

Recurso nº 343/2024
Resolución nº 335/2024

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 29 de agosto de 2024 el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la sociedad SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. (en adelante, “SIEMENS”), contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de “Suministro de una sala, de equipo de rayos de cardiología intervencionista para el servicio de cardiología del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, expediente: 2024000056, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE de 23 de julio de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 770.000 euros, con un plazo de ejecución de un mes.

Segundo. - El 14 de agosto de 2024, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la recurrente contra los pliegos del contrato de referencia.

Tercero. - El 21 de agosto del 2024, el órgano de contratación remitió, junto al recurso, el expediente de contratación y el informe, a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - Este Tribunal tiene acordado como criterio interpretativo de la legitimación del recurrente no licitador el análisis exclusivamente del perjuicio que le causen las cláusulas de los pliegos de condiciones al recurrente, sin atender a la presentación o no de proposición.

Dicho criterio se basa fundamentalmente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958) que se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre

el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala que *“Los Estados miembros velarán porque, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”*.

La propia jurisprudencia citada del TJUE entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación incluyendo no solo las condiciones de solvencia de la empresa o aptitudes para contratar, sino también aquellas cláusulas que le impidan presentar una oferta viable y justificada.

El perjuicio está claramente definido en este caso si se atiende a los fundamentos del recurso.

Por todo ello consideramos que en este concreto caso el recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP está legitimado para la interposición de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos, al considerar que sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso y que le han podido impedir la presentación de oferta.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto. - Los pliegos fueron publicados el 23 de julio de 2024, presentándose el recurso el día 14 de agosto, dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto. – El recurso se fundamenta en la nulidad del apartado 8.2.1 criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, punto 2, de la Cláusula 1 del PCAP así como el apartado relativo al Tubo de Rayos X, punto 5, el apartado relativo a la mesa de exploración, puntos 3 y 6, el apartado relativo a los monitores de visualización, sala de exploración, punto 1 y el apartado relativo a los accesorios, puntos 6 y 11 del PPT por infracción de los principios de no discriminación, trato igualitario entre licitadores y prohibición de arbitrariedad, causando indefensión.

Argumenta que la configuración de los Pliegos y particularmente los apartados citados son discriminatorios y limitan la competencia a un solo fabricante exigiendo que se utilicen, únicamente, configuraciones específicas de este fabricante, cuando con otros fabricantes la aproximación sería diferente, pero se cubriría la misma funcionalidad pretendida, tanto global como individual de cada elemento.

En el presente caso, esta restricción de la competencia contenida en el PCAP y en el PPT es más evidente si se tiene en cuenta que el único fabricante de los elementos exigidos tiene una exclusiva con una determinada empresa (que, por tanto, sería la única que podría ofertar en esta contratación), lo cual impide que otras empresas, como la recurrente, puedan licitar en esta contratación. Así pues, resulta evidente que el PPT, al exigir unas especificaciones técnicas para determinados elementos (diámetro del ánodo, mesa de exploración, monitor de la sala de exploración, accesorios), sin que estas especificaciones sean necesarias para la solución completa objeto del contrato y que todas ellas, sólo cumple un determinado fabricante, está expulsando de la licitación a todas las empresas que no sean la que mantiene una exclusividad con ese fabricante.

Por otro lado, añade que, en el presente caso, además de lo expuesto anteriormente, debe tenerse en cuenta que se está ante una contratación abierta, por lo que, la entidad contratante, expresamente, ha previsto un procedimiento de contratación con varios licitadores (y varias ofertas). El procedimiento elegido por la entidad contratante no contempla que únicamente pueda existir un licitador. Si esa

hubiera sido esa su intención habría optado por un procedimiento negociado sin publicidad. Por tanto, resulta incongruente, y, por ende, contrario a la doctrina de los actos propios, el que, de una parte, el procedimiento de contratación elegido por la entidad contratante en este caso, sea el previsto para que concurren varios licitadores y se presenten diferentes ofertas, y por otra parte, el PPT y el PCAP exijan unas especificaciones técnicas respecto a determinados elementos que solo cumple un determinado fabricante y solo puede ofertar un único licitador.

