



Recurso nº 117/2013 C.A. Cantabria 006/2013

Resolución nº 108/2013

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

En Madrid, a 14 de marzo de 2013.

VISTA la reclamación interpuesta por D. E.R.U. en representación de ELEKTA MEDICAL, S.A contra los pliegos que establecen las condiciones que han de regir la contratación del “Suministro de tratamiento de braquiterapia prostática-semillas I-125 Strand” Expediente nº HV/2013/0/0004 del Servicio Cántabro de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Cántabro de Salud anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del “Suministro de tratamiento de braquiterapia prostática-semillas I-125 Strand”, a través del Diario Oficial de la Unión Europea de 2 de febrero de 2013, en el Boletín Oficial del Estado con fecha 5 de febrero de 2013 y en el Boletín Oficial de Cantabria el 13 de febrero, y con un presupuesto base de licitación neto de 408.000€.

Segundo. Contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato en cuestión, la empresa ELEKTA MEDICAL, S.A., a través de su representante, presentó escrito en el registro del órgano de contratación, solicitando la anulación del proceso de licitación dado que tal y como está redactado el objeto del contrato y las prescripciones técnicas se está limitando la concurrencia al existir un único proveedor que puede concurrir a la licitación. Y que por el Tribunal se ordene la redacción de unos nuevos pliegos acorde a lo solicitado en su escrito.

Con fecha 26 de febrero de 2013 el órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

Tercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 4 de marzo de 2013, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles

para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. ECKERT&ZIEGLER IBERIA S.L.U ha evacuado este trámite en plazo.

Cuarto. Con fecha 27 de febrero el Tribunal acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento, de acuerdo con los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 28 de noviembre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 13 de diciembre de 2012.

Segundo. El acto recurrido son los pliegos de un contrato de suministros, sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado supera los 200.000 euros, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 15.1 b) y 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora habitual de contratos de material análogo al del objeto de la licitación recurrida y, por tanto, es una posible candidata a participar en dicha licitación.

Cuarto. Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, procede examinar si el recurso ha sido interpuesto en el plazo de los quince días hábiles previstos en el artículo 44.2. a) del TRLCSP.

Con respecto al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso debemos plantearnos si se ha cumplido en los términos previstos en el artículo 44 del TRLCSP. En efecto, de conformidad con el apartado 2, letra a) del mismo, “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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

En relación a esta cuestión el Tribunal ya se ha pronunciado en la resolución 21/2011 de 9 de febrero de 2011, o en la 210/2012, de 26 de septiembre en la que se pone de manifiesto, en relación con el cómputo del plazo para interponer el recurso contra los pliegos, lo siguiente: "...Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada al decir que ante la imposibilidad "de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos".

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que a su fecha de presentación (21 de febrero) no se han iniciado ni siquiera los quince días hábiles a contar desde la fecha límite para la presentación de las proposiciones.

Quinto. Respecto al fondo del asunto, el recurrente alega la infracción de los principios de publicidad y concurrencia pues tal y como está redactado el objeto del contrato y las prescripciones técnicas considera que sólo dos empresas comercializan este tipo de semillas unidas en *strand* y que sólo una de ellas podría concurrir a la licitación. Para lo anterior expone los dos tipos de semillas que existen para este tratamiento, dispersas o unidas en *strand* y analiza las ventajas e inconvenientes de cada tipo para concluir que las dispersas son igual o más eficaces que las unidas en *strand*, son más económicas y que al no existir una unidad especializada en el Hospital de referencia, no hay una necesidad previa del servicio que lo justifique. En síntesis la recurrente alega que el pliego de prescripciones técnicas requiere unas especificaciones que, en su opinión, imponen una solución técnica con exclusión de las demás comercializadas en el mercado, restringiendo así la competencia, y ello supone una vulneración del artículo 117.2 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación emite dos informes, uno técnico de fecha 25 de febrero de 2013 en el que analiza la elección de las semillas unidas en *strand*, para lo cual se ha recurrido a criterios científicos (que reproduce y resume), valora la migración de las semillas sueltas frente a las unidas y la mejor dosimetría postimplante de las unidas. Añade que las empresas que pueden suministrar semillas I-125 son seis, que

enumera, y que todas, salvo la recurrente, pueden concurrir a la licitación en la presentación en *strand*.

