



Recurso nº 83/2022 C.A. Región de Murcia nº 7/2022

Resolución nº 217/2022

Sección nº 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial interpuesto por D. G. A. B. , en representación de la mercantil HOSPITAL HISPANIA, S.L., contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación para la *“Adquisición, instalación y puesta en marcha de equipos para exploraciones funcionales respiratorias para los hospitales del Servicio Murciano de Salud, susceptible de ser financiado en el marco del eje REACT-EU del programa operativo FEDER de la Región de Murcia”*, sin división en lotes y con número de expediente CS/9999/1101029766/21/PA; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud aprobó el expediente y los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas particulares con sus anexos, rectores de la licitación de la contratación para la adquisición, instalación y puesta en marcha de equipos para exploraciones funcionales respiratorias para los Hospitales dependientes de dicho Servicio Murciano de Salud, sin división del objeto del contrato en lotes y con un valor estimado de 465.850,00 € (impuestos excluidos).

Segundo. Aprobado el expediente de contratación con los pliegos rectores, se autorizó el gasto y se ordenó la publicación de la licitación en el perfil de contratante. De esta forma el anuncio de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se realizó el 28 de diciembre de 2021, con anuncio en el DOUE de 27 de diciembre de 2021.



La clasificación CPV anunciada fue para equipamiento médico: 33100000. El plazo máximo para la presentación de las proposiciones quedó señalado para el día 31 de enero de 2022 hasta las 14:00 horas.

Tercero. El procedimiento abierto de adjudicación de este contrato sigue los trámites que para los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada establece la vigente 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). También la licitación expresaba que la financiación del contrato es susceptible de ser financiado en el marco del eje REACT-EU del programa operativo FEDER de la Región de Murcia.

Cuarto. Con fecha 24 de enero de 2022, se publica en la PCSP resolución por la que se acuerda rectificar el PPT, manteniendo el plazo de presentación de ofertas, al considerar que la modificación realizada no afecta significativamente al objeto del contrato.

Por medio de certificado emitido por Asesor Técnico del Servicio de Obras y Contratación del Servicio Murciano de Salud de 26 de enero de 2022 se informa que, a la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas, se han presentado las siguientes empresas:

-HANS RÜTH, S.A.,

-ERGOMETRIX, S.A.,

-SANROSAN, S.A. y

-D-MÉDICA, S.L.

Quinto. Con fecha 19 de enero de 2022 y en sede electrónica se ha formalizado el recurso especial en materia de contratación por HOSPITAL HISPANÍA, S.L., contra los pliegos rectores del contrato para la adquisición, instalación y puesta en marcha de equipos para exploraciones funcionales respiratorias para los hospitales del Servicio Murciano de Salud, mostrando su disconformidad con alguna de las prescripciones contenidas en el pliego de



prescripciones técnicas particulares y contra los criterios de adjudicación e insta al Tribunal su anulación y la suspensión del procedimiento de licitación.

Sexto. Por Acuerdo del Tribunal de fecha 3 de febrero de 2022 se declara que no se aprecia *prima facie* la concurrencia de causas de inadmisión del recurso ni se considera procedente adoptar medida cautelar alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales con fecha de 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha de 21/11/2020).

Segundo. El órgano de contratación ha remitido un certificado de los licitadores que han presentado oferta en el procedimiento de contratación a fin del plazo establecido en el anuncio de licitación. En el certificado se acredita que la recurrente no ha presentado oferta.

Sobre la legitimación de los recurrentes no licitadores tiene establecida este Tribunal una asentada doctrina, expresada, entre otras muchas, en la Resolución 1404/2021 de 21 de octubre, que dice:

«Acerca de la legitimación para la interposición del recurso especial frente a los pliegos rectores de la licitación por parte de una empresa que no ha presentado proposición en la licitación -como es el caso de GRUPO UNIVE, en la licitación de referencia-, es doctrina consolidada de este Tribunal que ex ponemos de manera resumida (por todas, y entre las más recientes, Resoluciones nº 668/2021, de 4 de junio de 2021, o nº 499/2020, de 2 de abril de 2020), la siguiente: - Como regla general debe partirse de la exigencia, para considerar legitimado a un operador económico para impugnar los pliegos de determinada licitación, de que el mismo haya participado efectivamente en la misma, es decir, que haya presentado proposición en el procedimiento: de lo contrario, no podrá ser adjudicatario del contrato y, en tal medida, no puede afirmarse que tenga interés en el desarrollo del procedimiento de licitación;



- No obstante, lo anterior, debe reconocerse legitimación para impugnar los pliegos de la licitación al operador económico que impugna una o varias cláusulas del pliego le impiden el acceso a la licitación, o al menos le impiden participar en la misma en condiciones de igualdad.

