

**RECURSO 67/2022
RESOLUCIÓN 110/2022**

Resolución 110/2022, de 28 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Carl Zeiss Meditec Iberia, S.A.U., contra los pliegos que rigen el procedimiento de contratación del suministro de material para la realización de cirugía de cataratas (con lente y viscoelástico incluido), glaucoma y queratoplastia, para el Hospital Clínico Universitario de Valladolid (Expediente nº: 2020012523).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- El 25 de abril de 2022, se publica el anuncio de licitación junto con los pliegos, del suministro de material para la realización de cirugía de cataratas (con lente y viscoelástico incluido), glaucoma y queratoplastia, para el Hospital Clínico Universitario de Valladolid.

Posteriormente, los pliegos fueron rectificados, siendo publicada la rectificación el 4 de mayo de 2022.

Segundo.- El 18 de mayo de 2022 tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, un recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. yyy, en nombre y representación de Carl Zeiss Meditec Iberia, S.A.U., contra el lote 1 de los pliegos que rigen la contratación.

En el recurso se impugnan, por considerarse discriminatorias, las cláusulas del pliego de prescripciones técnicas (PPT) en las que se hace referencia a los "hápticos en L modificada" y a un sistema de precargado desechable, "accionado por CO2". Se considera que con "la actual redacción de los Pliegos, no se admiten propuestas de hápticos similares, que pueden cumplir las mismas funciones, y con ello, solo existe una empresa que pueda

resultar adjudicataria, puesto que todas las demás, resultarían excluidas por no cumplir los requisitos técnicos mínimos". Igualmente, se indica que se exige una lente con un sistema de inyección automatizado, "precargado y desechable, accionado por CO2", característica (accionado por CO2), exclusiva de una única empresa.

Por todo ello, se considera que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 126 LCSP, en cuanto que los pliegos establecen unos requisitos técnicos mínimos excesivos, no justificados en términos de rendimiento y exigencias funcionales, que impiden la presentación de ofertas que reflejen diversidad de soluciones técnicas, y que constituyen, por tanto, un obstáculo a la libre competencia.

Tercero.- En la misma fecha, se incorpora el recurso al registro de expedientes con el número 67/2022 y se requiere al órgano de contratación para que en el plazo de dos días hábiles remita a este Tribunal el expediente, acompañado del correspondiente informe y de la dirección de correo electrónico de todas las empresas licitadoras interesadas.

Cuarto.- El 13 de junio de 2022 se recibe en este Tribunal el expediente, la dirección de correo electrónico de todas las empresas licitadoras interesadas y el informe del órgano de contratación, que se opone a la estimación del recurso por los motivos que en él indica.

Quinto.- Mediante Acuerdo 32/2022, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se estima la solicitud de suspensión del procedimiento de contratación.

Sexto.- Concedido trámite de audiencia a los interesados, Alcon Healthcare, S.A.U. presenta alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- De conformidad con lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante

LCSP) corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León resolver los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan frente a los contratos y los actos que sean susceptibles de impugnación por esta vía especial.

La competencia de este Tribunal viene determinada también por el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La empresa está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, en cuanto sus intereses pueden verse afectados por la licitación convocada (artículo 48 de la LCSP), y está acreditada su representación.

3º.- El análisis de los requisitos de admisión del recurso permite concluir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP, se ha interpuesto contra un acto recurrible: el contenido de los pliegos de un contrato de suministro por un valor estimado de 1.218.571,20 euros, por ello superior a 100.000 euros.

El recurso especial se ha interpuesto en el plazo legalmente previsto.

4º.- El artículo 126.1 de la LCSP establece que "Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, 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".

A su vez el apartado 6 señala que "Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones 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 empresario 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 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»”.

De este precepto se deduce que si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de las necesidades o funcionalidades que se pretendan satisfacer, no pueden establecer disposiciones cuyo objeto sea impedir injustificadamente el acceso a la licitación o limitar la concurrencia.

Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones:

1. Que se establezcan unas exigencias técnicas que de hecho solo puedan ser cumplidas por un único producto o sean accesibles para un único licitador o en condiciones tan gravosas para los interesados que supongan una barrera efectiva a la concurrencia.

2. Que tales requerimientos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente necesarios para satisfacer la finalidad perseguida por el contrato, la cual podría quedar igualmente cumplida con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

La determinación de los criterios técnicos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen, por lo que no pueden ser sustituidas por un licitador o por los órganos administrativos o judiciales de revisión.

