

Recurso 492 /2023
Resolución 539/2023
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 27 de octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado « Suministro de tracto sucesivo y precios unitarios, de material específico para cirugía cardiovascular con disponibilidad de uso y mantenimiento de equipamiento necesario para la utilización del material, con destino a los centros hospitalarios adscritos a la Central Provincial de Compras de Cádiz CCA. 6SCR-DK» (Expediente CONTR 2023 0000608096), con relación al lote 17 convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de septiembre de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, siendo el valor estimado del contrato de 7.221.357,02 euros. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil.

El 22 de septiembre de 2023 se publicó en el perfil de contratante anuncio que informa de la corrección del pliego de prescripciones técnicas (Anexo II cláusula medioambiental); del pliego de cláusulas administrativas particulares, del anexo I del PPT; del PPT; del Anexo al cuadro resumen del PCAP, y del Anexo al Cuadro resumen relativo al encargado de tratamiento, ampliándose el plazo de presentación de ofertas.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 11 de octubre de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico de la Administración General del Estado escrito de recuso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MEDTRONIC IBERICA, S.A (en adelante, la recurrente) contra los pliegos que rigen el contrato referenciado. El día 11 de octubre de 2023 el

recurso tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos de la Junta de Andalucía, recibándose asimismo en este Tribunal.

En su recurso la recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 13 de octubre se dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibido en esta sede con posterioridad.

Mediante Resolución MC 120/2023, de 20 de octubre se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

La Secretaría del Tribunal concedió plazo de alegaciones a los interesados, habiéndose presentado en plazo las formuladas por la entidad LIVANOVA ESPAÑA S.LU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede abordar, en primer lugar, la falta de legitimación activa de la recurrente respecto del lote nº17 que opone el órgano de contratación en su informe al recurso, alegando que la legitimación para impugnar los pliegos de la contratación solo la tiene el licitador que se abstiene de presentar oferta y tomar parte en la licitación considerando que en el caso que nos ocupa, aquel ha aceptado los pliegos que son *lex contractus* y, por ello, no puede a la vez impugnarlos sin ir contra sus propios actos. Invoca, al efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2001.

Pues bien, este Tribunal ha tratado la cuestión relativa a la legitimación para la interposición del recurso especial en supuestos de impugnación de pliegos en numerosas ocasiones (v.g. Resoluciones 71/2021, de 4 de marzo y 575/2021, de 23 de diciembre) en las que se señalaba lo siguiente:

«Sobre la legitimación para la interposición del recurso especial existe una amplia y consolidada doctrina en este Tribunal basada, a su vez, en la del Tribunal Supremo sobre la exigencia de un interés legítimo. Así, en numerosas resoluciones (entre otras muchas, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 226/2019, de 9 de julio, 17/2020, de 28 de enero y 172/2020, de 1 de junio) hemos analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es



decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación. En su aplicación a supuestos concretos de impugnación de los pliegos de licitaciones públicas, la doctrina del interés legítimo ha sido analizada especialmente por este Tribunal.

Así, en nuestra Resolución 314/2020, de 17 de septiembre, indicábamos: “Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad, en el caso del recurso especial, que la de permitir la participación en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de licitadores -en el caso de recurso contra los pliegos- o la de eliminar el obstáculo que impida continuar en el proceso selectivo y/o alcanzar la adjudicación del contrato; sin perder de vista que en cualquiera de dichos casos el interés que legitima para acudir a esta vía especial de impugnación es, en última instancia, el interés en conseguir la adjudicación del contrato”.»

Ciertamente en el supuesto que nos ocupa, y según consta en la documentación remitida, el 13 de octubre de 2023 la recurrente ha presentado oferta al lote nº 17 pero lo hizo con posterioridad a la interposición del recurso (11 de octubre de 2023) por lo que no cabe entender que nos encontremos ante el supuesto del artículo 50.1 b) de la LCSP, como pretende hacer valer el informe del órgano de contratación, lo que, por otro lado, y de haber concurrido, nos situaría ante una causa de inadmisión del recurso por extemporaneidad.

Asimismo, y aun cuando es cierto que la recurrente ha presentado oferta, también lo es que manifiesta que los pliegos recurridos le impiden o, al menos, le dificultan participar en la licitación con todas sus garantías, y en condiciones de igualdad de trato alegando que se han introducido características de imposible cumplimiento y que resultan restrictivas, a su juicio, de la competencia.