Pues bien, teniendo en cuenta esta doctrina –que es precisamente invocada por la recurrente en apoyo de su legitimación activa para la interposición del recurso-, debemos señalar que, si bien es cierto que la recurrente no expresa con toda la claridad resultaría deseable su voluntad de participar en la licitación, la coincidencia de su social con el objeto del contrato licitado, y que las concretas condiciones de solvencia impugna le impidan efectivamente dicha participación por no cumplir dichos requisitos también lo es que tales circunstancias parecen inferirse de lo expresado en el re siendo así, por lo demás, que el órgano de contratación no ha cuestionado la legitimación activa de la recurrente para la interposición del recurso.

De lo señalado cabe concluir que la legitimación exigida por el art. 48 de la LCSP, caso de los empresarios, se fundamenta en la expectativa racional de resultar adjudicatario del contrato, lo que exige, lógicamente, participar en la licitación. Sólo cuando condiciones establecidas por el órgano de contratación le impiden la participación procedimiento, y así lo declara, cede la regla general».

Atendido lo anterior, la recurrente tiene legitimación para interponer el recurso contra los Pliegos, pues los motivos impugnan cláusulas de estos cuya supresión permitiría su participación y la potencial adjudicación del contrato a su favor.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 €; y se contrae a una actuación susceptible de recurso, los pliegos ex artículo 44.2, a) de la LCSP.

Cuarto. El recurso, dado que se ha formalizado contra el pliego y no contra la adjudicación se ha de interponer en el plazo legal concedido de quince días hábiles, no procede así aplicar lo dispuesto en el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020, sino las prescripciones



formales del artículo 50 de la LCSP, que en cuanto al cómputo del plazo establece cuanto sigue:

«1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

La licitación se anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 28 de diciembre de 2021 y puesto que el recurso fue presentado el 19 de enero de 2022, lo fue dentro del plazo legalmente establecido, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

Quinto. La representación de la mercantil recurrente, HOSPITAL HISPANÍA, S.L., solicita a este Tribunal la estimación del recurso con declaración de nulidad de varias cláusulas de los pliegos impugnadas, ordenando proceder a una nueva convocatoria en la que se incorporen otras prescripciones técnicas y otros criterios de adjudicación que respeten los principios de concurrencia y de igualdad de trato entre los licitadores.

1. Sobre la impugnación del pliego de prescripciones técnicas (PPT). En esta alegación, la recurrente subraya que las especificaciones técnicas exigidas en el PPT entran en colisión con los artículos 126.5 b), 126.6 y 126.7 y 8 de la LCSP y además cita varias Resoluciones de este Tribunal. En concreto, centra el recurso especial contra las cláusulas del PPT en razón de:

«En base a la doctrina anterior, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, pero sin descuidar la libre



conurrencia, primando el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación, siempre que el Pliego no suponga que los bienes o servicios objeto de contratación sólo puedan ser proporcionados por un único empresario.

Descendiendo al caso concreto, como se demostrará más adelante, las prescripciones técnicas fijadas no asientan en la selección de equipos que cumplan los estándares mínimos. Se exigen un conjunto de prescripciones que solo son accesibles para un empresario, lo que implica una restricción específica de la competencia: los requisitos exigidos en los pliegos solo son atendibles por un único empresario con exclusividad sobre aquellos de las características requeridas».

A continuación, el recurso se dedica a subrayar las prescripciones técnicas que considera que adolecen de falta de justificación e impiden la concurrencia competitiva propia de los procedimientos de contratación. En concreto, se recurren las siguientes prescripciones técnicas:

1.1. La medida de volumen por medio de neumotacógrafos intercambiables sin calentamiento o recalibración entre pacientes, que cumplan los estándares ATS/ERS. Y sobre esta exigencia, el recurso subraya que:

«Esta exigencia del PPT supone un menoscabo en la precisión de la medida al ser sistemas de un solo uso, y supone la creación de limitaciones injustificadas a la concurrencia, falseando las reglas de la licitación. Al indicar en el PPT como medidor de volumen un neumotacógrafo, se limitan las opciones de ofertas a otros sistemas mucho más precisos, de mejor tecnología y menor coste en mantenimiento, por lo que el PPT debería referirse a medidor de volumen en vez de concretar el tipo de medidor ya solicitado. Mediante la introducción de esta exigencia, injustificada, se impide la participación a otros operadores del mercado, que podrían ofertar equipos plenamente válidos para la consecución del objeto del contrato. Recuérdese que, de acuerdo con la memoria de necesidad, el fin último del contrato es reforzar la capacidad asistencial del Servicio Murciano de Salud, de forma que pueda afrontar con eficiencia las necesidades presentes y futuras de la ciudadanía, es necesario el suministro, instalación y puesta en marcha del de los equipos para exploraciones funcionales respiratorias para los hospitales del Servicio Murciano de Salud.

