



○

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 206/2024

Resolución nº 416/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 20 de marzo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.S.E., en representación de la mercantil EXACTECH IBÉRICA, S.L.U., contra el acuerdo de no adjudicar el lote 1 del contrato de *“suministro de sistemas de artroplastia de rodilla para los pacientes del Hospital Fraternidad-Muprespa Habana”*, con expediente: PIC2023_29197, y de inicio de la tramitación de un nuevo expediente de contratación unificando los objetos de los lotes 1 y 2 del citado expediente, convocado por Fraternidad-Muprespa, mutua colaboradora de la Seguridad Social n.º 275, este Tribunal, en sesión de la fecha de referencia, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Fraternidad-Muprespa, mutua colaboradora de la Seguridad Social n.º 275, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de noviembre de 2022, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 5 de noviembre de 2022, convocó la licitación, mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, del contrato de suministro de sistemas de artroplastia de rodilla para los pacientes del Hospital Fraternidad-Muprespa Habana (expediente: PIC2023_29197), dividido en cuatro lotes, y con un valor estimado de 1.359.540,00 euros.

Segundo. Con fecha de 28 de agosto de 2023, el órgano de contratación acordó adjudicar el lote 1 del contrato (prótesis primarias) a la mercantil PROTECTRAUMA S.L., por resultar la oferta con mejor relación calidad-precio de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos.

Tercero. Con fecha de 21 de septiembre de 2023, la mercantil EXACTECH IBÉRICA, S.L.U. interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de adjudicación indicado.



En el informe emitido por el órgano de contratación con motivo de la interposición del recurso, este solicitó su estimación tras constatar que la oferta presentada por PROTECTRAUMA, S.L. no cumplía con la totalidad de las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Cuarto. Con fecha de 23 de noviembre de 2023, este Tribunal dictó la Resolución nº 1526/2023, por la que se estima el recurso interpuesto por la mercantil EXACTECH IBÉRICA, anulando la resolución de adjudicación del lote 1 en favor de PROTECTRAUMA S.L., y ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a su dictado para que, con exclusión de esa empresa, continuase aquel por sus trámites.

Quinto. Con fecha de 22 de enero de 2024, el órgano de contratación, tras verificar que el lote 2 del contrato (*“Prótesis de revisión, constreñidas y bisagra”*) había sido declarado desierto y que el lote 1 (*“Prótesis primarias”*) todavía no había sido adjudicado, acordó no adjudicar el lote 1.

Sexto. Con fecha de 14 de febrero de 2024, la mercantil EXACTECH IBÉRICA, S.L.U. interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de no adjudicar el lote 1. En su recurso solicita que se anule el referido acuerdo, por ser disconforme a Derecho, y que se acuerde la continuación del procedimiento y la necesidad de adjudicar nuevamente el citado lote 1 a la recurrente por tener la oferta económicamente más ventajosa de entre las admisibles.

Séptimo. Con fecha de 20 de febrero de 2024, previo requerimiento de la Secretaría General de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de este.

Octavo. Con fecha de 21 de febrero de 2024, la Secretaría General del Tribunal dio traslado del recurso presentado a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. No se han presentado alegaciones.

Noveno. Con fecha de 6 de marzo de 2024, la Secretaría General del Tribunal, por delegación de este, ha acordado denegar la medida cautelar por la que se solicitaba la suspensión del nuevo procedimiento de contratación iniciado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), de forma que el nuevo expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LCSP.

Segundo. El recurso se refiere a un contrato de suministros que, por su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación (artículo 44.1.a) de la LCSP). Además, el acto recurrido, por el que órgano de contratación decide la no adjudicación del lote 1 del contrato, es uno de los previstos para su impugnación a través del recurso especial en el artículo 44.2, b) del mismo cuerpo legal, por tratarse de un acto de trámite cualificado.

Tercero. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP, con arreglo al cual, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

En el presente supuesto, el acuerdo de no adjudicar se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 24 de enero de 2024, por consiguiente, la presentación del recurso el 14 de febrero de 2024 ha tenido lugar dentro de plazo de 15 días hábiles previsto en el citado precepto.

Cuarto. La legitimación se regula en artículo 48 de la LCSP que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En el presente caso, el recurso se ha interpuesto por una entidad legitimada al tratarse de una licitadora en el contrato cuyos derechos o intereses legítimos se ven directamente afectados o pueden resultar afectados por el acuerdo que se impugna al haber sido la segunda mejor clasificada en la licitación del lote 1, por consiguiente, de estimarse su pretensión podría resultar adjudicataria del contrato.