Por su parte, el órgano de contratación respecto a la alegación contesta *“Por lo que respecta al PCAP, llama poderosamente la atención uno de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, cuyo cumplimiento supone la asignación de 15 puntos. Nos referimos a la actualización a la última versión disponible de la actual herramienta del servicio, que es específica para la fusión de la imagen ecocardiográfica (2D y 3D) y la fluoroscópica que permite la visualización de ambos tipos de imágenes en una única imagen en tiempo real con compensación de movimiento. Debe permitir la realización de marcas 2D y 3D y la visualización en tiempo real de un modelo cardíaco anatómico 3D con valvas sobre la fluoroscopia. Además, ha de ser compatible con el equipamiento ecocardiográfico del servicio.”*, el órgano de contratación sostiene que en la actualidad las salas de Hemodinámica no son como a las que parece referirse continuamente Siemens en su escrito (del siglo XX donde se hacen cateterismos y se implantan Stent). Las salas actuales atienden a pacientes muy complejos y muy frecuentemente se necesita ecocardiografía 2D y 3D. La nueva sala debe ser compatible con dichos sistemas que ya tiene el Hospital. Eso no quiere decir sean de la misma marca, pero sí compatibles con los sistemas actualmente en uso en el Hospital.

Respecto a las alegaciones de la recurrente referidas al Tubo de Rayos X en las que señalaba: *“Aunque es cierto que, de forma individual, un par de compañías pueden cumplir estas características de forma aislada, sólo PHILIPS puede cumplirlas todas conjuntamente.*

Así mismo, se solicita la característica “diámetro del ánodo”, la cual afecta al tamaño del tubo y no a sus cualidades clínicas, lo que se presupone un dato establecido para evitar la participación en el procedimiento de otras compañías distintas de PHILIPS.

El hecho de tener 160 mm o 140 mm no tiene ningún impacto clínico, sino que simplemente implica mayor o menor capacidad calórica del ánodo, que es otro parámetro que también se incluye en el PPT. Dicho en otras palabras, se está valorando dos veces el mismo aspecto, de tal forma que el último de ellos (ánodo súper-rotado o de rotación continua de al menos 160 mm de diámetro) se ha incluido únicamente para evitar la concurrencia en el procedimiento de adjudicación (nótese que el producto de PHILIPS presenta 200 mm de diámetro, por lo que sería la única compañía que podría cumplir tal requisito)”, el órgano de contratación alega que fue solicitada una aclaración técnica por parte de Siemens a través de la plataforma electrónica Vortal en uso en el Hospital Universitario Ramón y Cajal. La aclaración técnica textualmente decía lo siguiente: “...en el PPT se solicita “ánodo súper-rotado o de rotación continua de al menos 160 mm de diámetro”, suponemos que con esta especificación se solicita un tubo de altas prestaciones, como en potencia como en capacidad calórica. Ya que el diámetro hace referencia al tamaño del dispositivo, entendemos que un tubo de altas prestaciones, de menor tamaño, con potencias y capacidades calóricas iguales o superiores a las especificadas en el PPT, de mayor eficiencia, sería totalmente válido y este dato quedaría como “recomendable” y/o “valorable” ¿estamos en lo correcto?”. La aclaración enviada a todos los interesados en el procedimiento fue contestada por el Servicio de Cardiología del Hospital, aceptando que el planteamiento era correcto, añadiendo además que si con menos diámetro NO se pierde calidad no hay problema alguno y por tanto la aclaración fue aceptada y como tal fue informada al resto de licitadores.

A este respecto, añade que, a lo largo del recurso de la multinacional, una vez que dicha compañía acredita que ellos no disponen de algunos avances tecnológicos importantes, se cita textualmente en distintas ocasiones que dicha especificación “...es un parámetro que no tiene valor clínico”. Esta afirmación es realmente peligrosa

y no debe aceptarse por ese Tribunal Administrativo o por cualquier Centro Médico. No es una empresa o proveedor, la que puede decir, sin aportar ni siquiera una referencia científica, si tiene o no valor clínico. Son los expertos, sus consejos asesores y la Literatura Médica Internacional la que debe decidir si tiene o no valor clínico.

En relación a la Mesa de exploración, respecto a la que la recurrente alega “Se menciona como característica en el PPT una <<rotación de la mesa de al menos +/- 270°. Esta característica, sin embargo, es exclusiva de PHILIPS.

Pues bien, lo importante es que el sistema completo pueda permitir posiciones polivalentes y de zonas libres, produciéndose por los movimientos de la mesa y el propio arco. Por tanto, no es necesaria una rotación tan amplia de la mesa, que conculcaría la posibilidad de que otras compañías pudiesen concurrir al procedimiento.

Igualmente, es un parámetro excluyente que no tiene valor clínico. Lo habitual es que la mesa se gire 90° para poder pasar al paciente desde una camilla rodable a la mesa de paciente. De nuevo, el hecho disponer de 270° (como el producto de PHILIPS) o de 240° (como el producto de SIEMENS) no implica beneficio clínico, pero sí impide la concurrencia en el procedimiento de adjudicación”, el órgano de contratación manifiesta que Siemens planteó esta misma consulta en la plataforma electrónica Vortal y dirigida al órgano de contratación. La respuesta dada por el Servicio promotor fue en sentido que la rotación amplia óptima para los enfermos complejos y para tratar posibles complicaciones que surjan en los procedimientos debe ser de al menos 270° de rotación, por tanto, este aspecto no se podía modificar en el pliego.