Conviene indicar que lo relevante a efectos de reconocer la legitimación, en los supuestos de impugnación de pliegos, en los términos amplios en que aparece respaldada por la doctrina y la jurisprudencia, es que la recurrente se haya esforzado en mostrar en qué medida la estimación de sus pretensiones le permitiría participar en una licitación futura con nuevos pliegos que respetasen los preceptos legales que considera infringidos en los actuales, justificando en definitiva, la circunstancia que le hubiera impedido participar en condiciones de igualdad en la licitación. En este sentido, la recurrente fundamenta su legitimación para la interposición del recurso argumentando que la nueva característica técnica añadida en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) impide la concurrencia de licitadores, denunciando que el conjunto de características que se exigen es excluyente y se dirige a una determinada casa comercial.

Por tanto, queda acreditada la legitimación activa de la recurrente para la interposición del recurso, en la medida que precisamente las bases de la licitación le pueden provocar un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones, por lo que ha de reconocérsele legitimación activa de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración



Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 de la LCSP establece que «*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 (...).

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente. (...).».

En el caso de recursos contra los pliegos, si ha habido alguna modificación posterior, el criterio de este Tribunal expresado en sus Resoluciones número 336/2016, de 29 de diciembre, 75/2019, de 19 de marzo y 147/2019, de 14 de mayo, de este Tribunal y 299/2020, de 10 de septiembre, entre otras muchas, es que si los motivos del recurso afectan al contenido originario del pliego no rectificado, el plazo de interposición comienza desde la inicial publicación del anuncio de licitación, habiendo resultado extemporáneos muchos recursos por tal circunstancia. En otro caso, si ha habido alguna rectificación posterior de su clausulado publicada en el perfil y, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el plazo de interposición computará desde esta última publicación si la impugnación versa sobre este nuevo contenido rectificado.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el anuncio de licitación y los pliegos fueron publicados en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el día 5 de septiembre de 2023, y el 22 de septiembre de 2023 se publica una modificación de los pliegos que afecta a las cuestiones controvertidas en el presente recurso.

Por tanto, el recurso presentado el 11 de octubre de 2023 en el registro electrónico de la Administración General del Estado se ha formalizado en plazo conforme a lo establecido en el artículo 50, letras a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, a la vista de las alegaciones de las partes que se desarrollan a continuación.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos reguladores de la presente licitación denunciando, en síntesis, la vulneración del artículo 126 de la LCSP que establece que la descripción de las características téc-



nicas exigidas en los pliegos debe permitir el acceso a todos los licitadores en condiciones de igualdad sin la creación de obstáculos injustificados que impidan el acceso. Invoca en apoyo de su pretensión las Resoluciones 620/2016 y 331/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

A lo largo del escrito, desarrolla los motivos por los que considera que la inclusión de la nueva característica técnica añadida al PPT mediante la modificación de los pliegos no se ajusta a derecho, y debe ser corregida por implicar las siguientes irregularidades:

- i) El hecho de eliminar la talla (adulto) del sensor hace imposible confeccionar la oferta ya que no incluye la información necesaria para elegir el producto a ofertar.
- ii) La característica añadida al PPT en el referido lote, que se traduce en la exigencia de cuatro sensores, dos de emisión y dos de recepción y que aquellos sean reutilizables evitando la generación de residuos es imposible de cumplir, contradictoria y exclusiva de una determinada casa comercial.
- iii) Que mientras el PCAP solicita sensores desechables y así se indica en los propios códigos CPV, el PPT rectificado exige un sensor reutilizable, y, sin embargo, las unidades que se exigen siguen siendo las mismas, lo cual es totalmente absurdo.

Además, señala el riesgo de que quede desierto el procedimiento respecto del lote 17 de no estimarse el recurso, argumentando que la forma en la que se ha redactado la nueva característica del PPT impide que ninguna casa comercial pueda presentarse válidamente por los siguientes motivos: (i) no existe un sensor que tenga cuatro sensores (ii) ni que esos cuatro sensores sean dos de recepción y dos de emisión porque los únicos componentes de un sensor que pueden receptor o emitir información son los diodos (no los sensores) y (iii) tampoco existen en el mercado sensores que sean reutilizables, ya que la única parte reutilizable de los sensores es el procesador, no el sensor como tal.

Esgrime que la falta de determinación del PPT genera un perjuicio muy grave porque impide a las licitadoras confeccionar una oferta concreta, por lo que, ante la imposibilidad de cumplir las características técnicas que se exigen, procede declarar su nulidad y retrotraer las actuaciones de conformidad con el artículo 122 de la LCSP.