Así, este Tribunal tiene una abundante doctrina sobre el contenido de las prescripciones técnicas (por todas, las Resoluciones 19, 20, 60 y 61/2014; 69/2015; 12, 72 y 80/2016; 19 y 95 /2017, y 19/2019, de 21 de febrero). En ella se establece que la libre determinación de los criterios técnicos, en los términos referidos, tiene su límite en la normativa de contratación pública y los principios de igualdad y libre concurrencia, lo que no se produce en los pliegos analizados.

La discrecionalidad del órgano de contratación para configurar el contrato y sus límites, responde a lo exigido en el artículo 99.1 de la LCSP, que señala que "El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten".

5º.- En cuanto al fondo del asunto, la empresa recurrente considera discriminatorias y contrarias a la libre competencia las cláusulas del PPT que contienen ciertas características técnicas mínimas para el lote 1 que son exclusivas de una única empresa.

a).- Respecto a los "hápticos en L modificada", indica que son exclusivos de Alcon Healthcare, S.A.U. Concretamente, la lente Clareon® Autome ACRYSOF SN6CWS, que tal y como se detalla en su catálogo, presenta unos hápticos en forma de L-modificada.

Mantiene que "los hápticos en L-modificada responde a una denominación más comercial que técnica. Aunque estos hápticos tengan características diferenciadoras de los hápticos de otras lentes, eso no justifica llamarlos de manera diferente (L-modificada) ya que cumplen las características típicas de los hápticos en C-loop o C-modificada".

b).- Respecto a la característica técnica exigida sobre el automatizado de inyección, indica que dentro del cuadro de características del pliego modelo de cláusulas administrativas particulares, (PCAP), en su punto "6.- Naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer", se establece que: "La lente tiene un sistema de inyección automatizado, es un mecanismo precargado y desechable, accionado por CO2."

Manifiesta la recurrente que "Dicha característica (accionado por CO2), también es exclusiva de la misma empresa, puesto que Autome es el

primer y único sistema de inyección de lente precargada, automatizado y desechable”.

El informe del órgano de contratación señala respecto a la exigencia de “hápticos en L modificado”, que se pretende con esta característica disponer de “lentes con óptima estabilidad rotacional en saco capsular por diseño de los hápticos”. Indica que “Esta funcionalidad, como el resto de las exigidas en el PPT, tiene como objetivo dotar a nuestros pacientes del producto que aporte mayor protección y mejora de la calidad y cantidad visual, así como reducir las visitas postoperatorias y procedimientos terapéuticos”.

Añade que la definición “hápticos en L modificado” se ha considerado en los pliegos “una descripción técnica, no comercial, siendo una tarea imposible, desde el punto de vista técnico, diferenciar, en algunos casos, estos aspectos, así como conocer el material disponible en el mercado”.

Por último, manifiesta desconocer “si pueden existir otras empresas que cumplan esta característica. No obstante, del espíritu de los pliegos, puede entenderse, que se admiten productos similares o equivalentes que cumplan el objetivo que se pretende satisfacer con la forma específica del hápticos”.

Respecto a la necesidad de optar por una lente precargada en sistema automatizado de inyección, indica que su necesidad viene dada por el incremento de la seguridad durante la intervención quirúrgica y la facilidad del manejo por parte de los cirujanos, por la posibilidad de cargado de la lente incluso con el mínimo entrenamiento, de la inyección de la lente con una sola mano, manteniendo la viabilidad de usar la otra para ayudar a través de la paracentesis, y por la velocidad de inyección controlada con la posibilidad de desplegado lento de la lente para permitir una colocación más controlada.

Por último, indica que la “característica ‘accionado por CO2’”, no forma parte de las características técnicas del material a suministrar sino que viene recogida en el PCAP (...), al no estar incluida en el PPT como requisito mínimo, no excluye las ofertas que no la cumplan”.

Por su parte Alcon Healthcare, S.A. indica que la exigencia de los dos elementos está avalada desde el punto de vista técnico y clínico, y que no se ha acreditado que sólo exista un único proveedor y fabricante en el mercado.

6º.- Como se ha señalado, el referido el apartado 6 del artículo 126 de la LCSP establece que las prescripciones técnicas no deben hacer referencias a marcas, patentes o tipos de los objetos del suministro, siendo imperativo que los defina ya en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, ya por referencia a especificaciones técnicas, o mediante la combinación de ambos métodos, en los términos fijados por el apartado 5.

Por ello, la LCSP permite especificar los bienes objeto del suministro mediante marcas, patentes o tipos, cuando así lo justifique el objeto del contrato o, con carácter extraordinario, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible de los bienes en la forma ordinaria prevista en el artículo 126.5 LCSP, en cuyo caso la referencia a marca, patente o tipo ha de ir acompañada de la mención "o equivalente".