Quinto. Los motivos de impugnación planteados por la recurrente son los siguientes:

- a) Arbitrariedad del acuerdo del órgano de contratación de no adjudicar el lote 1 del contrato.



Señala la recurrente que la compatibilidad de los componentes de los lotes 1 (*"Prótesis primarias"*) y 2 (*"Prótesis de revisión, constreñidas y bisagra"*) ya era exigida por los Pliegos, por lo tanto, no está justificada una decisión de no adjudicar el contrato basada en la necesidad de garantizar dicha compatibilidad. Además, indica que los productos ofertados por la mercantil EXACTECH IBÉRICA para el lote 1 son compatibles con las prótesis de revisión de otras marcas.

A su juicio, las cirugías de revisión parcial y de sustitución parcial de prótesis de rodilla ya estaban previstas en los PPT (lotes 2 y 3), de forma que ya se cubrían todas las necesidades el servicio y se preveían los distintos supuestos en los que sería necesario llevar a cabo tal revisión.

Considera que existen múltiples diferencias técnicas entre los implantes de los lotes 1 y 2 que hacen necesaria la separación de estos en dos lotes independientes.

Señala que el órgano de contratación decide no adjudicar el lote 1 una vez que este Tribunal ha estimado un recurso especial interpuesto por la mercantil EXACTECH IBÉRICA por motivos que ya existían antes de su interposición.

Estima que el acuerdo impugnado va en contra de los actos de la propia mutua contratante realizados anteriormente en el mismo expediente por cuanto se comprobó en el procedimiento la compatibilidad de las prótesis ofertadas.

Finalmente, indica que los pliegos de licitaciones similares prevén con carácter general la licitación por separado de las prótesis primarias y las prótesis de revisión.

b) La unión de los lotes 1 y 2 limita la concurrencia, vulnerando lo establecido en el artículo 99 de la LCSP en lo relativo a la división en lotes de los contratos.

La recurrente señala que en el acuerdo impugnado se decide iniciar la tramitación de un nuevo expediente de contratación, unificando los objetos de los lotes 1 y 2 del expediente de contratación PIC2023_2919.

A su juicio, con ello, el órgano de contratación ha actuado de forma arbitraria fusionando dos lotes que anteriormente se licitaban de forma separada en base a una supuesta incompatibilidad de sus componentes. Este hecho limita la concurrencia de numerosas empresas entre las que se encuentra la recurrente, que se había presentado a la licitación del lote 1, pero no a la del lote 2. De esta forma, al unirse dos lotes, se imposibilita a la mercantil EXACTECH IBÉRICA concurrir al citado procedimiento, no existiendo razones que justifiquen la adopción de esta decisión.



Sexto. El órgano de contratación, en el informe emitido con motivo de la interposición de este recurso, señala que EXACTECH IBÉRICA realiza una serie de afirmaciones que, bajo el criterio técnico de la Unidad de Miembro Inferior del Hospital Fraternidad-Muprespa Habana, no se ajustan a la realidad. Así, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, considera que las prótesis primarias ofertadas por la recurrente no son compatibles con las prótesis de revisión de otras marcas.

Según el órgano de contratación, los sistemas de artroplastia actuales son sistemas médicos de alta tecnología sanitaria con diseños exclusivos de cada marca, de todo punto incompatibles entre sí. Cada sistema dispone de un diseño muy particular en cuanto al modo de unión de los elementos que lo configuran, pues los enganches de los polietilenos que conforman el sistema son diferentes en cada marca. Esta circunstancia provoca que los elementos del sistema de una marca sean incompatibles con los de otra casa comercial. Es precisamente esta razón la que lleva a las marcas a crear y ofrecer al mercado sus propios sistemas de “recambio”.

El informe indica que, con la decisión de no adjudicar el lote 1, el órgano de contratación trata de revertir la situación de incompatibilidad que se produciría entre las prótesis primarias a suministrar por EXACTECH IBÉRICA y las de revisión que corresponden al lote 2, declarado desierto y que habría que volver a licitar. Así las cosas, para solventar esta incompatibilidad, Fraternidad-Muprespa podría verse obligada a realizar a sus pacientes una sustitución completa de las prótesis primarias en lugar de parcial, con los siguientes perjuicios:

- Mayor agresión quirúrgica para el paciente con el consiguiente aumento de los riesgos del procedimiento.
- Mayor duración de la cirugía, igualmente con un aumento de los riesgos del procedimiento.
- Existe un mayor sangrado que, asimismo, conlleva un aumento de los riesgos del procedimiento.
- Aumento del riesgo de infección quirúrgica.
- Peores resultados clínicos.
- Mayor pérdida de stock óseo

A juicio del órgano de contratación, los inconvenientes enumerados resultan incontestables, y, sin embargo, la recurrente se esfuerza infructuosamente por demostrar las supuestas bondades de la sustitución completa de la prótesis primaria en detrimento de la realización de revisiones parciales.