Esta necesidad se puede cubrir indistintamente con medidores de volumen desechables y pre calibrados, como los que permite el pliego, o mediante el uso de medidores de volumen reutilizables. De hecho, al tratarse de un producto fungible, la adquisición de medidores de volumen desechables y pre calibrados implica un perjuicio para los fondos públicos, al generar una situación de compra cautiva, debido a que los mismos SOLO se pueden suministrar por el propio adjudicatario del contrato de suministro de los equipos».

1.2. Cabina pletismográfica con un volumen máximo de 850 litros, totalmente acristalada con transductores de presión cabina y presión en boca integrados, con cierre mecánico, cámara de compensación interna y sistema de apertura de emergencia.

En relación con el volumen máximo de la cabina, la defensa de la recurrente expresa que:

«Técnicamente no tiene lógica limitar el volumen máximo de los litros interiores de la cabina pues esto puede generar incomodidad o sensación de claustrofobia en pacientes de gran volumen o altura. Si bien es cierto que la limitación de las medidas externas de la cabina podría estar justificada en cierta medida, esta limitación choca empero con la prevalencia que debe darse al confort del paciente. Esta prescripción no tiene otra intención que no sea la de limitar el número de licitadores que pueden presentar oferta a la licitación.

Del conocimiento del mercado del que dispone HOSPITAL HISPANIA, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la única empresa que puede participar en la licitación y cumplir la prescripción técnica en cuanto al volumen máximo de la cabina pletismográfica de 850 litros es Medical Graphics. De hecho, basta realizar una búsqueda simple en internet para encontrarse con la ficha técnica del equipo1 - Cabina Pletismográfica Serie Elite - distribuido por dicha empresa, en la que, dentro de las características comparativas, consta expresamente “Volumen del Platinum Elite es 726 L en comparación con el volumen de los competidores de 850 L a 1.000 L”. Sorprendentemente, el volumen de 726 L no solo garantiza el cumplimiento del PPT, como, además, como veremos más adelante, le garantiza a Medical Graphics la obtención de 15 puntos en el criterio de adjudicación automático relativo al volumen de la cabina pletismográfica, que otorga 15 puntos a cabinas de volumen inferior a 750 L».

Además, sobre esta prescripción esgrime que:



«Asimismo, la exigencia de cierre de la puerta mecánico, representa la introducción en el PPT de una tecnología más que obsoleta, ya que las cabinas actuales ya tienen cierre magnético multipunto. De hecho, esta exigencia contradice el PPT, que en la página 1 indica: “Se ofertará la última tecnología disponible en el momento, indicándose fecha en que el equipo adjudicado se encuentra en el mercado”.

Por lo demás, y atendiendo a lo expuesto, Hospital Hispania entiende que las prescripciones técnicas exigidas y analizadas exceden del ámbito de la discrecionalidad que tiene el órgano de contratación para definir las características propias de los equipos que desea adquirir, por ser desproporcionadas e injustificadas, atentando de lleno contra los principios de igualdad y concurrencia, representando una restricción injustificada a la libre concurrencia; es por ello que procede la estimación del recurso en este punto».

2. Sobre los criterios de adjudicación del contrato. Parte la defensa de la recurrente de que el contrato se ha de adjudicar en atención a una pluralidad de criterios, unos sujetos a juicio de valor y otros criterios de adjudicación automáticos, entre ellos, el precio.

El escrito de formalización del recurso, recuerda los requisitos que han de tener los criterios de adjudicación ex artículo 145.5 de la LCSP para a renglón seguido, advertir que no se cumplen en el pliego y así subraya que:

«Es, por ello, absolutamente ilógico valorar y atribuir puntuación por el cumplimiento de parámetros u obligaciones configuradas como esenciales en el PPT y cuyo incumplimiento conllevaría inevitablemente a la exclusión de la oferta.