Invoca la doctrina consolidada sobre la oscuridad o contradicción de las disposiciones de los pliegos que nunca pueden ser interpretadas en perjuicio de los licitadores (Acuerdo 8/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Así considera que la aplicación de dicha doctrina al supuesto concreto implicaría que la Administración tendría que admitir tanto a las empresas que oferten sensores desechables (que es lo indicado en el PCAP) como a los licitadores que oferten sensores reutilizables.

Asimismo, señala la falta de justificación de la inclusión de características técnicas no esenciales que además resultan excluyentes, y se apoya en resoluciones como la 789/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales que concluye en la inadmisibilidad de describir características técnicas de forma exhaustiva sin justificación, pesando sobre la Administración (que es la que ostenta la discrecionalidad técnica) la carga de justificar los requerimientos técnicos exigidos.

En este sentido, esgrime que la Administración no justifica(i) por qué el sensor debe ser reutilizable a pesar de que no existen tales en el mercado,(ii) a qué se refiere con la exigencia de cuatro sensores (dos de emisión y dos de recepción) y (iii) el motivo por el que se necesiten dos sensores de emisión cuando existen estudios que acreditan que un diodo emisor es suficiente e incluso mejor que dos. En síntesis, insiste en que la Administración no justifica la necesidad de las características tan concretas resultando, además, que solamente una casa



comercial podría cumplir todas las características del lote 17 por lo que, a su juicio, el pliego limita de manera injustificada la concurrencia.

En apoyo de su pretensión invoca la Resolución 121/2020, de 9 de junio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias que resuelve sobre un supuesto prácticamente idéntico, en concreto, sobre el recurso presentado por la mercantil Edwards Lifesciences, SL que afirmaba que era Medtronic la única casa comercial que cumplía una de las características exigidas en el PPT de aquella licitación, y que fue estimado íntegramente al apreciar la falta de justificación de los requerimientos técnicos exigidos, considerando que la motivación no era suficiente, no permitiendo colmar las exigencias del artículo 28.1 de la LCSP, por tratarse de equipos con unos requerimientos técnicos muy exigentes y específicos.

Finalmente, considera que la carga de la prueba incumbe al órgano de contratación, ya que constituiría una prueba diabólica acreditar por parte de la recurrente que el resto de las empresas del mercado no cumplen dichas características. No obstante, a pesar de esta imposibilidad material la recurrente afirma haberse esforzado por proporcionar en este recurso las pruebas que tenía a su alcance, indicando en los hechos del presente recurso los extractos de la ficha de “Mespere”, donde, según afirma, puede constatarse que las características del PPT coinciden con la de dicho fabricante.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Sobre el fondo del asunto, se opone al recurso y solicita la desestimación con fundamento en las siguientes alegaciones:

En primer lugar, indica que, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas (16/10/2023) según consta en la Plataforma de Licitación Electrónica-SIREC han presentado oferta al lote 17 dos empresas, la recurrente y la entidad CIRUGÍA ORTOPEDIA Y MEDICINA MEDCOR, S.L. lo que evidencia que no concurre la restricción de la competencia que se alega.

Por otra parte, esgrime que la recurrente no presenta prueba acreditativa de la inexistencia en el mercado de otros productos ofertados por licitadores que podrían satisfacer las exigencias de dichas especificaciones técnicas establecidas en el PPT. En este sentido, el órgano aporta junto al informe la ficha técnica que demuestra, a su juicio, que la mercantil TERUMO ofrece el producto licitado cumpliendo con las características solicitadas.

Invoca la Resolución 991/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conforme a la cual para que exista una limitación de la concurrencia es necesario apreciar que los requisitos técnicos establecidos en los pliegos hacen que necesariamente el contrato solo pueda ser adjudicado a un solo licitador, en cuyo caso deberá tramitarse procedimientos que no conlleven concurrencia, bien por tratarse de productos exclusivos, bien por el resto de causas que se establecen en la LCSP. Invoca, asimismo, la Resolución 425/2019 de 2 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que incide en que 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 estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas. Trae a colación también la reciente Resolución 290/2023 de este Tribunal que contiene la doctrina acuñada sobre el ámbito de discrecionalidad de que goza el órgano de contratación en la configuración de la prestación y de sus características técnicas.



3. Alegaciones de las entidades interesadas.

LIVANOVA ESPAÑA S.L.U. formula escrito en el que manifiesta su intención de no presentar alegaciones al pivotar el recurso sobre aspectos técnicos relacionados con el lote 17 al que no ha presentado oferta.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

Como consideración previa debe partirse de lo dispuesto en el artículo 126. 1 de la LCSP conforme al cual “*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*”. Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 del citado texto legal, el respeto a tales principios en el establecimiento de las prescripciones técnicas es un postulado legal indiscutible; no obstante, tampoco debe olvidarse que lo que se proscribía legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide el establecimiento de prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales licitadoras, con tal que las mismas respondan motivadamente a la satisfacción de las necesidades públicas.

