

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

En Madrid, a 7 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Baxter, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones publicados el 7 de marzo de 2022, y que regirán la adjudicación del contrato de *“suministro de dializadores, líneas y material fungible, cesión de equipamiento, dispositivos y monitores necesarios para la hemodiálisis en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón”* número de expediente PA SARA-SUM 005/22 este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid el día 7 de marzo de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.400.000 euros y su plazo de duración será de dos años, prorrogable hasta un máximo de cinco años.

El plazo de licitación concluye el 5 de abril de 2022.

Segundo.- El 25 de marzo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Baxter, S.L., en el que solicita la nulidad de los pliegos de condiciones por vulneración de los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores.

Tercero.- El 30 de marzo de 2022, 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de fecha 31 de marzo de 2022.

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 potencial licitador, “*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*” (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 el anuncio de licitación y la puesta a disposición de los licitadores de los pliegos de condiciones se produjo el 7 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 25 de marzo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de suministros 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 se basa en la imposibilidad de licitar por parte del recurrente al presente procedimiento debido a que las características técnicas de los equipos o elementos a suministrar son exclusivos de dos marcas comerciales, concretamente una por cada lote.

Considera que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 126 de la LCSP al describir los elementos de forma tan precisa que solo un licitador puede participar en el procedimiento y a la ausencia del término “*o similar*”, en el apartado 1 de la cláusula 1 del PCAP.

Todo ello conlleva a solicitar por parte del recurrente la nulidad de los pliegos al vulnerar estos de forma patente los principios básicos de la contratación pública de libre competencia y concurrencia.

Invoca numerosas Resoluciones de distintos Tribunales de Contratación, donde se anulan os pliegos de condiciones por el motivo que alega.

El órgano de contratación en su escrito de contestación al recurso informa al Tribunal de la situación de mercado de los suministros que se pretenden adquirir.

Se transcribe dicha información: *“Debe tenerse en cuenta, por parte del Tribunal, que el mercado de la hemodiálisis (y, por lo tanto, de los dializadores) es reducido, siendo las empresas fabricantes que están en condiciones de suministrar el material muy pocas:*

- BAXTER
- FRESENIUS
- NIPRO
- PALEX
- B.BRAUN MEDICAL

Cada una de ellas con un tipo de dializador propio, específico, exclusivo y con patente registrada, diferenciado de los del resto de empresas a través del tipo de material que compone la membrana. Cada dializador tiene sus características propias, pues, y los servicios clínicos optan por la utilización de uno o de varios de ellos en función de las necesidades asistenciales a cubrir.

El mercado de estos productos está formado por estas empresas, de las que ninguna de ellas se puede considerar como PYME, objeto de especial promoción y protección en el preámbulo de la propia Ley de Contratos”.

Añadiendo que la justificación de la división en lotes está basada en la necesidad de contar con dializadores de diferentes tipos de forma que se pueda escoger aquel que más adecue a cada paciente.

Manifiesta asimismo el criterio técnico utilizado para elegir de entre los cinco sistemas a los escogidos de polinefrona y de helixona. Asimismo manifiesta la

posibilidad de haber dividido el contrato en cinco lotes respondiendo cada uno al sistema patentado de las cinco empresas, tal y como han efectuado otros hospitales en distintos expedientes de contratación, pero en el caso que nos ocupa el órgano de contratación ha considerado que utilizar cinco sistemas distintos complicaría en exceso el trabajo y los resultados del departamento de hemodiálisis en ese Hospital concretamente.

Por último, trae a colación distintos expedientes de contratación en los que se ha considerado que el equipo de Baxter era el adecuado o bien se ha dividido en cinco lotes dando entrada a todos los productores y donde la recurrente no ha realizado impugnación alguna.

Invoca la Resolución de este Tribunal 96/2022, de 10 de marzo, por la que Baxter, S.L., como recurrente ve estimada su pretensión de división en lotes del contrato homónimo al que nos ocupa, en ese caso promovido por el Hospital Universitario 12 de octubre, que considera necesaria la división en lotes del contrato aunque admite la competencia del órgano de contratación para su diseño.

Vistas las posiciones de las parte hemos de admitir por evidente la explicación dada por el órgano de contratación de que cada una de las empresas tiene registrado y por ende en exclusividad un tipo distinto de dializador.

A la vista de esta manifestación en un primer momento podríamos pensar que nos encontramos ante la imposibilidad de licitar por razones de exclusividad técnica.

De este modo el procedimiento abierto utilizado en este caso, cede a procedimientos especiales como sería el negociado sin publicidad por razones técnicas establecido en el artículo 168 a) 2º de la LCSP.

Este artículo establece que se utilizara el procedimiento negociado sin publicidad y a un solo licitador: *“Cuando las obras, los suministros o los servicios solo*

puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicaran cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

Es ilustrativo comprobar como grandes centros sanitarios optan por dividir los contratos en cinco lotes y así definir en cada uno de ellos cada dializador existente en el mercado, de forma tal que no se vea limitada la concurrencia, pues concurren todos, cada uno a su lote respectivo, solución salomónica pero efectiva, práctica y conforme con la legalidad.

Esta realidad conlleva a que todos los sistemas si no iguales si sean similares entre sí.