Esta situación ocurre, sin embargo, en el caso que nos ocupa, en relación con el criterio de adjudicación evaluable mediante cifra o porcentaje correspondiente al volumen de la cabina pletismográfica. La contradicción se encuentra en la medida en que el criterio prevé la posibilidad de que se valoren ofertas que incluyan equipos con un volumen de la cabina pletismográfica superior a 850 L, otorgándole una puntuación de 0 puntos en dicho criterio. Sin embargo, debemos recordar que el PPT prevé como prescripción de cumplimiento obligatorio que la Cabina pletismográfica presente un volumen máximo de 850 litros.



Todo ello implica que se deba declarar la nulidad de los pliegos, para que se proceda a su modificación, eliminando estas contradicciones entre el PPT y el PCAP. Esto aboca, por tanto, que las cabinas de volúmenes superiores estarían automáticamente excluidas conforme a lo dispuesto en el PPT, pero de forma contradictoria podrían ser objeto de valoración de acuerdo con los criterios de adjudicación definidos en el PCAP.

Por otro lado, todavía en relación con el volumen de la cabina pletismográfica, concurre otra contradicción entre los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor y otro criterio de adjudicación automático. En este sentido, el volumen interior de la cabina influirá en la valoración de los criterios “Accesibilidad” y “Ergonomía del equipo respecto al uso de los pacientes”, en los que se tienen en cuentas aspectos como “la facilidad de acceso y comodidad al interior de la cabina en general a todo tipo de personas y en particular para que personas de movilidad reducida puedan acceder a ella sin dificultad, configurándose como un espacio amplio, cómodo y útil para el paciente” así como “la adaptación del equipo a la posición del paciente y facilidad del mismo para utilizarlo y adaptarlo de la forma más sencilla y rápida posible con 15 puntos la cabina que facilite el acceso y el confort del paciente, así como la ergonomía para su posicionamiento interior”, por lo que es obvio concluir que las cabinas de mayor volumen obtendrán una puntuación superior en dichos criterios de adjudicación, que tienen una ponderación máxima de 15 puntos. Pero sin embargo en el criterio C) de valoración objetiva, se atribuye mayor puntuación a la cabina de menor volumen, siendo además la ponderación de dicho criterio también de 15 puntos. Esto es totalmente contradictorio».

Por todo ello, entiende la recurrente que, no es admisible establecer, sin que consten razones imperiosas de interés general debidamente acreditadas, un criterio de adjudicación que resultase contrario a la igualdad entre operadores, lo cual ocurriría, como es el caso, si se penaliza, e incluso se impide la participación de licitadores que oferten cabinas con volúmenes superiores al máximo permitido en el PPT.

Por otro lado, la defensa de HOSPITAL HISPANÍA, S.L. afirma que concurre otro motivo de mayor calado que condena a la anulación de los criterios de adjudicación.



Se refiere así a que, los criterios de adjudicación corresponden a una puntuación total de 100 puntos, de los cuales 30 recaen en la oferta técnica y 70 en criterios objetivos.

Entre los criterios objetivos, existen dos criterios que suman 30 puntos:

«B) NEUMOTACÓGRAFO TIPO TUBO PINOT: 15 PUNTOS.

Se otorgarán los 15 puntos de este criterio a aquellos equipos que dispongan de este tipo de neumotacógrafo. Los equipos que dispongan de otro tipo de neumotacógrafo obtendrán 0 puntos.

C) VOLUMEN CABINA PLETISMOGRÁFICA 15 PUNTOS.

850 litros o superior 0 puntos

Entre 849 y 750 litros 5 puntos

Menor de 750 litros 15 puntos».

En este sentido, la defensa de la impugnante matiza que:

«De estos dos criterios, solo la oferta de Medical Graphics podrá obtener la máxima puntuación de 30 puntos. La aplicación de los dos criterios de valoración impugnados implica, de entrada, que se sumarán 30 puntos a la oferta que, sin duda, presentará Medical Graphics, inalcanzables para la que podría presentar HOSPITAL HISPANIA, ya que el modelo que podría ofertar conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas no reúne ninguna de esas características funcionales evaluables. De hecho, con toda probabilidad, ningún otro equipo existente está en condiciones de reunir tales características, por lo que es muy dudoso que se presente alguna oferta más que la de Medical Graphics. En todo caso, si HOSPITAL HISPANIA presentara una oferta, no tendría ninguna posibilidad real de resultar adjudicataria del concurso, ya que los 30 puntos que no puede conseguir en ningún caso en aplicación del Pliego no podrían ser compensados en la misma proporción mediante una baja del precio que no fuera antieconómica o anormal».