El núcleo del recurso descansa en la introducción de prescripciones técnicas que pueden suponer una vulneración de los principios de igualdad de trato en la licitación y de libre concurrencia que consagra en esta materia el artículo 126.1 de la LCSP.

Al respecto, el apartado 2 PPT dispone lo siguiente:

«2. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS ESPECÍFICAS Y ADICIONALES.

Las características técnicas de los bienes objeto de licitación aparecen detalladas en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud. Adicionalmente a las características técnicas establecidas en el catálogo de bienes y Servicios del SAS para cada artículo objeto de licitación, será necesario que los productos ofertados reúnan las prescripciones técnicas adicionales que, en su caso, se especifiquen en el Anexo I de este Pliego. (...)» (la negrita no es nuestra, el subrayado sí)

Interesa destacar, además, que las características técnicas cuya exigencia se cuestiona, fueron introducidas en los pliegos objeto de impugnación mediante la Resolución de 20 de septiembre de 2023 (páginas 294 a 301 del expediente administrativo) en cuyo antecedente tercero, ordinal 2º se indicaba el error material “de transcripción” (sic) que afectaba al Anexo I del PPT y en concreto, por lo que aquí nos interesa en el extremo que se indica a continuación.

Efectivamente, en el Anexo I del PPT, respecto del lote 17, inicialmente se establecían las siguientes características técnicas:



A	L	Clasificación	GC	Nombre	Características técnicas adicionales	Unidades estimadas
	1 7	SU.PC.SANI.01.1 5.00.000008	C29175	SENSOR SATURACION O2 CEREBRAL TRANSCUTÁNEO-SENSOR SATURACION O2 CEREBRAL TRANSCUTÁNEO-Nº de electrodos: [1-1]; Talla:Adulto;	Tasa de respuesta baja (1 seg.) * Conectividad a los sistemas de perfusión extracorpórea S5 * Posibilidad de monitorizar: -- Índice de volumen sanguíneo. -- Muestra de la vasodilatación/vasoconstricción cerebral -- Resistencia vascular. -- Autorregulación.	800

Tras la modificación operada por la Resolución de corrección de error material de fecha 20 de septiembre de 2023 se establece lo siguiente:

A	L	Clasificación	GC	Nombre	Características técnicas adicionales	
	17	SU.PC.SANI.01. 15.00.000008		SENSOR SATURACION O2 CEREBRAL TRANSCUTÁNEO-	* Tasa de respuesta baja (1 seg.) * Conectividad a los sistemas de perfusión extracorpórea S5 * Posibilidad de monitorizar: -- Índice de volumen sanguíneo. -- Muestra de la vasodilatación/vasoconstricción cerebral -- Resistencia vascular. -- Autorregulación. -- Cuatro sensores, dos de emisión y dos de recepción y que los sensores sean reutilizables, evitando la generación de residuos	800



La recurrente alega, en primer lugar, que las características exigidas adicionalmente son de “imposible cumplimiento” ya que la falta de determinación del producto impide a las licitadoras confeccionar una oferta válida, aludiendo al riesgo de que el procedimiento quedase desierto. En concreto, se refiere a la imposibilidad de ofertar un sensor adecuado para todo tipo de pacientes, ya que la supresión de la referencia a la talla adulto impide conocer el modo de confeccionar la oferta. Apoya dicha afirmación en un extracto que reproduce de la documentación técnica de su producto en la que se aprecia que efectivamente dispone de tres tipos de sensores en función del paciente (neonatal/ pediátrico y adulto), con indicación del código, la descripción y la unidad de venta. Asimismo, alega que otro fabricante del sector dispone claramente de tres tipos de sensores para adultos de más de 40 kg; sensores pediátricos para pacientes entre 5 y 40 kg y sensores neonatales para pacientes de menos de 10 kg. Considera que la supresión operada sin justificación alguna de la talla adulto conlleva una falta de determinación del producto muy grave, a su juicio, que deja al arbitrio de cada operador ofertar un producto u otro y que no resulta conforme a derecho.

Frente a ello, el órgano de contratación no opone ninguna alegación de carácter técnico ni rebate el extremo discutido respecto de la falta de determinación del producto, ni ofrece justificación alguna sobre la necesidad de modificar el nombre y la nula incidencia de la alteración de aquel en la configuración de la oferta.