La consideración de un suministro como exclusivo ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Europeo que en esencia vienen a establecer los siguientes requisitos:

- La prueba de la exclusividad corresponde al poder adjudicador (STJUE de 14/9/2004 (as. C-385-2002. Comisión-Italia).
- La justificación ha de ser fehaciente y verdadera. (STJUE de 2 de junio de 2005 C394/2002. Comisión- República Helénica).
- Protección de derechos exclusivos no basta como justificación. (STJUE de 3 de mayo de 1994, C-328/1992, Comisión-España). Esta sentencia considera que no es suficiente como justificación que los productos estén protegidos, por

derechos exclusivos, es necesario que además solo puedan estar fabricados por un único empresario o entregados por un proveedor único.

La carga probatoria la detenta el poder adjudicador que considera exclusivo el producto o servicio de un determinado licitador. Para alcanzar la certeza de encontrarnos ante un único proveedor de la necesidad pública concreta podemos acudir a los registros de marcas, patentes o propiedad intelectual. Quien ostente dicha titularidad será el único proveedor que pueda prestar el suministro o realizar el servicio.

Una de las materias más tratadas por los Tribunales de Contratación ha sido el campo de los medicamentos. Así se manifiesta el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo número 29/2016, de 14 de junio, en relación con la adquisición de determinada vacuna. En este caso la Agencia Europea del Medicamento considera a dos vacunas distintas perfectamente indicadas para su utilización preventiva de determinada enfermedad en la infancia, no obstante, el Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra se decide por una de las marcas alegando exclusividad en su formulación. Esta resolución trae a colación el informe N° 35/06, de 30 de octubre, de la Junta de Contratación Administrativa donde se señala que la utilización de un procedimiento sin publicidad será posible sólo en aquellos casos en que es imposible promover la concurrencia. Siendo esta la razón última determinante del procedimiento. Esta prueba o justificación deberá figurar en el expediente y será el promotor de la contratación quien tendrá la obligación de la prueba, sin por supuesto poder acudir a causas generales o abstractas para su justificación.

En este caso concreto no podemos considerar las diferencias de los materiales en los que se fabrican los dializadores les condicionen de forma tal que adquieran la categoría de exclusivos y pierdan la de similares entre ellos, interpretación que además se avala con el hecho cierto y expuesto por el órgano de contratación de que

los grandes hospitales dividen este objeto de contrato en cinco lotes, definiendo en cada uno de ellos cada uno de los materiales existentes en el mercado.

Por lo tanto no apreciamos motivación ni justificación alguna para limitar la competencia entre los cinco potenciales licitadores.

Se ha de admitir la competencia del órgano de contratación para describir sus necesidades tal cual establece el artículo 28 de la LCSP, así como para dividir el contrato en un número determinado de lotes, tal y como establece el artículo 29 del mismo texto legal, pero a su vez solo la exclusividad del producto a suministrar evitaría que se cumpliesen la prescripciones establecidas en el artículo 126.6 de la LCSP, en cuanto a la imposibilidad de definir el suministro de forma tal que solo una empresa pueda licitar.

Es especialmente ilustrativa la Resolución 620/2016 del Tribunal Administrativo Central que establece: *“(...) Sin duda, la concurrencia sirve para mejorar las proposiciones económicas de los licitadores, no así las situaciones de monopolio. Por tanto, de no existir una verdadera razón que avale la introducción de criterios técnicos que reduzcan la participación, ésta última debe ser siempre la principal premisa en la contratación, pues es a través de la misma por la que se consiguen beneficios directos, como el puramente económico, e indirectos, como son la innovación, productividad y desarrollo (especialmente importante en el ámbito científico)”*.

En el expediente que nos ocupa no se desprende que se haya justificado debidamente la exclusividad técnica de los dos licitadores descritos ni la necesidad clínica que determine el haber limitado el objeto de los lotes a dos tipos de dializadores determinados, lo que tan sólo puede ser cumplido por dos casas comerciales, una en cada lote, lo que supone la vulneración de los artículos 1 y 132 de la LCSP y, en consecuencia la nulidad de los pliegos.

La verdadera razón por la cual el Hospital elige dos de ellos, es por razones más tácticas de gestión del servicio que médicas, ya que el prescribir a cada paciente un tipo de dializador según sus necesidades, solo podría admitirse en el caso de haber dividido el contrato en cinco lotes, dando así entrada a los cinco tipos de dializadores existentes.

Llegamos al convencimiento de que los cinco tipos de dializadores son únicos entre sí, pero también alternativos todos ellos, se evidencia el incumplimiento por parte de los pliegos de condiciones que rigen esta licitación del artículo 126.6 de la LCSP y a su vez de los principios generales de la contratación pública de igualdad entre licitadores y libre concurrencia por lo que se estima el recurso anulando los pliegos de condiciones que rigen esta licitación, a fin de que el órgano de contratación opte por definir los dializadores de forma tal que no limiten la libre concurrencia de los 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 Baxter, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones publicados el 7 de marzo de 2022, y que regirán la adjudicación del contrato de *“suministro de dializadores, líneas y material fungible, cesión de equipamiento, dispositivos y monitores necesarios para la hemodiálisis en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón”* número de expediente PA SARA-SUM 005/22 , anulando los pliegos de condiciones que rigen esta contratación.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 31 de marzo de 2022.

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.