Por todo ello, suplica a este Tribunal la estimación del recurso y la declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas, para que se proceda a una nueva convocatoria que incorpore otros pliegos de prescripciones técnicas y otros criterios de adjudicación que respeten los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato entre los licitadores.

Sexto. Por su parte, el informe del órgano de contratación suscrito por la Jefa de Servicio de Obras y Contratación del Servicio Murciano de Salud con fecha 8 de febrero de 2022 se opone a las pretensiones anulatorias del pliego que hace valer la recurrente, HOSPITAL HISPANÍA, S.L.

(...)

En cuanto al fondo del asunto, esgrime el órgano de contratación que ninguno de los dos motivos merece favorable acogida, ni la impugnación de las cláusulas del PPT sobre las prescripciones técnicas exigidas, ni tampoco, la cláusula del PCAP referida a los criterios de adjudicación del contrato.

Sobre la vulneración de la LCSP en la redacción de las prescripciones técnicas, por considerar la recurrente que restringen la efectiva competencia e impiden la concurrencia competitiva, el informe del órgano de contratación contra argumenta con base en la discrecionalidad técnica de la que gozan los poderes adjudicadores a la hora de apreciar las necesidades del contrato y de cómo han de ser los suministros que han de satisfacer dicha necesidad de interés general. De esta forma, en uno de los pasajes del informe se precisa que:

«En definitiva, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Res TACRC nº 007/2014, de 10 de enero).

Así pues este órgano de contratación no aprecia ni quebranto de ordenamiento jurídico, ni patente error o desviación al definir las características técnicas a valorar del producto, de las que resulte su falta de idoneidad y de relación con el objeto del contrato, o irracionalidad y desproporción, y que puedan derivar en el quebranto de los principios de libre



concurrencia y no discriminación entre los licitadores, por lo que, se solicita sea inadmitido el recurso especial en materia de contratación interpuesto por HOSPITAL HISPANIA, S.L. contra los Pliegos que rigen el expediente de referencia, y subsidiariamente su desestimación».

Además, y tal y como afirma el órgano de contratación nos hallamos ante cuestiones eminentemente técnicas por lo que se adjunta un informe complementario emitido por el personal técnico redactor de los pliegos.

En este informe complementario de 28 de enero de 2021 se colige la oposición a las cuestiones técnicas planteadas por la recurrente que, a su juicio, restringe la competencia competitiva y le impide presentarse a la licitación.

En relación con las prescripciones técnicas impugnadas, este informe complementario aclara que:

«Sobre el punto SEGUNDO de los fundamentos de derecho apartado I PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS indicar que:

El Pliego de Prescripciones Técnicas fue publicado el 28 de diciembre de 2021 y posteriormente, con fecha 24 de enero de 2022, fue objeto de una rectificación de especificaciones técnicas.

Respecto a las prescripciones técnicas que alega el recurrente que impiden la libre competencia son dos:

- Medidas de volumen por medio de neumotacógrafos intercambiables sin calentamiento o recalibración entre pacientes, que cumplan los estándares ATS/ERS.*
- Cabina plestimográfica con un volumen máximo de 850 litros, totalmente acristalada con transductores de presión cabina y presión en boca integrados, con cierre mecánico, cámara de compensación interna y sistema de apertura de emergencia”.*

Indicar que fueron objeto, de una rectificación del Pliego de Prescripciones Técnicas y que no supusieron una limitación a la competencia de las empresas».

En cuanto a los criterios de adjudicación del contrato, el informe complementario se opone a las pretensiones anulatorias de la impugnante, estimando que la cabina no está limitada a 850 litros de volumen máximo, por lo que no quedaría excluida ninguna empresa y además se precisa que:

«Desde nuestro punto de vista no existe contradicción, pues lo que se pretende es conseguir una la mejor relación posible entre el menor volumen de la cabina y la mejor ergonomía y accesibilidad a ésta, con las ventajas que cada una de éstas características conlleva, no olvidemos que un menor volumen de la cabina reduce los tiempos de estabilización y calibración en las pruebas realizadas. Tampoco estamos de acuerdo con la afirmación que realiza el recurrente sobre la relación directa entre el mayor volumen total de la cabina y la mejor accesibilidad y ergonomía, pues cabe la posibilidad de diseños de cabina con formas geométricas que minimicen los espacios muertos o no útiles de éstas, disminuyendo de esta forma el volumen total sin penalizar el espacio útil, ergonomía o accesibilidad, respecto a otras que opten por unas geometrías menos optimizadas».

A renglón seguido, el referido informe complementario viene a dar justificación de los criterios de adjudicación elegidos por el órgano de contratación, guardando relación con el objeto del contrato y cumpliendo los requisitos del artículo 145.5 de la LCSP. En especial, los técnicos matizan cuanto sigue:

«“Sobre el criterio de adjudicación B), indicar que valoramos con la mayor puntuación este tipo de neumotacógrafos por sus aspectos positivos en cuanto:

-El sensor mediante “tubo de pinot” que utilizan estos neumotacógrafos tienen la particularidad de ser semi-desechables, se pueden reutilizar hasta que pierden su funcionalidad o desechar, según convenga, dado su bajo coste económico en comparación con otros tipos de sensores. Esto implica, por ejemplo, que ante una avería en el sensor se pueda desechar, evitando los gastos de reparación o mantenimiento. Además, esto repercute en la mejora de la continuidad asistencial, pues el bajo coste de los sensores, nos permite tenerlos en stock y sustituir el sensor inmediatamente en caso de avería, sin provocar retrasos o suspensiones de las pruebas programadas.



-En pruebas a pacientes con enfermedades extremadamente contagiosas, tienes la posibilidad de desechar el sensor dado el menor coste económico, proporcionando un mayor control sobre posibles infecciones.

-La limpieza y/o desinfección de estos sensores es más sencilla, al no contener componentes electrónicos ni contener partes móviles que puedan verse afectados.

-Por su facilidad y sencillez de uso, no es necesaria una re-calibración del neumotacógrafo entre pacientes, con el consiguiente ahorro de tiempo”.

“Sobre el criterio de adjudicación C), tal como hemos comentado anteriormente, con este criterio se pretende valorar con la mejor puntuación aquellas cabinas que ofrezcan el menor volumen interior, dado que ello reduce los tiempos de estabilización y calibración en las pruebas realizadas con el consiguiente ahorro de tiempo en la realización de éstas, lo que implica una mayor capacidad asistencial. Otra ventaja que obtenemos del menor volumen reside en la mejor adaptabilidad a espacios más reducidos, permitiendo si fuera necesario, su instalación y utilización en consultas de menores dimensiones”».

En conclusión, tanto el informe del órgano de contratación como el técnico complementario vienen a instar la desestimación del recurso, por entender que las prescripciones técnicas y los criterios de adjudicación son conformes a Derecho y no limitan la concurrencia competitiva entre las empresas del sector.

Séptimo. Planteada la controversia en los términos expuestos y entrando al fondo del asunto, la recurrente considera que en especial, la medida de volumen por medio de neumotacógrafos intercambiables sin calentamiento o recalibración entre pacientes, que cumplan los estándares ATS/ERS y la cabina pletismográfica con un volumen máximo de 850 litros, totalmente acristalada con transductores de presión cabina y presión en boca integrados, con cierre mecánico, cámara de compensación interna y sistema de apertura de emergencia, son exigencias técnicas que, vulneran la concurrencia competitiva e introducen requisitos técnicos que solo podrán cumplir algunas de las suministradoras del sector, considerando que estas prescripciones han de ser expulsadas del PPT.

En primer lugar, sobre la cabina pletismográfica ha de partirse de la modificación de los pliegos llevada a cabo en este aspecto mediante resolución publicada en la PCSP de fecha 24 de enero.

Tras dicha modificación, la dicción literal del aspecto controvertido del PPT, ha quedado redactado como sigue:

«2. Características técnicas:

Respecto a las características técnicas mínimas del equipo serán las siguientes:

-Cabina pletismográfica totalmente acristalada con transductores de presión cabina y presión en boca integrados, cámara de compensación interna y sistema de apertura de emergencia. Ha de permitir la entrada de pacientes con cánula de Oxígeno o con línea de suero.

-Medida de volumen por medio de neumotacógrafos, que cumplan los estándares ATS/ERS».

La modificación de los Pliegos rebela que la pretensión relativa al volumen de la cabina pletismográfica y cierre mecánico, ha sido atendida por el órgano de contratación, quedado, por tanto, el recurso sin objeto con relación a este motivo.

Cuestión diversa es el alcance de la modificación con relación al neumatógrafo, pues el recurrente cuestiona precisamente su utilización y no solo las características el equipo, las cuales sí son objeto de modificación, manteniéndose aquel.