En segundo lugar, la recurrente critica que la característica técnica que se añade a través de la corrección de errores plantea en primer lugar, una contradicción entre el anexo al cuadro resumen del PCAP (que identifica el CPV de los productos consumibles médicos no químicos desechables y productos consumibles hematológicos) y la característica técnica añadida que exige que “los sensores sean reutilizables, evitando la generación de residuos”. Asimismo, esgrime que la inclusión de esa característica debe obedecer a un error patente puesto que, al tratarse de sensores reutilizables, se necesitarían muchas menos unidades de las exigidas por los pliegos (800) considerando desproporcionado el número exigido en los pliegos cuando, según expone, la Administración no podría utilizar más de seis sensores a la vez (dos por cada paciente) ya que solamente ha exigido tres monitores para la medición de la saturación de oxígeno transcutáneo compatibles con los sensores. También pone de manifiesto lo que califica de error flagrante refiriéndose a la exigencia de que el sensor sea “reutilizable” alegando que dicha característica, tal y como está redactada es de imposible cumplimiento, puesto que, según expone, ninguna licitadora puede reutilizar el sensor que se ha pegado en la piel de un paciente, sin riesgo de que funcione de forma inadecuada; sin perjuicio de que pueda reutilizarse el procesador y por supuesto el monitor, y explicitando que dicha exigencia parece que pretende beneficiar a la fabricante Mespere, ya que realiza una denominación peculiar de los componentes del sensor que coincide justamente con la de los pliegos, como se puede comprobar, según afirma, de la descripción de su ficha técnica en la que explica con todo detalle que su sensor es reutilizable mientras que el adhesivo es de un solo uso.

Asimismo, cuestiona la exigencia adicional añadida al anexo del PPT de que de los cuatro sensores dos sean de emisión y otros dos de recepción, considerando que la referida característica es ininteligible, o a lo sumo, pudiera resultar restrictiva de la competencia, sobre la base de la siguiente argumentación:

- *“Que la Administración exija 4 componentes, dos por cada hemisferio: dos procesadores (izquierda y derecha) y dos adhesivos (izquierda y derecha).*

Sin embargo, no se trataría de cuatro sensores sino de dos sensores y dos procesadores.

- *Que la Administración se refiera a los 4 diodos ya que el sensor de Mespere, efectivamente cuenta con cuatro diodos, dos de emisión y dos de recepción.*



En caso de que donde se indica sensor, se entendiera que se refiere a diodo, la característica resultaría excluyente sin que esto supusiera ninguna mejora técnica, pues solo el sensor de Mespere, y posiblemente el de otra casa comercial que se denomina Nonin, parece cumplir este punto.

Al contrario, los sensores de Medtronic y del resto de fabricantes del mercado disponen de tres diodos, uno de emisión y dos de recepción, los cuales tienen un funcionamiento incluso más preciso de la medición y no deberían resultar excluidos del Concurso por este motivo.

Además, debe tenerse en cuenta que, aunque existan dos casas comerciales que dispongan de dos diodos de emisión, la realidad es que Nonin no cumple el resto de características técnicas del Concurso, por lo que nunca podría ser adjudicataria. Por ejemplo, no cumple con la posibilidad de monitorizar el índice de volumen sanguíneo, ni la muestra de vasodilatación, vasoconstricción cerebral, resistencia vascular y ni autorregulación(...).

Finalmente, la recurrente alude a otras características del PPT que, si bien –puntualiza- no son objeto del presente recurso- constituyen prueba, a su entender, de que el producto licitado estaba orientado al producto de la fabricante Mespere, en concreto, la especificación relativa a la “posibilidad de monitorizar el índice de volumen sanguíneo”, manifestando que aquella es la única casa comercial que cumple con la citada posibilidad.

El informe del órgano al recurso no rebate en concreto ninguno de los extremos alegados en el recurso más allá de la afirmación genérica de la inexistencia de restricción de la concurrencia. En ese sentido, tras invocar la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración en la configuración del objeto del contrato, se limita a rebatir la restricción de la competencia que se arguye de contrario, justificada en que ha habido concurrencia en el presente procedimiento, y aportando la ficha técnica del producto de la mercantil TERUMO en aras a acreditar que sí existen más productos en el mercado que cumplen las características solicitadas.

Pues bien, expuestos los antecedentes anteriores, estamos en condiciones de resolver la cuestión controvertida. En este sentido, es criterio de este Tribunal, (entre otras, la Resolución 401/2020, de 19 de noviembre y la 523/2021, de 3 de diciembre) que, en materia de especificaciones técnicas rige el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, por lo que si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación el Tribunal no puede desvirtuar con argumentos jurídicos el criterio técnico, del mismo modo que es doctrina también de este Tribunal -como también lo es de otros órganos de resolución de recursos-, que la Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas. En ese sentido, *a priori*, si la Administración necesita una concreta especificación técnica, y siempre que esté suficientemente justificada, es el licitador el que, en su caso, ha de adaptar el producto a las características técnicas que se exijan siempre que quiera participar en la licitación.

