



**Recurso nº 263/2022**

**Resolución nº 412/2022**

**Sección 2ª**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 31 de marzo de 2022.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. M. G. P. , en nombre y representación de MEDTRONIC IBÉRICA, S.A., contra los pliegos que regulan el “*Suministro de implantes quirúrgicos para cirugías de columna para los Hospitales de FREMAP-Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61*”; Expediente número LICT/99/139/2021/0170, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), así como en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

**Segundo.** En fecha 10 de febrero de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público los pliegos que regulan el suministro de implantes quirúrgicos para cirugías de columna para los Hospitales de FREMAP-Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61.

En el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), se indica –con relación a los lotes que se mencionan– lo siguiente:

“Lote 1:

*Descripción técnica del producto*



*Sistema de Fijación Vertebral Lumbar para los Hospitales de FREMAP.*

(...)

- *Mecanismo de cierre universal (dinamométrico sin rotura) en todos los implantes de tipo helical flange invertida, tipo T27.*

(...)

- *Todo el instrumental utilizado para la implantación de los tornillos deberá estar diseñado para poder realizar una monitorización intraoperatoria (mv5) a través de este.*

(...)

Lote 2:

*Descripción del producto*

*Sistema de Fijación Toracolumbar para los Hospitales de FREMAP.*

(...)

- *Instrumental de última generación en un máximo de dos contenedores.*

(...)

- *Sonda pedicular doble con recubrimiento de Diamolith para evitar rotura, que se doble.*
- *Terrajas opcionales recubiertas de Diamolith (recubrimiento de carbono) que las hace más duras y evita reflejos.*

(...)

Lote 3:

*Descripción del producto*

*Sistema de Fijación Vertebral Lumbar Percutáneo para los Hospitales de FREMAP.*



(...)

- *Tulipas tornillos con ocho puntos de enganche a las chimeneas que permitan estabilidad en rotación y evitar desengancharse.*

(...)

- *Guías de rescate especial.*

(...)

- *Reductor de barra controlado pile driver”.*

El citado apartado 3 del PPT, tras exponer las características de cada Lote, termina previendo que:

*“El licitador deberá presentar la Ficha técnica completa de los productos objeto de suministro, en español, mediante la cual deberá ser posible la comprobación de las características técnicas de los mismos. Esta documentación se deberá presentar en el criterio no cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas, específicamente en el criterio 2. Calidad técnica de los productos y del instrumental, del lote que corresponda.*

*Será excluido del procedimiento de adjudicación el licitador cuyos productos no cumplan las características técnicas mínimas exigidas en el presente Pliego.*

*NOTA: Si alguna de las características determina un modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación para la presentación de las ofertas, dicha indicación deberá entenderse como equivalente, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión previa (...).”*

**Tercero.** Con fecha 3 de marzo de 2022, se interpone recurso especial en materia de contratación por MEDTRONIC IBÉRICA, S.A., (en adelante, “MEDTRONIC”) contra los pliegos que rigen la citada licitación.

**Cuarto.** El órgano de contratación ha remitido informe sobre el recurso interpuesto, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, instando su desestimación.



**Quinto.** Se ha dado traslado para alegaciones a los interesados con fecha 9 de marzo de 2022, sin que se hayan recibido alegaciones.

**Sexto.** Con fecha 16 de marzo la Secretaria General del Tribunal acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, en relación con los lotes 1, 2 y 3, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 47.1 de la LCSP, al ser la Mutua colaboradora con la Seguridad Social un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública al tratarse de una Entidad Colaboradora de la Seguridad Social; es decir, vinculada con una Administración Pública respecto de la cual este Tribunal es competente.

**Segundo.** En cuanto a la legitimación de la recurrente, este Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio 2013).

En efecto, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

En este sentido, y como se afirma en la Resolución 1166/2019, de 21 de octubre, de este Tribunal: *“La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente*



*licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras)”.*

Pues bien, en el presente caso la recurrente no ha presentado oferta, como se desprende de la relación de licitadores que obra al expediente, si bien se ha justificado por la recurrente la posibilidad de concurrir a la licitación atendiendo a su objeto social, y su recurso reúne los requisitos establecidos por la doctrina recién extractada, en tanto que la controversia versa sobre características potencialmente discriminatorias para acceder a la licitación en pie de igualdad.

**Tercero.** El acto impugnado son los pliegos, según el recurso del recurrente. Dado que el valor estimado supera los 100.000 euros, el acto recurrido es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP, habiendo sido interpuesto el recurso en plazo.

**Cuarto.** Entrando ya en el fondo del recurso, cabe destacar que la recurrente aduce que –en los lotes nºs 1, 2 y 3– las características técnicas de obligado cumplimiento de los suministros contienen descripciones precisas de productos patentados por determinado fabricante, en las que se alude incluso a nombres comerciales, que hacen imposible el cumplimiento del PPT por la práctica totalidad de licitadores disponibles en el mercado, con la única excepción de quienes dispongan de ese único producto descrito en los lotes de dicho pliego.

En particular, se refieren en relación al Lote nº 1, a la exigencia de Implante de tipo Helical Flange con cierre sin rotura, y a que la instrumental ofertada sea apta para la monitorización intraoperatoria (mv5), por entender que Helical Flange y “mv5” son productos patentados.

Respecto al Lote nº 2, se cuestiona que el envase de la instrumental se contenga en dos contenedores, así como que la sonda pendicular doble y las torrajas opcionales estén cubiertas de Diamolith (producto patentado).