Entrando pues analizar el motivo pendiente, hemos de comenzar señalando que el principio de neutralidad en la configuración de las prescripciones técnicas ha de estar compaginado con las necesidades a cubrir por el órgano de contratación y ha de ser la luz de guía para configurar sus exigencias alentadas por la consecución del interés general y garante de los principios básicos de la contratación del sector público, entre ellos, el de abrir la licitación a la máxima concurrencia competitiva.

La Directiva 2014/24, 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, en sus reglas para la definición de las especificaciones técnicas, en su considerando 74, expone que:

«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. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico».

Por otra parte, el artículo 126.1.2.5 y 6 de la LCSP, “reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas”, con tenor literalmente prácticamente igual al artículo 42.3 de la citada Directiva, dispone:

«1. 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.



2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. (...)

5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”;

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.



6. 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” (...).».

Como ya ha señalado este Tribunal en anteriores resoluciones, al interpretar las exigencias del artículo 126 de la LCSP, por todas la 429/2019, de 9 de mayo de 2019, -citada en la nº 1313/2021, de 29 de septiembre:

«A tenor de dicho precepto, el órgano de contratación está obligado con carácter general a no incluir en las prescripciones técnicas 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 del artículo 126 LCSP.

En este sentido ya este Tribunal ha señalado, entre otras, en la Resolución nº 419/2017, citada en la nº 248/2018- que lo que pretende el legislador con este precepto es garantizar el acceso de los licitadores y la concurrencia en los procedimientos de contratación, sin que el establecimiento en los PPT por parte del Órgano de Contratación de condicionantes técnicos injustificados para la ejecución o el fin del contrato pueda limitar o restringir la concurrencia.

También (la Resolución nº 991/2015, de 23 de octubre) ha declarado este Tribunal que, en orden a la definición de los requisitos técnicos de la prestación, ha de reconocerse una cierta discrecionalidad técnica al órgano de contratación”. No obstante, la intención de la LCSP de favorecer al máximo la libre concurrencia y la igualdad de acceso a los licitadores y eliminar cualquier obstáculo o restricción, también hay que aceptar que determinadas obras, servicios y suministros, por razón de su objeto, finalidad y exigencias técnicas

establecidas por el órgano de contratación para el mejor cumplimiento del fin del contrato, sólo puedan ser cumplidas por determinados operadores económicos».

Así resulta expresiva la jurisprudencia comunitaria, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato señalaba que:

«(...) el hecho de que solo un número reducido de empresas, entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora, pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato»

Pues bien, de una lectura de esos requisitos fijados en el PPT que se expresan en el recurso como discriminatorios, se constata que no se está señalando fabricación o fabricante, procedencia determinada, marca, patente o logotipo, sino que se detalla simplemente qué características necesita la medida de volumen por medio de neumotacógrafos, según las necesidades descritas por el órgano de contratación.

A pesar de que la defensa de la mercantil recurrente insiste en que dichas características técnicas exigidas en el PPT restringen la libertad de competencia, lo cierto es que no trae a colación prueba suficiente, directa o indirecta, en la que funda dicha opinión o juicio de valor subjetivo. Y prueba de que no existe tal restricción es la presentación de cuatro ofertas.

La carga de probar que se está restringiendo el acceso a los licitadores por razones técnicas, le corresponde a la mercantil recurrente HOSPITAL HISPANÍA, S.L., a tenor de las reglas generales sobre carga de la prueba.

Señala el artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

«Artículo 77. Medios y período de prueba.



1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

Y, a su vez el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que:

«2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención».

Junto con el recurso, no se aporta prueba alguna que acredite o aporte un mínimo indicio probatorio de que en el mercado sólo exista un número limitado de empresas que puedan suministrar lo demandado en los Pliegos, tras su rectificación.

Todo lo anteriormente expuesto, nos conduciría necesariamente a la desestimación de este argumento, por entender que las prescripciones impugnadas son conformes a los artículos 123 a 126 de la LCSP.

Octavo. La adjudicación del contrato se basa en una pluralidad de criterios con la finalidad de buscar la mejor calidad/precio, esto es, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 145.1 de la LCSP.

La cláusula octava del PCAP

«8.1. La adjudicación del presente contrato se realizará mediante PROCEDIMIENTO ABIERTO, de conformidad con el artículo 131.2 en relación con el artículo 156 LCSP empleándose una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio.

Así, los criterios de adjudicación definidos en el presente expediente serán los siguientes, indicándose su ponderación y forma de valoración:

8.1.1. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR.



OFERTA TÉCNICA 30 PUNTOS

8.1.2. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE CIFRAS O PORCENTAJES.

A) PRECIO 35 PUNTOS.