Ahora bien, centrándonos en el supuesto que nos ocupa, la controversia se suscita en torno a una serie de especificaciones técnicas que, no estando previstas inicialmente, se añadieron con posterioridad a la publicación de los pliegos, a través de una resolución de corrección de errores materiales que modificó determinados extremos del anexo I del PPT (entre otros, se suprimió la necesidad de que el sensor fuese de talla adulto, y se introdujo la exigencia de cuatro sensores, dos de ellos de emisión y dos de recepción reutilizables). La propia resolución reconoció que se trataba de una modificación significativa de los pliegos y por tal razón, acordó la ampliación del plazo de presentación de ofertas, pero no justificó la necesidad de introducir tales exigencias que se calificaron de “error material de transcripción”. Tampoco se justifica nada en el informe del órgano al recurso. En ese sentido, consideramos que, aun cuando la calificación de la introducción de nuevas



exigencias técnicas como” error material de transcripción” no ha sido extremo controvertido en el presente recurso, y sin que este Tribunal, por tanto, entre a prejuzgar su validez, lo cierto es que la modificación operada en las características técnicas adicionales exigidas inicialmente hubiera requerido, si cabe con mayor razón, la justificación de la modificación acaecida, bien en la propia resolución de corrección de errores, bien en el informe al recurso.

Estima este Tribunal que la necesidad de justificación cobraba, si cabe mayor importancia, al tener la introducción de las características técnicas la entidad de una modificación significativa de los pliegos con la consecuencia de ampliar (como consta que sí se hizo) el plazo de presentación de proposiciones, por lo que hubiera sido deseable que el órgano de contratación explicitase las razones y motivos que determinaron la necesidad de introducir tales cambios, resultando más necesario ello, si cabe, por el posible carácter restrictivo de la competencia que en el recurso se denuncia.

Sin embargo, ni en la Resolución de 20 de septiembre de 2023 ni en el informe del órgano al recurso se han justificado los motivos que determinaron la modificación del anexo I del PPT, y ni siquiera en este último se han rebatido, desde un punto de vista fáctico, las cuestiones planteadas por la recurrente, lo que ha sustraído a este Tribunal del conocimiento de las razones de fondo de oposición a las alegaciones vertidas en el recurso.

Al respecto, el artículo 28.1 de la LCSP exige a las entidades del sector público que determinen con precisión, en la documentación preparatoria antes de iniciar el procedimiento de adjudicación, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado. De otro lado, el artículo 126 de la LCSP establece en su apartado 1 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”*.

El órgano de contratación se ampara únicamente en que ha habido concurrencia lo que desvirtuaría, a su entender, la denuncia sobre el carácter restrictivo de la concurrencia y la configuración del PPT “a medida” de una entidad comercial. Pues bien, no puede acogerse tal argumento puesto que entiende este Tribunal que la concurrencia de solo dos ofertas, como ha quedado acreditado, al lote nº 17 (una de ellas la recurrente y otra, la entidad MEDCOR que precisamente es la entidad que, según se expone en el recurso, sería la única comercializadora de un producto que cumpliría las características técnicas exigidas) no sería suficiente en este supuesto concreto para rebatir las alegaciones formuladas sobre el posible carácter restrictivo de la concurrencia, teniendo en cuenta que la entidad mercantil TERUMO -que, según el órgano de contratación dispone de un producto que cumpliría las exigencias técnicas- tampoco ha presentado oferta, como ha quedado acreditado, por lo que, a pesar del intento del órgano de contratación de utilizar dicha alegación como prueba de la inexistencia de restricción a la concurrencia, no logra refutar la afirmación acreditada por la recurrente acerca de la posible configuración del PPT a medida de una determinada casa comercial.

Por tanto, estimamos que ha quedado acreditada la falta de justificación de las características técnicas adicionales exigidas en el PPT con posterioridad a la aprobación de los pliegos, sin que el órgano de contratación haya logrado rebatir que aquellas solo puedan ser cumplidas por un solo licitador en los términos constatados en el recurso, e imposibiliten la presentación de ofertas que garanticen el principio de concurrencia en un procedimiento abierto como el que nos ocupa.