Es por tanto preciso que en el expediente de contratación quede justificada la concurrencia de alguna de las referidas reglas especiales y, además, en el caso de que la regla especial se funde en la imposibilidad de descripción precisa por los métodos señalados en el artículo 126.5 de la LCSP, se acompañe la referencia a marca, patente o tipo de la concreta expresión "o equivalente".

No obstante, este requisito se aplica únicamente cuando el órgano de contratación defina las prescripciones técnicas por referencia a una fabricación o marca concreta, lo que se trata de una excepción al principio general en la medida en que solamente puede utilizarse cuando no sea posible definir el PPT sobre las reglas generales que establece el referido artículo 126.5 LCSP en sus distintos apartados.

En el caso de este expediente, la definición de las características del PPT no aparece del todo claro, si realmente se realiza en términos de exigencias funcionales (apartado 2 del PPT), no se ha acreditado que se haga por referencia a marcas o modelos concretos. Ciertamente es que se menciona la

referencia "hápticos en L modificado", aunque no se ha acreditado la exclusividad alegada ni que esta sea una denominación estrictamente comercial.

Consecuentemente, no existe la obligación de indicar que se admitirán soluciones "equivalentes", por cuanto no se ha acreditado que los requerimientos no están definidos en términos de características funcionales.

No obstante, debe advertirse que resulta manifiesto que este Tribunal carece de la suficiente formación para entrar en consideraciones estrictamente técnicas. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar tales soluciones, pero dicho examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como las motivaciones y las justificaciones empleadas, y la vigilancia de que no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material.

Así, en el presente caso, no se ha acreditado que los referidos hápticos sean exclusivos de Alcon Healthcare, S.A.U. y que únicamente se correspondan con "la lente Clareon® Autonomie ACRYSOFT SN6CWS". En este sentido, la recurrente únicamente manifiesta que "los hápticos en L-modificada es una denominación más comercial que técnica, aunque si tienen características diferenciadoras".

No obstante, únicamente en vía de recurso se motiva el porqué de las evidentes restricciones técnicas establecidas para el lote 1. Esto es, exigir un diseño tan específico -de hápticos en forma de L- y el referido sistema de inyección automatizada, por lo que los controvertidos requisitos, sean o no funcionalidades, no están de ningún modo justificados.

En el presente supuesto únicamente en el informe al recurso se ofrecen ciertas argumentaciones sobre tales circunstancias, cuando tal justificación, suficientemente argumentada y desarrollada, debió realizarse en el momento procedimentalmente oportuno, esto es, con la aprobación del expediente y debió plasmarse en la documentación contractual.

El artículo 18 de 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, dispone en su apartado 1 con rúbrica "Principios de la contratación" que "Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

»La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos".

En este sentido, el artículo 42, apartado 2, de la Directiva 2014/24, exige que las especificaciones técnicas den a los operadores económicos igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación del contrato y que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

Como señala la Resolución 1/2020, de 9 de enero, de este Tribunal, es importante resaltar que la citada Directiva enmarca el artículo 18 dentro de los "principios de la contratación", a diferencia de la anterior que la incluía entre los denominados "principios de la adjudicación de los contratos". Tal cambio supone que la competencia y los demás principios señalados, deben ser tenidos en cuenta no sólo en el momento de la adjudicación, sino que deben inspirar todo el procedimiento licitatorio y estar presente en todas sus fases de forma transversal.

Estos principios exigen facilitar la participación en los procedimientos de selección de contratistas de todos aquellos empresarios que cumplan las condiciones necesarias para ejecutar el contrato de que se trate. Esto es, deben evitarse las restricciones excesivas para acceder a una licitación, las condiciones arbitrarias o las interpretaciones excesivamente rigoristas de los requisitos previamente definidos en los pliegos.

Por todo ello, ante la ausencia de justificación de las referidas especificaciones, este Tribunal considera que debe estimarse el recurso

interpuesto y anular las controvertidas cláusulas del pliego y las disposiciones conexas, al restringir de forma discriminatoria la concurrencia.

De conformidad con el artículo 51.2 de la LCSP, "En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación".

En su virtud al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Carl Zeiss Meditec Iberia, S.A.U., y como consecuencia anular los pliegos que rigen la contratación del suministro de material para la realización de cirugía de cataratas (con lente y viscoelástico incluido), glaucoma y queratoplastia, para el Hospital Clínico Universitario de Valladolid (Expediente nº: 2020012523).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

CUARTO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses,

a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).