El órgano de contratación también aporta un informe jurídico de 26 de febrero de 2013 en el que además de remitirse en cuanto a los aspectos técnicos al arriba citado, considera que no hay vulneración del principio de libre concurrencia y cita la resolución 62/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Por su parte, la empresa ECKERT&ZIEGLER IBERIA S.L.U efectuó alegaciones en plazo en que señalaba que de las seis empresas que pueden concurrir, sólo la recurrente no podría suministrar ese tipo de semillas. Cita otros expedientes de contratación que han señalado este tipo de semillas como objeto del contrato de suministro y añade que la mercantil recurrente pretende sustituir el criterio adoptado en el marco de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación por el suyo propio.

La competencia para resolver la impugnación de las cláusulas del pliego que plantea la recurrente corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y únicamente él puede decidir si debe o no anularse y modificarse alguna de dichas cláusulas, y los términos en que dicha modificación debe realizarse. Todo ello con base en los artículos 41 y siguientes del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Sexto. Para examinar la cuestión objeto de controversia, se hace necesario reproducir el contenido de los pliegos cuya nulidad demanda la recurrente.

El objeto del contrato se define en el cuadro de características letra "A" como "Tratamiento de Braquiterapia prostática-Semillas-I-125 en Strand".

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en cuanto al lote nº 1 señala: "Las semillas encapsuladas conteniendo el isótopo radioactivo I-125, deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Tratamiento con semillas de I-125 unidas en strand y presentadas en cartuchos radioprottegidos. Las semillas unidas estarán espaciadas entre sí por un separador rígido. Las semillas unidas evitan la migración y facilitan la colocación y geometría del implante"

La regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP de modo expreso en los artículos 1 y 139, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo.

No existe en la Ley un elenco de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación, al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien el artículo art. 117.8 TRLCSP dispone que *“Salvo que el objeto del contrato lo justifique, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autoriza con carácter excepcional en el caso de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada del término equivalente”*.

La 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.

A la vista de los informes del órgano de contratación, las alegaciones de la empresa recurrente y el contenido del pliego de prescripciones técnicas, es necesario analizar si las semillas I-125 en *strand*, vienen a predeterminar la adjudicación por el órgano de contratación a favor de determinada empresa y de esta forma vulneran el principio de igualdad y limitan la libre concurrencia quedando excluidos de forma injustificada algunos licitadores, conculcando así lo dispuesto en el artículo art. 117.2 TRLCSP.

El órgano de contratación ha facilitado al Tribunal la información técnica que ha servido de base para elaborar el PPT y ha efectuado un estudio comparativo científico de la elección de la semilla unida frente a la separada, lo que tiene incluso reflejo en el PPT

cuando señala que *“las semillas unidas evitan la migración y facilita la colocación y geometría del implante”* que permite a los eventuales licitadores conocer el criterio de elección de la semilla I-125 en *strand* solicitada. En este caso se observa que el pliego, de prescripciones técnicas respeta, por tanto, los términos del artículo art. 117. 2 y 8 TRLCSP.

Por otro lado, el recurrente alega que sólo una empresa puede concurrir a la licitación y, sin embargo, el órgano de contratación acredita que al menos cinco pueden concurrir, cifra que coincide con la señalada por la empresa ECKERT&ZIEGLER IBERIA S.L.U en su escrito de alegaciones. Por lo tanto, no existe restricción a la competencia cuando al menos cinco empresas pueden suministrar este producto.

El órgano de contratación trae a colación, con acierto, la resolución nº 62/2011, de 28 de septiembre del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que señala: *“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la LCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, corresponde al órgano de contratación la definición de las necesidades a satisfacer y determinar las características de los productos a suministrar.(...) Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son éstos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida.”*

Por todo ello, considera el Tribunal que procede desestimar las pretensiones de la recurrente, por entender que los requerimientos técnicos impugnados se adecúan a lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP.

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. E.R.U. en representación de ELEKTA MEDICAL, S.A contra los pliegos que establecen las condiciones que han de regir la contratación del “Suministro de tratamiento de braquiterapia prostática-semillas I-125 Strand” Expediente nº HV/2013/0/0004 del Servicio Cántabro de Salud, confirmando la legalidad de los pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 Cantabria, 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.