Con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso con la consiguiente anulación del Anexo I del PPT, con relación al lote nº 17, y de los pliegos que rigen la contratación, incluida la de aquellos actos del expediente relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial interpuesto por la entidad **MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado « Suministro de tracto sucesivo y precios unitarios, de material específico para cirugía cardiovascular con disponibilidad de uso y mantenimiento de equipamiento necesario para la utilización del material, con destino a los centros hospitalarios adscritos a la Central Provincial de Compras de Cádiz CCA. 6SCR-DK» (Expediente CONTR 2023 0000608096), con relación al lote 17 convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia, anular el Anexo I del PPT, con relación al lote nº 17, y los pliegos que rigen la contratación, incluida la de aquellos actos del expediente relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal mediante Resolución 120/2023, de 20 de octubre.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.



Resolución aclaración 17/2023 (Resolución 539/2023)

Recurso 492/2023

Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 1 de diciembre de 2023

VISTA la solicitud de aclaración formulada por el **HOSPITAL UNIVERSITARIO PUERTA DEL MAR DE CÁDIZ**, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, respecto a la Resolución 539/2023, de 27 de octubre, de este Tribunal, dictada en el recurso especial en materia de contratación 492/2023 interpuesto por la entidad **MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado «Suministro de tracto sucesivo y precios unitarios, de material específico para cirugía cardiovascular con disponibilidad de uso y mantenimiento de equipamiento necesario para la utilización del material, con destino a los centros hospitalarios adscritos a la Central Provincial de Compras de Cádiz CCA. 6SCR-DK» (Expediente CONTR 2023 0000608096), con relación al lote 17 convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El pasado 27 de octubre de 2023, este Tribunal dictó la Resolución 539/2023 en la que se acordó estimar el citado recurso y, en consecuencia, anular el Anexo I del PPT, con relación al lote nº 17, y los pliegos que rigen la contratación, incluida la de aquellos actos del expediente relacionados con su aprobación. Consta que la referida Resolución fue notificada con fecha 6 de noviembre de 2023.

SEGUNDO. El 29 de noviembre de 2023 ha tenido entrada en este Tribunal, escrito del órgano de contratación en el que solicita aclaración de la citada Resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPER).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El artículo 32 del RPER establece que *«Si el órgano de contratación o alguno de los interesados en el procedimiento de recurso que hubiera comparecido en él, considera que la resolución contiene algún concepto oscuro o algún error material, podrá solicitar su aclaración o rectificación en el Registro de Tribunal dentro de plazo de tres días hábiles a contar desde la recepción de su notificación.»*

El Tribunal deberá pronunciarse sobre la aclaración o rectificación solicitada dentro de día hábil siguiente a aquél en que se hubiera recibido.»



Pues bien, la solicitud de aclaración formulada por el órgano de contratación ha sido presentada fuera de plazo puesto que se ha recibido en el registro de este Tribunal el 29 de noviembre de 2023 y la resolución de la que trae causa fue notificada con fecha 6 de noviembre de 2023.

No obstante, y pese a la preclusión del trámite, este Tribunal procede a analizar la solicitud presentada.

SEGUNDO. El órgano de contratación solicita aclaración de la citada Resolución en los siguientes términos:

«En la Resolución 539/2023, 27 de octubre de 2023, dictada en el Recurso Especial en materia de contratación administrativa n.º 492/2023, literalmente se acuerda:

«Estimar el recurso especial interpuesto por la entidad MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado «Suministro de tracto sucesivo y precios unitarios, de material específico para cirugía cardiovascular con disponibilidad de uso y mantenimiento de equipamiento necesario para la utilización del material, con destino a los centros hospitalarios adscritos a la Central Provincial de Compras de Cádiz CCA. 6SCR-DK» (Expediente CONTR2023 0000608096), con relación al lote 17 convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia, anular el Anexo I del PPT, con relación al lote n.º 17, y los pliegos que rigen la contratación, incluida la de aquellos actos del expediente relacionados con su aprobación.»

A la vista del transcrito pronunciamiento, pareciera que, no obstante, la literalidad del mismo, en aplicación del principio de conservación del acto administrativo (“in favor acti”), recogido en nuestro ordenamiento jurídico, el alcance de la anulación acordada solo afectaría al lote n.º 17, pudiéndose proseguir la licitación respecto del resto de lotes e iniciar una nueva licitación solo para el expresado lote, convenientemente corregido.

En tal sentido la Mesa de Contratación celebrada el pasado 24 de los corrientes, en orden a la mayor seguridad jurídica de las actuaciones que haya de adoptar el órgano de contratación para dar cumplimiento a la calendada resolución, propuso que, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, se solicitara aclaración sobre la duda manifestada, lo que se hace mediante el presente escrito.»

En definitiva, lo que plantea es que se aclare el alcance de la anulación acordada a fin de que se determine si aquella afecta únicamente al lote 17.

En este sentido, indica que, en aplicación del principio del *favor acti*, el alcance de la anulación solo afectaría al lote 17, pudiendo proseguir la licitación respecto del resto de los lotes e iniciar una nueva solamente para el mencionado lote, una vez efectuada la pertinente corrección.

TERCERO. El artículo 32 del RPER respecto a la aclaración y rectificación de las resoluciones de los Órganos administrativos de resolución de recursos contractuales coincide literalmente con el contenido del artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ambos preceptos, cada uno en su ámbito de aplicación, limitan la aclaración a la posibilidad de eliminar la confusión que pueda haber provocado algún concepto oscuro de una resolución administrativa o judicial, y la rectificación a la oportunidad de corregir algún error material en que se haya incurrido, sin que tales instrumentos puedan servir, en modo alguno, para modificar las declaraciones jurídicas contenidas en las mismas.

Como señala el Auto aclaratorio de la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (Roj: AATS 13895/2018) en su fundamento de derecho tercero *«No se observa oscuridad alguna en los pronunciamientos de la sentencia en los concretos aspectos a los que se refiere el escrito de*



la parte actora, ya que los mismos exceden de lo que es propio de los que están legalmente previstos para esa finalidad, según lo que se prevé en el artículo 267 de la LOPJ, que únicamente -como hemos expresado- admite ese trámite para aclarar algún concepto oscuro, rectificar errores materiales o suplir cualquier omisión que contenga el auto o sentencia a que se dirige, sin que, por tanto, pueda servir para otra finalidad como pretende la parte recurrente que, en definitiva, pretende someter a crítica una sentencia judicial que es firme. Así, bajo la invocación de la solicitud de aclaración de la sentencia de 29 de noviembre de 2018, la recurrente muestra su discrepancia con lo acordado en dicha sentencia. O, más propiamente, que se le aclare porqué, a su juicio, no se habrían tenido en cuenta los elementos fácticos de las conclusiones y pretensiones (...)».

En el supuesto examinado, la afirmación contenida en el acuerdo primero de la Resolución 539/2023 que dispone, en lo que aquí interesa, la anulación del PCAP en cuanto al Anexo I del PPT con relación al lote nº 17 y los pliegos que rigen la licitación, incluida la de aquellos actos del expediente relacionados con su aprobación” puede suscitar la duda que se le ha planteado al órgano de contratación en el sentido de si el alcance de la anulación afecta a todo el pliego o solamente al Anexo I del PPT con relación al lote nº 17 de tal forma que se pueda continuar la licitación de los restantes lotes, e iniciar una nueva licitación, respecto del lote 17, una vez convenientemente corregido.

Entendemos que, a la vista de ello, procede aclarar dicha oscuridad en el sentido que indicamos a continuación.

La Resolución 539/2023 en el fundamento de derecho sexto dispone la anulación del Anexo I del PPT con relación al lote nº 17 y de los pliegos, así como de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, *debiendo en su caso convocarse una nueva licitación*. En idénticos términos se pronuncia en el acuerdo primero. Tal previsión responde a las exigencias del artículo 57.2 *in fine* de la LCSP. Por tanto, si en cumplimiento de la resolución del Tribunal debe anularse el acto de aprobación del pliego, es porque habrá de aprobarse nuevamente un pliego que, como mínimo, contenga las correcciones oportunas de la cláusula anulada (en este caso del Anexo I del PPT con relación al lote nº 17).

En este sentido, la expresión “*en su caso*” utilizada en el fundamento de derecho sexto de la Resolución 539/2023 hace referencia a que, si la entidad contratante persiste en la obligación de satisfacer las necesidades que se persiguen con el presente contrato, deberá convocar una nueva licitación previa aprobación del PCAP correspondiente. Por tanto, el alcance de la anulación afecta a todo el pliego y no solamente al Anexo I del PPT.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

ÚNICO. Haber lugar a la aclaración solicitada por el órgano de contratación respecto de la Resolución 539/2023, de 27 de octubre, por la cual se estima el recurso especial interpuesto por la entidad MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado «Suministro de tracto sucesivo y precios unitarios, de material específico para cirugía cardiovascular con disponibilidad de uso y mantenimiento de equipamiento necesario para la utilización del material, con destino a los centros hospitalarios adscritos a la Central Provincial de Compras de Cádiz CCA. 6SCR-DK» (Expediente CONTR 2023 0000608096), con relación al lote 17 convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz en los términos expuestos en el fundamento de derecho tercero de la presente Resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de



Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