Añade que los procedimientos actuales que se realizan en un Hospital de altísima complejidad como es el Hospital Ramón y Cajal no son solo cateterismos diagnósticos o angioplastias. Se realizan recambios valvulares percutáneos complejos. Son Centro de referencia para implantes valvulares a nivel europeo. Estas

intervenciones son muy complejas y en ocasiones pueden ocurrir complicaciones graves que requieren actuaciones de muchos especialistas simultáneamente (Hemodinámica, anestesia, imagen, enfermería, etc.) rápidas y sin obstáculos en la rotación de la mesa. Piensa que la rotación ideal, para tratar mejor posibles complicaciones en procedimientos muy complejos debe ser la establecida en el concurso, es decir al menos 270°. Siemens establece en su escrito “*no es necesaria una rotación tan amplia de la mesa*”. No considera que Siemens tenga más criterio clínico que los propios usuarios que son los que trabajan en la sala y atienden a las complicaciones.

Respecto a Longitud del Tablero, sobre el que nuevamente la empresa recurrente recalca que no aporta ningún valor clínico: “Igualmente, la página 3 del PPT menciona una “longitud del tablero no inferior a 300 cm sin extensiones, adaptadores ni acopladores” y que conculca la concurrencia en el procedimiento de adjudicación y que no tiene ningún impacto clínico, el órgano de contratación alega que al hablar de longitud del tablero se describe la longitud de la superficie útil de exploración de la mesa sin contar la posible longitud que puedan añadir accesorios como adaptadores, extensores o acopladores del tablero a la propia columna de la mesa. La longitud del tablero tiene una relevante importancia en los procedimientos clínicos, puesto que en una intervención es importante que el flujo de trabajo sea eficaz, eficiente y lo más rápido posible en determinados momentos. Es la longitud del tablero lo que permite tener a mano cualquier material necesario cerca del paciente, reduciendo los tiempos de procedimiento y acelerando los procesos asistenciales. Existen propuestas en el mercado que ofrecen soluciones de tablero con la mayor superficie útil de exploración posible sin accesorios adicionales, por lo que no es un elemento excluyente.

Por otro lado, de nuevo, si Siemens hubiera preguntado o visitado la instalación, hubiera podido comprobar que, en esa sala, de forma clave para los enfermos se realizan pruebas de cateterismo mientras el enfermo hace esfuerzo con un cicloergómetro. Este hecho es fundamental dado que es importante reseñar que para colocar el cicloergómetro para la realización de estudios hemodinámicos de esfuerzo,

se requiere espacio suficiente para su anclaje además del espacio necesario para sensor de presiones, así como demás elementos adicionales como es la consola del IVUS, guía de presión etc.

En cuanto a Monitores de visualización, la recurrente señala que su monitor de 55" es suficiente como área de visualización para los operarios: *"La página 4 del PPT enuncia la siguiente característica: <<un monitor de grado médico con al menos 58" (...)>>.*

Se trata de una característica exclusiva de PHILIPS, que no ofrece un valor clínico significativo con respecto a las 55" del resto de compañías.

Al igual que en los supuestos anteriores, la diferencia de 3" únicamente tiene como efecto evitar la concurrencia en el procedimiento de adjudicación, sin que haya un beneficio clínico en esa divergencia de 3". A este respecto, el órgano de contratación sostiene que de nuevo no se debe aceptar que una empresa decida o no si una característica técnica tiene o no relevancia clínica. Hecho en el que se basa este punto de Siemens. La relevancia clínica de este requisito viene descrita por la relación directa que tiene una mayor área de visualización con un mayor tamaño de la imagen clínica y por lo tanto con una consecuente mejora de la seguridad y el rendimiento clínico en el procedimiento.

Fundamental para casos que requieren una gran nitidez de imagen como las intervenciones en oclusiones crónicas, de nuevo aclara que se realizan en dicha sala. Este punto ha sido aportado por el Jefe de la Unidad de Hemodinámica como experto Internacional en el tratamiento de las oclusiones totales. Tampoco aporta Siemens bibliografía alguna de por qué no es clínicamente relevante, ni en que situaciones clínicas se refiere.

