo, ninguno de los dos funciona de forma independiente. Las empresas, salvo excepciones que no vienen al caso, fabrican equipos compatibles única y exclusivamente con el fungible de la misma marca. Ese es un hecho al que no puede sustraerse este órgano de contratación. Si el hospital adquiere los equipos mediante un procedimiento abierto, la compra del fungible debe realizarse obligatoriamente al mismo proveedor. Tan determinante es la relación que el hospital no tiene que adquirir ningún equipo porque, en la mayor parte de los casos, las empresas proponen la entrega de los equipos sin cargo alguno o a importes simbólicos, para que el órgano de contratación se vea obligado a adquirir el fungible en las condiciones que ellas imponen, mediante procedimiento negociado por exclusividad, sin posibilidad de negociar nada, ni mucho menos el precio.

La otra opción, convocar la licitación de un material fungible sin disponer del equipo es todavía más disparatada. Una vez adjudicado el fungible para el equipo "X", ¿cómo se adquiere ese equipo "X" que vende una única empresa? De nuevo mediante un procedimiento negociado por exclusividad y de nuevo sin que exista la mínima posibilidad de negociar nada y el precio lo que menos.

Este órgano de contratación se ha esforzado al máximo para adquirir mediante un procedimiento abierto este tipo de suministros. Honestamente, no ha hallado una forma más abierta a la libre concurrencia y más transparente que esta. Considera que no existe discriminación ni se levanta barrera alguna a los licitadores, más bien, al contrario, se intenta salvar los obstáculos que plantea la adquisición de equipos cuyo fungible sólo puede ser de la misma marca que los equipos".

También procede traer a colación nuestra Resolución TACRC 577/2018, en la que se desestimó un motivo de recurso similar:

"Sexto. FENIN advierte que la configuración de las distintas prestaciones del contrato, de las cuales sólo será objeto de retribución el suministro de material fungible para realizar las pruebas de diálisis, es contrario a los artículos 2 y 87.1 del TRLCSP.

Las prestaciones del contrato comprenden tanto un suministro de material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis, como la cesión de los equipos necesarios para su realización, el mantenimiento de los equipos y la formación de los usuarios, estas últimas serán sin coste para la Administración, que únicamente abonará los suministros necesarios para las pruebas.

El recurso funda esta pretensión en los fundamentos de la Resolución 133/2014, de 21 de febrero y la Resolución 48/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

El artículo 87 del TRLCSP, dispone que: "1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración".

El apartado 2 del anexo de Características del Pliego define el objeto del contrato diciendo: "suministro de material fungible necesario para la realización de las sesiones de diálisis (hemodiafiltración on line/hemodiálisis expandida, hemodiálisis de alto flujo, hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con heparina y hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con citrato) en el

Hospital La Fe", así como, la cesión de los equipos necesarios para su realización, su mantenimiento y la formación de los usuarios, sin coste para la Administración."

El PCAP contiene, a diferencia de lo que ocurría en la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos de Andalucía, todas las prestaciones que son objeto del contrato, y advierte que algunas de estas, no llevan coste para la Administración, configurando la retribución en consideración a los usos que de los equipos pueda hacerse, considerando que este uso está directamente relacionado con la prestación principal del contrato que no es otra que el suministro del material necesario. Esta fórmula que configura la retribución del contratista no resulta contraria al artículo 87 del TRLCSP que permite fijar el precio en consideración a parte de las prestaciones del contrato y considerando precios unitarios referidos a los componentes de la prestación. En definitiva, sin perjuicio de la incorrecta determinación del precio, en consideración con el número de sesiones de diálisis que realice el hospital, no se aprecia infracción alguna cuando el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación que permite reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así, si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello. De manera que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones cual es el suministro de los elementos necesarios para las pruebas de diálisis, toda vez que este suministro tiene una relación que revela la utilización de los equipos que se suministran y el mantenimiento de estos. La formación en el uso de los equipos será una prestación accesoria necesaria en todo contrato que comprende la cesión de una maquinaria técnica.

La configuración de los precios de la forma prevista en el PCAP no resulta contraria al carácter oneroso del contrato, que requiere que la contraprestación de una parte lo sea en consideración con la prestación de la otra. A juicio del Tribunal, el PCAP permite a los licitadores hacer un cálculo del precio del suministro a ofertar en consideración al conjunto de prestaciones que conforman el objeto del contrato.

En consecuencia, este argumento debe ser rechazado".

Noveno. A continuación, el recurrente sostiene que la falta de desglose en la Memoria de los costes del arrendamiento de los equipos atenta contra el principio de transparencia.

El Tribunal no comparte la argumentación del recurrente. La Memoria económica y el informe del órgano de contratación al recurso afirman categóricamente que en el importe total del lote se han tenido en cuenta, tanto el coste del material fungible, como el del arrendamiento. Tal actuación no atenta contra el principio de transparencia toda vez que se exponen los importes por lote, los precios unitarios de cada artículo, y los conceptos que incluyen, y no se exige una oferta económica desglosada para los fungibles y la cesión de los equipos.

El motivo de recurso se desestima.

Décimo. Finalmente, el recurrente argumenta que la configuración del lote limita la competencia, y ello en la medida en que la mejora prevista debe incluir algunos sistemas (NBI y Endoeye) que, según el recurrente, pueden únicamente ofrecerse por una empresa.

Comenzando por el análisis de la referencia que se efectúa al sistema Endoeye, se observa que el pliego indica que el licitador podrá ofertar una "*torre de endoscopia de alta definición con procesador de video con NBI, fuente de luz LED, cabezal de cámara, carro de transporte, monitor de al menos 27", sistema de grabación portátil y compatible con sistema de óptica ENDOEYE"*.

Por su parte, el órgano de contratación indica que el servicio de ORL está dotado con un sistema "Endoeye" para técnicas transorales propiedad del hospital, por lo que es conveniente, e incluso necesario, que la óptica de la torre sea compatible con dicho sistema para obtener del mismo el máximo rendimiento; en otro caso ese sistema quedaría infrautilizado. Por lo que le consta a este servicio de contratación, la mayor parte de las torres disponibles en el mercado pueden ser compatibles con dicho sistema.

De lo hasta aquí expuesto, se extrae que no aparecen razones concluyentes que permitan apreciar a este Tribunal que la anterior exigencia pueda generar un efecto discriminatorio: nos

encontraríamos ante un sistema compatible con "*la mayor parte de las torres disponibles en el mercado"* y que, además, resulta necesario para aprovechar las funcionalidades de los sistemas que actualmente tiene el hospital. Por tanto, su exigencia se encuentra justificada, resulta razonable y no genera un efecto discriminatorio.

En relación con el sistema NBI, el órgano de contratación reconoce que se trata de un nombre comercial, si bien argumenta que es habitual llamar a un determinado producto por el nombre comercial de aquél que se halle más extendido, sin que ello implique que sólo se vayan a aceptar equipos con esa denominación.

Esta justificación no resulta convincente. Efectivamente, puede ser habitual en el lenguaje coloquial llamar a un determinado producto por el nombre comercial de aquél que se halle más extendido, pero a la hora de definir las características que debe reunir un determinado equipo o una determinada prestación, no puede admitirse semejante confusión, ya que es evidente que puede generar un indeseable efecto de restricción de la competencia.

Resulta necesario subsanar la referencia al citado sistema, sustituyéndola por otra que asegure al licitador la posibilidad de presentar equipos que dispongan de otros sistemas equivalentes al sistema NBI.

En consecuencia, este motivo de impugnación debe ser estimado parcialmente en los términos que han sido expuestos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.A.M.C.C. en representación de MEDICIMAD, S.L. contra *"los pliegos*" relativos a la licitación convocada por el Servicio Riojano de Salud para contratar el *"suministro de material fungible con destino al Área Quirúrgica del Hospital San Pedro"*, anular la expresión "*con procesador de video NBI*" de la

página 5 del PPTP, relativa al sublote 2.2, en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Décimo de esta Resolución, y retrotraer el procedimiento al momento previo a su aprobación.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 2 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta 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.