B) NEUMOTACÓGRAFO TIPO TUBO PINOT 15 PUNTOS:

Se otorgarán los 15 puntos de este criterio a aquellos equipos que dispongan de este tipo de neumotacógrafo. Los equipos que dispongan de otro tipo de neumotacógrafo obtendrán 0 puntos.

C) VOLUMEN CABINA PLETISMOGRÁFICA 15 PUNTOS:

850 litros o superior 0 puntos.

Entre 849 y 750 litros 5 puntos.

Menor de 750 litros 15 puntos».

Considera la defensa de HOSPITAL HISPANÍA, S.L. que los criterios de adjudicación sobre el neumotacógrafo y sobre el volumen de la cabina ya son prescripciones técnicas y, por ende, de obligado cumplimiento sin que permitan ser susceptibles de valoración como criterios objetivos de adjudicación que, además, ascienden a 30 puntos.

Tal apreciación de la impugnante no goza de virtualidad jurídica tras la modificación de los PPT en el punto relativo al volumen de la cabina.

A lo anterior, con relación a la que permanece con relación al neumotógrafo tipo tubo pinot, hemos de comenzar señalando, tal y como este Tribunal ha resuelto en anteriores ocasiones que los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en



dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos del órgano de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

El artículo 145 de la LCSP que regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, dispone lo siguiente:

«1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148. 2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

(...)

4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura. En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.



5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. (...)».

Por lo tanto, los criterios de valoración deben estar vinculados al objeto del contrato, siendo necesario también que estén configurados de manera que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Y cumple tal prescripción el neumotacógrafo tipo tubo pinot. En efecto, como indica el órgano de contratación:

«-El sensor mediante “tubo de pitot” que utilizan estos neumotacógrafos tienen la particularidad de ser semi-desechables, se pueden reutilizar hasta que pierden su funcionalidad o desechar, según convenga, dado su bajo coste económico en comparación con otros tipos de sensores. Esto implica, por ejemplo, que ante una avería en el sensor se pueda desechar, evitando los gastos de reparación o mantenimiento. Además esto



repercute en la mejora de la continuidad asistencial, pues el bajo coste de los sensores, nos permite tenerlos en stock y sustituir el sensor inmediatamente en caso de avería, sin provocar retrasos o suspensiones de las pruebas programadas.

-En pruebas a pacientes con enfermedades extremadamente contagiosas, tienes la posibilidad de desechar el sensor dado el menor coste económico, proporcionando un mayor control sobre posibles infecciones.

-La limpieza y/o desinfección de estos sensores es más sencilla, al no contener componentes electrónicos ni contener partes móviles que puedan verse afectados.

-Por su facilidad y sencillez de uso, no es necesaria una re-calibración del neumotacógrafo entre pacientes, con el consiguiente ahorro de tiempo».

A este punto procede recordar la amplia doctrina del Tribunal respecto de la discrecionalidad técnica que detenta el órgano de contratación y específicamente lo referido al contenido de los Pliegos y a la determinación de los criterios de adjudicación.

Entre otras, la reciente Resolución nº 1590/2021, de 12 de noviembre de 2021, concluye:

«(...) no compartiendo en suma este Tribunal las alegaciones formuladas por la recurrente frente a tales criterios, los cuales se encuentran amparados en la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación en la búsqueda de la mejor oferta calidad-precio. Conviene recordar así, por último, que esta discrecionalidad técnica reconocida en favor del órgano de contratación viene siendo reiterada por este Tribunal. Al efecto puede citarse la Resolución nº 263/2019, de 25 de marzo del mismo año, y las que en ella se citan:

“El artículo 1.1 de la LCSP establece, en similares términos al artículo 1 del derogado TRLCSP, que “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la



contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Es por ello que continúa siendo totalmente válido el criterio seguido por este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, que con cita a la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y, la Resolución 756/2014, afirma que “pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 756/2014, de 15 de octubre)».

En definitiva, los juicios subjetivos de la recurrente no enervan la legalidad de las cláusulas impugnadas, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

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 especial interpuesto por D. G. A. B. , en representación de la mercantil HOSPITAL HISPANIA, S.L., contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación para la *“Adquisición, instalación y puesta en marcha de equipos para exploraciones funcionales respiratorias para los hospitales del Servicio Murciano de Salud, susceptible de ser financiado en el marco del eje REACT-EU del programa operativo FEDER de la Región de Murcia”*, sin división en lotes y con número de expediente CS/9999/1101029766/21/PA.



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 multa prevista en el artículo 58.2 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 Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.