No es cierto por tanto que sea exclusivo de Philips como dice la reclamación en este punto. Consideran que existen en el mercado numerosas empresas que

cuentan en su portfolio con soluciones de monitores de visualización principales de la sala de exploración de 58", siendo por lo tanto éste el estándar en dimensiones.

Respecto a los Accesorios, la recurrente observa que algunos accesorios solicitados en los pliegos pueden no ser conformes a Derecho: Mando a distancia: "La página 6 del PPT cita como característica un <<mando infrarrojo a distancia para control del sistema de imagen (...)>>. Se describe que no ofrece un valor clínico significativo con respecto a las soluciones táctiles.

Así pues, deberían aceptarse soluciones similares que sí tendrían una mejora en el flujo de trabajo. El mando a distancia obliga a manipularlo con los guantes de intervención. A mayor abundamiento, tras manipular el mismo, deben cambiarse los guantes para poder volver a la zona estéril y seguir con la intervención. Sin embargo, soluciones similares, como un pedal multifunción, evitan que se manipule con los guantes y tener que cambiarlos para volver a la zona estéril, pues se manipularía con los pies.

A este respecto, el órgano de contratación manifiesta que este punto traduce una falta absoluta de conocimiento de los procedimientos que se realizan. En los procedimientos donde hay gran número de profesionales, incluidos los de imagen, el mando en ocasiones es usado por el especialista que está haciendo el ecocardiograma junto al cardiólogo intervencionista. Este no requiere tocar la mesa de intervención ni la pantalla por eso es tremendamente útil y estéril. Este punto traduce una falta de interés de Siemens por preguntar qué procedimientos pueden y se están haciendo actualmente en la sala. Los avances tecnológicos son muchas veces avances para mejorar los procedimientos en los enfermos, como este caso. El tenerlos es una mejora clave en el flujo de trabajo. El mando a distancia mejora el proceso. Les parece aventurado que una empresa afirme en el escrito que una solución no ofrece un valor clínico significativo. De nuevo salvo que aporte bibliografía científica y máxime no debe realizar estas afirmaciones la empresa que precisamente reconoce que no tiene este avance tecnológico.

Respecto al Polígrafo de Hemodinamia, el recurrente alega que “Por otro lado, la página 6 del PPT hace referencia a un <<polígrafo de Hemodinámica con capacidad de monitorización continua desde la entrada del paciente al centro hasta la sala de intervencionismo. El sistema de monitorización debe ser portátil con batería y compartir interfaz y ser integrable con el sistema de poligrafía (...)>>.”

Se trata de un producto exclusivo de PHILIPS, por lo que su mención en el PPT hace que se limiten las posibilidades de concurrencia en el procedimiento.

El órgano de contratación alega que los pacientes que se someten a una intervención en los laboratorios de hemodinámica requieren una monitorización constante, no solo desde la entrada del paciente en el hospital, si no también durante el procedimiento y después del mismo. La posibilidad de monitorización continua en todas las fases del proceso asistencial acelera los procedimientos y aporta una mayor seguridad y es por ello por lo que supone una gran ventaja clínica. Dota al servicio de la capacidad de registro de los datos del paciente en todo momento sin tener que cambiar de dispositivo y sin pérdida alguna de información crítica.

Concluye el órgano de contratación señalando que el objeto principal del expediente es la dotación de una sala de hemodinámica compuesta por el equipo de angiografía y accesorios varios disponibles para su adquisición en el mercado, como pueden ser el sistema de ecografía intravascular digital, el sistema de streaming de audio y vídeo, el polígrafo, entre otros. La posibilidad de poder adquirir estos sistemas de forma libre en el mercado conlleva la no limitación de concurrencia.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si las cláusulas objeto de controversia supone una restricción a la libre competencia.

El artículo 126.1 de la LCSP establece “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.

(...)

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».

Es criterio doctrinal unánimemente aceptado que la determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad.

Asimismo, como hemos manifestado reiteradamente es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlos tal y como dispone el artículo 28 de la LCSP.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación en el ámbito de su discrecionalidad técnica ha determinado las características específicas del suministro a realizar, sin que este Tribunal tenga competencia técnica para ponerlas en cuestión,

ni discutir la amplia justificación que, sobre cada uno de los aspectos cuestionados, ha realizado.

Por otro lado, no ha quedado acreditada la exclusividad del suministro por una única empresa, considerando que la carga de la prueba le corresponde a quien la invoca, circunstancia que no se da en el caso que nos ocupa.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

Sexto. - Al haberse dictado resolución no procede el pronunciamiento sobre las medidas cautelares.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la sociedad SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U., contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato “Suministro de una sala, de equipo de rayos de cardiología intervencionista para el servicio de cardiología del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, expediente: 2024000056.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2024.08.30 12:52