El órgano de contratación considera que lo más conveniente para la salud de sus pacientes es la contratación de un sistema de artroplastia de rodilla que incluye todo tipo de prótesis, y no la contratación separada en dos lotes, por un lado, prótesis primarias, y de otro, prótesis de revisión, como inicialmente se planteó en la licitación PIC2023_29197.

En este contexto, el informe indica que habrá de realizarse un estudio individualizado de cada paciente para decidir cuál es la solución más adecuada. Así, en unos casos procederá la sustitución completa y en otros será más conveniente la sustitución parcial/revisión de las prótesis. Para llevar este criterio técnico a la práctica, Fraternidad-Muprespa debe reconfigurar la contratación del material médico incluido en los lotes 1 y 2 de la licitación recurrida, refundiendo ambos suministros, prótesis primarias y de revisión, en uno solo.

Séptimo. Expuestas las alegaciones de las partes, debe recordarse que el artículo 152 de la LCSP establece que solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. Así, el citado precepto establece lo siguiente:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

(...)”



Asimismo, debemos citar la doctrina de este Tribunal sobre la potestad de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público. En este sentido, en la Resolución 501/2020 dijimos lo siguiente:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación con la renuncia y desistimiento del contrato. De las principales resoluciones dictadas en la materia, puede destacarse lo siguiente:

a) Para que resulte procedente el desistimiento es necesario que se acredite que se ha producido un defecto procedimental o una infracción del ordenamiento jurídico de carácter insubsanable y que se produzca antes de la formalización del contrato (resolución nº 323/2016).

b) En el caso de la renuncia, por el contrario, basta con que se justifique en el expediente la concurrencia de una causa de interés público que determine la renuncia. En este sentido, se ha señalado que si el órgano de contratación es libre de iniciar o no el procedimiento de contratación, esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación. Ahora bien, ello siempre con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general (resolución nº 731/2014).

c) Para que proceda válidamente la renuncia es necesario por ello que se den tres requisitos:

i) que la renuncia se acordada por el órgano de contratación antes de la formalización del contrato;

ii) que concurra una causa de interés público y

iii) que la resolución sea motivada y que las razones se encuentren justificadas en el expediente.

(...)

Debe tenerse en cuenta que la apreciación de las causas de interés público que hayan de motivar la renuncia del contrato constituye una potestad discrecional, y por tanto su revisión por este Tribunal se encuentra forzosamente limitada y se constriñe a comprobar que se alega una causa razonable que no produzca discriminación ni arbitrariedad, y sin que sea necesario que por el órgano de

contratación se acredite exhaustivamente la concurrencia de la causa alegada, bastando con que la misma aparezca suficientemente identificada y justificada en el expediente”.

Por lo tanto, para que no concurra arbitrariedad en la decisión de no adjudicar un contrato es necesario que la decisión del órgano de contratación esté debidamente motivada, sin que pueda limitarse a apuntar de modo genérico a la existencia de un interés público, no especificando las razones concretas que avalan dicha decisión. En este sentido, en la Resolución 1120/2015 de este Tribunal, indicamos que:

“No motiva suficientemente la renuncia una invocación genérica del interés público —como la «necesidad de estudiar con mayor profundidad el sistema de gestión del servicio», o la de «analizar con más detalle el contenido de los pliegos contractuales» — sin especificar por que se da tal necesidad: la ausencia de un razonamiento que justifique la decisión adoptada, en aras a ese interés público invocado de forma abstracta, no puede justificar la renuncia al contrato so pena de incurrir en arbitrariedad”.

Asimismo, en nuestra Resolución 400/2017 señalamos que el ejercicio de la potestad de no adjudicar el contrato no requiere de circunstancias graves o excepcionales:

“La renuncia a adjudicar no está condicionada a que existan circunstancias graves o excepcionales, de igual manera que los particulares pueden no llegar a celebrar un contrato pese a que las negociaciones para su conclusión estuvieran muy avanzadas, lo mismo sucede con los poderes adjudicadores si consideran que su celebración puede suponer un riesgo para los intereses público de los que son garantes”.