Por último, en cuanto al Lote nº 3, censura la exigencia de tulipas tornillos con ocho puntos de enganche, guías de rescate especial, y de reductor de barra controlado “pile driver”, que consideran son soluciones técnicas correspondientes a determinadas marcas comerciales.



Analizan asimismo la posibilidad de ofertar alternativas que serían, en su opinión, admisibles en lugar de las exigidas en el PPT.

A tal efecto, aporta los catálogos, fichas técnicas y páginas webs de la única fabricante del producto que se exige en los lotes 1, 2 y 3, considerando que el mencionado Pliego se limita a transcribir literalmente la información comercial de dichos productos.

Incide, asimismo, en que en pliegos de la licitación anterior no constaba ninguna de las referencias comerciales y patentes.

**Quinto.** Este Tribunal, en ocasiones, y en virtud de un principio antiformalista, ha admitido la posibilidad de identificar un producto o proceso concreto a condición de que exista una justificación razonable y se incluya la fórmula “o equivalente”. Exponente de esta posición es la Resolución 225/2011, de 15 de septiembre, que señala:

*“El análisis del precepto transcrito nos debe permitir adoptar criterio respecto de las alegaciones formuladas por las partes. Ante todo, es necesario aclarar que su finalidad no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.*

*Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión ‘o equivalente’, con el objeto de permitir presentar ofertas de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.*

*(...) En el caso presente, el órgano de contratación recuerda en su informe lo indicado en el punto 1.2 del Anexo I del PPT que “las referencias y envases se indican como orientativas de las características de calidad mínimas que deben tener los artículos ofertados por los distintos licitadores”. Por tanto, no existe una intención de obtener un producto determinado alterando*



*la libre competencia, sino el mero uso de un nombre comercial como referencia de las características técnicas demandadas para un concreto suministro con admisión expresa de que no se agotan en ese singular producto utilizado a los únicos fines de ilustrar el envase y propiedades buscadas en las ofertas de los licitadores.*

*Igualmente, se ha de tener en cuenta que el recurso no explica y concreta la lesión que causa al licitador la referencia a un producto determinado con expresa admisión de poder ofrecer otros productos equivalentes.*

*Téngase en cuenta que los licitadores podrán requerir, al amparo del artículo 138 de la LCSP, aclaraciones al órgano de contratación sobre las especificaciones técnicas requeridas para el producto demandado e identificado mediante la referencia de una marca, o incluso preguntar durante el plazo de preparación de ofertas si otro producto o envase se ajusta al PPT.*

*En definitiva, procede desestimar el presente recurso, aunque el órgano de contratación no haya justificado el empleo excepcional de una marca o producto concreto para identificar una parte del objeto del suministro, en el caso concreto, la expresa admisión de que dicha mención es puramente orientativa, sin que excluya o impida formular proposiciones con otros productos de similares propiedades técnicas, y, la existencia de otros mecanismos para permitir el acceso a la licitación de cualquier interesado, impiden que dicha actuación acarree la medida extrema de la anulación del PPT”.*

Pues bien, cabe considerar que la nota incluida en el apartado 3 *in fine* del PPT, tras describir las características técnicas de cada lote, al declarar que: “(s)i alguna de las características determina un modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación para la presentación de las ofertas, dicha indicación deberá entenderse como equivalente, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión previa” cumple los requisitos de la doctrina expuesta según los términos del artículo 126.6 de la LCSP, lo que conduce a advenir el pliego impugnado al no impedir la concurrencia efectiva de la recurrente a la licitación, máxime habiendo podido acudir ésta a la vía de aclaración de los pliegos del artículo 138 de dicha norma legal.

Por otra parte, en cuanto a la conveniencia de emplear una u otra solución técnica, no puede sino recordarse que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe



configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate, sin que se aprecie, a la vista del informe del órgano de contratación que las exigencias derivadas del PPT carezcan de fundamento. En este punto, destaca especialmente que –contrariamente a lo indicado en el recurso– no se exige que el material se incluya en dos contenedores, sino que *como máximo* se incluya en hasta dos (pudiendo ser menos), lo cual obedece a la operativa del propio quirófano y la necesidad de maximizar el espacio libre en el mismo y minimizar la esterilización del material.

Finalmente, a mayor abundamiento, tampoco asiste la razón a la parte actora cuando sostiene la infracción contenida en el meritado pliego consistente en la alusión a determinadas patentes y nombres comerciales por cuanto que, además de la nota común al conjunto de características técnicas por la que igualmente ha de considerarse admisible cualquier otra solución equivalente al ser tal mención orientativa, dicha parte se limita a enunciar el precepto legal que entiende vulnerado –con la mera cita de algún pronunciamiento al respecto por este Tribunal– sin llegar a ofrecer razón alguna de por qué consideran tales Resoluciones extrapolables al presente caso ni, lo que es más importante, demostrar que el suministro en cuestión sólo puede adquirirse de un licitador; al contrario, según manifiesta el órgano de contratación en su informe las características técnicas –en lo que se refiere al lote nº 3– son idénticas al anterior contrato (basado en un previo acuerdo marco) para cuya adjudicación fue invitada la aquí recurrente –tras su homologación, junto con otras once empresas– mas no así la fabricante del material, que no fue seleccionada para dicho acuerdo marco.

Todo lo cual conduce a rechazar el presente recurso.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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



**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. M. G. P. , en nombre y representación de MEDTRONIC IBÉRICA, S.A., contra los pliegos que regulan el “Suministro de implantes quirúrgicos para cirugías de columna para los Hospitales de FREMAP-Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61”; Expediente número LICT/99/139/2021/0170.

**Segundo.** Alzar la medida cautelar acordada, ex 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 multa 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.