Partiendo de lo anterior, habrá que examinar si en el presente caso la decisión de no adjudicar el lote 1 del contrato está debidamente justificada y motivada a efectos de proscribir la arbitrariedad. En este sentido, el Acuerdo impugnado, en sus apartados primero, segundo y tercero, señala lo siguiente:

“PRIMERO: Que el lote 2 ‘Prótesis de revisión, constreñidas y bisagra’ de la licitación de referencia ha sido declarado desierto y que el lote 1 ‘Prótesis primarias’ todavía no ha sido adjudicado.

SEGUNDO: Que los nuevos responsables de la Unidad de Miembro Inferior del HOSPITAL FRATERNIDAD-MUPRESA HABANA, han convenido en la idoneidad de unificar los lotes 1 y 2



para que las prótesis primarias y de revisión sean compatibles entre sí atendiendo a los siguientes motivos técnicos:

‘Los pacientes que precisan más frecuentemente la realización de una artroplastia de rodilla presentan una artrosis postraumática, causada por las secuelas de una fractura. La realización de dicha cirugía supone, en muchos casos, tener que utilizar implantes de prótesis primarias y de revisión durante la misma. Igualmente, en caso de que en la evolución posterior a la cirugía sea preciso realizar la sustitución o recambio de alguno de los componentes implantados, sólo se deben sustituir los componentes movilizados o deteriorados por el paso del tiempo, manteniendo el resto de elementos que se encuentren en buen estado. Esto se debe a que, realizar la sustitución total de la prótesis en vez de sustituir únicamente los componentes preceptivos, acarrea los siguientes inconvenientes:

- Supone una mayor agresión quirúrgica para el paciente, lo que aumenta los riesgos del procedimiento.*
- Aumenta la duración de la cirugía.*
- Existe un mayor sangrado.*
- Aumenta el riesgo de infección quirúrgica.*
- Los resultados clínicos son peores.*
- Provoca una mayor pérdida de stock óseo.*

Para poder realizar este recambio parcial de los componentes de una prótesis, es preciso que sean del mismo modelo para que exista compatibilidad entre los mismos’.

TERCERO: Que teniendo en cuenta cuanto antecede se hace necesario renunciar a la adjudicación del procedimiento de contratación en lo que respecta al lote 1 ‘Prótesis primarias’ para, posteriormente, convocar una nueva licitación en la que se contraten las prótesis primarias (Lote 1) y de revisión (Lote 2) bajo un mismo lote de forma que se garantice la compatibilidad de dichos materiales con los consiguientes beneficios hacia los pacientes”.

De acuerdo con lo expuesto, la decisión de no adjudicar el Lote 1 del contrato y de unificar los lotes 1 (“Prótesis primarias”) y 2 (“Prótesis de revisión, constreñidas y bisagra”) se basa en las razones



técnicas indicadas en el Acuerdo impugnado que, a juicio de los nuevos responsables de la Unidad de Miembro Inferior del Hospital Fraternidad-Muprespa Habana, justifican la idoneidad de unificar los lotes 1 y 2 para que las prótesis primarias y de revisión sean compatibles entre sí.

Por lo tanto, no puede estimarse que el acuerdo impugnado adolezca de falta de motivación ya que la decisión de no adjudicar el lote 1 del contrato está suficientemente identificada y justificada, y no se aprecia que sea arbitraria o que produzca discriminación. Cuestión distinta es que la entidad recurrente discrepe de la motivación esgrimida por el órgano de contratación.

Por todo ello, la decisión de no adjudicar cumple todos los requisitos previstos en el artículo 152 de la LCSP, pues, ha sido acordada por el órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato, se encuentra suficientemente motivada, y dicha motivación se encuentra identificada y justificada, siendo además suficientemente razonable.

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. J.S.E., en representación de la mercantil EXACTECH IBÉRICA, S.L.U., contra el acuerdo de no adjudicar el lote 1 del contrato de “*suministro de sistemas de artroplastia de rodilla para los pacientes del Hospital Fraternidad-Muprespa Habana*”, con expediente: PIC2023_29197, y de inicio de la tramitación de un nuevo expediente de contratación unificando los objetos de los lotes 1 y 2 del citado expediente, convocado por la Fraternidad-Muprespa, mutua colaboradora de la Seguridad Social n.º 275.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la



recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES