



Recurso nº 1153/2024

Resolución nº 1376/2024

Sección 1ª

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

En Madrid, a 31 de octubre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.P.D., actuando en nombre y representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra los pliegos que regentan la convocatoria del Expediente Nº 037-2024-0028, convocado para la contratación del *“Suministro de material para cirugía artroscópica para el área de control hospitalario de Madrid*, convocado por la Mutua Universal Mugenat, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 10, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por anuncio publicado en DOUE y en la Plataforma del Contratación del Sector Público el 30 de julio de 2024, la Mutua Universal Mugenat, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 10 licitó el contrato de suministro de material para cirugía artroscópica para el área de control hospitalario de Madrid. En fecha 31 de julio del mismo año se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público los pliegos contractuales. El valor estimado del contrato asciende a 882.000 euros y su tramitación es ordinaria por el procedimiento abierto. El contrato se encuentra dividido en dos lotes, y el presente recurso se refiere a ambos.

Segundo. Con fecha 20 de agosto de 2024 SMITH & NEPHEW, sociedad que opera en el ramo de los suministros que constituyen el objeto del contrato, formula recurso especial contra los pliegos en el que argumenta, básicamente:

“La forma en la que se encuentran configurados estos dos lotes, 1 y 2, en el referido Anexo A impide la concurrencia de casas comerciales distintas a Stryker Iberia S.L. (en adelante, STRYKER) y Zimmer Biomet (en adelante, ZIMMER), al exigir características concretas de



los productos que comercializan en exclusiva estas entidades y que ningún otro operador económico podría ofertar, siendo que existen distintas soluciones en el mercado que podrían cubrir la necesidad de realizar intervenciones consisten en la reconstrucción de la anatomía ósea y articular de igual modo y que la inclusión de estas características restrictivas no se encuentra justificada y no se ha hecho en los términos que exige el artículo 126 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)."

En este caso concreto, tanto el Lote 1 como el Lote 2 solicitan características técnicas que son exclusivas de una casa comercial en cada caso, lo cual restringe la participación de cualquier otra casa comercial...En concreto: a) respecto del Lote 1 el suministro 1.3 anclaje de manguito sin nudos ReelX STT o similar...Disponibilidad.. 5.5 mm con capacidad de expandirse hasta 6,5 y 4,5 mm con capacidad de expandirse 5,5mm. Señala que este requisito solo lo puede cumplir la casa comercia STRYKER. B) en el lote 2 se requiere que entre los terminales de artroscopia se incluya "terminal único con función de fresa, shaver y vaporizador", y resulta que este terminal solo lo puede ofrecer la casa comercial ZIMMER.

Tercero. El órgano de contratación en su informe al recurso interesa la desestimación del recurso en mérito a que, en relación con el anclaje del lote 1 *"encontramos disponibles en el portfolio de diferentes casas comerciales, no sólo Stryker, como por ejemplo Arthrex o Deltamedical"*. Respecto del lote 2, esto es, el "terminal único con función de fresa, shaver y vaporizador" el órgano de contratación expone las ventajas técnicas de su uso. Reconoce que se trata de un instrumento del que solo conoce una marca comercial, pero que lleva cuatro años en el mercado y es de suponer que existan otros productos con iguales funcionalidades. En todo caso, dadas las ventajas técnicas de su uso y el tiempo en el mercado, no puede considerarse una restricción a la competencia el hecho de que otras casas comerciales no hayan incluido este producto en su portfolio. Finalmente, invoca la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para fijar los requerimientos técnicos del objeto del contrato.

Cuarto. Por resolución del Tribunal de 29 de agosto de 2024 se adoptó la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, en relación con los lotes 1 y 2, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público,



por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal resulta competente en aplicación del artículo 45 y 47.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso se dirige contra un acto susceptible de recurso, de acuerdo con el artículo 44.2.a) de la LCSP, como son los pliegos.

Tercero. Vamos ahora a examinar si la recurrente, en aplicación del artículo 48 de la LCSP y 24.1 del RPERMC, debemos considerarla legitimada. Consta certificado emitido por el órgano de contratación de fecha de 2 de octubre de 2024 de los licitadores que han presentado oferta entre las que se encuentra la recurrente, al lote 1 y al lote 2. En consecuencia, no ofrece ninguna duda su legitimación para recurrir los pliegos del procedimiento.

Cuarto. El recurso ha sido formulado en el plazo de 15 días fijado en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. El recurso contiene como motivación que, pese a la apariencia en la formulación de los pliegos, existe una restricción efectiva a la competencia, puesto que solo una casa comercial en cada caso puede ofertar el producto.

Se trata de determinar si constituyen una barrera de entrada las prescripciones técnicas establecidas. Para ello hemos de partir de las características técnicas de los materiales a suministrar para cada uno de los lotes detalladas en el Anexo A del PPT.

En el lote 1 según se describe en Apartado 1.3 del Anexo A del PPT “suministro 1.3 anclaje de manguito sin nudos ReelX STT o similar (..) Disponibilidad.. 5.5 mm con capacidad de expandirse hasta 6,5 y 4,5 mm con capacidad de expandirse 5,5mm”. Requisito que según señala la recurrente sólo puede cumplirlo la casa comercia STRYKER.

Sin embargo, el órgano de contratación muestra dos casas comerciales adicionales que ofertan el producto con las características del pliego, además de la identificada por el



recurrente. Así describe que anclajes de este tipo (anclaje de manguito de 5,5 mm) se encuentran disponibles en el portfolio de diferentes casas comerciales, no sólo Stryker, como por ejemplo Arthrex o Deltamedical, aportando imágenes de los mismos con las características de esas casas comerciales.

En todo caso, además, el recurrente tenía que haber presentado pruebas de su afirmación, lo cual no ocurre más allá de la manifestación en el recurso. Por ello se aprecia que el recurso parte de una premisa errónea y resulta desacreditado, con relación al lote 1.

En relación al lote 2, de manera similar, refiere la recurrente una descripción técnica que define un único producto con exclusión de los demás y, por tanto, con restricción de la competencia. En concreto el Apartado 2.1 del Anexo A del PPT refiere entre los terminales de Artroscopia:

- Terminal único con función de fresa, shaver y vaporizador. Alega la recurrente que este es exclusivo de una marca comercial Tricera de Zimmer “es la primera pieza en el mercado que integra todo en la pieza de mano”.

En este caso, el órgano de contratación ofrece una explicación técnica sobre las razones por las que ha optado por incluir en el objeto del contrato este producto y sus ventajas.

“Se considera ‘terminal de artroscopia’ aquel instrumento motorizado que se introduce a través de pequeñas incisiones dentro de la articulación del paciente para realizar funciones concretas en dicha articulación, como puede ser el fresado de una superficie ósea, el afeitado(shave) de tejido blando o la coagulación de tejido sangrante mediante vaporizador.

En el desarrollo de las técnicas quirúrgicas estos terminales eran inicialmente de una sola función y muchos continúan siéndolo, esto significa que cada vez que el cirujano debe cambiar la función (de fresar a coagular, por ejemplo) éste debe extraer el terminal del cuerpo del paciente, solicitar el cambio de terminal a la instrumentista e introducir el nuevo terminal dentro del paciente para proseguir con la cirugía. Este cambio de terminal implica un tiempo quirúrgico y la extracción e introducción de implantes a través de las incisiones en la piel (estas atraviesan todas las capas de tejido blando desde la epidermis hasta la cavidad articular, estas incisiones se conocen como portales de artroscopia) pudiendo aumentar el riesgo de complicaciones quirúrgicas.



Por ello, muchos terminales han evolucionado a tener triple función en el mismo terminal, ahorrándole al cirujano el cambio de terminal durante la cirugía, acortando los tiempos quirúrgicos y disminuyendo las probabilidades de complicaciones en los portales de artroscopia, conllevando a una menor tasa de complicaciones quirúrgicas.

Un motor de triple función tiene la ventaja técnica de poder realizar tres funciones con un solo material, no necesitando la extracción e introducción repetida a través de los portales y acortando los tiempos quirúrgicos. Por ello, nuestro equipo quirúrgico lleva tiempo usando este tipo de terminal observando las ventajas técnicas del mismo y es por este motivo, y no otro, que se ha incluido en el anexo A del PPT.

Tal y como refiere la recurrente, la marca comercial TRICERA de ZIMMER es la primera pieza en el mercado que integra todo en la pieza de mano(..)No obstante (...) este tipo de terminal se diseñó hace más de 4 años, por lo que cabe esperar que otras casas comerciales o licitadoras hayan desarrollado su propio motor de triple función, dadas las ventajas que suponen.”

En base a lo expuesto se considera motivado y justificado el establecimiento de esa característica técnica por el órgano de contratación. Traemos a colación la Resolución nº 866/2022 (citada por la más reciente Resolución nº 1244/2022), que expone lo siguiente:

“[...] El diseño de las especificaciones técnicas del contrato entra dentro de las potestades discrecionales del órgano de contratación, conocedor de las necesidades que pretende cubrir con la licitación.

A este respecto hemos de traer a colación el artículo 126 de la LCSP regulador de las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, cuyo tenor literal expresa que:

“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.



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

(...)

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»”.

De acuerdo con este precepto, el órgano de contratación tiene atribuida la facultad de decidir discrecionalmente sobre la forma de velar por los intereses públicos, y con ello, de configurar cuál va a ser el objeto del contrato a licitar y sus prestaciones.

Esta elección forma parte de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y de su autonomía de la voluntad. Se desconoce si existe o no otro producto igual o similar en el mercado, este tipo de terminal se diseñó hace más de 4 años, por lo que cabe esperar que otras casas comerciales o licitadoras hayan desarrollado su propio motor de triple función, dadas las ventajas que suponen. Por ello, que la recurrente (u otra posible empresa licitadora) no haya desarrollado esta tecnología como sí lo han hecho otras no puede condicionar la elección del órgano de contratación en el establecimiento del objeto del contrato para la mejor satisfacción de sus necesidades en el ámbito del artículo 28 de la LCSP.

Según certificado de licitadores expedido por el órgano de contratación el 2 de octubre de 2024, además de la recurrente y de la empresa ZIMMER citada por la misma, ha concurrido otra empresa al lote 2.



Por ello también debe rechazarse el motivo del recurso con relación al lote 2.

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. S.P.D., actuando en nombre y representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra los pliegos que regentan la convocatoria del Expediente Nº 037-2024-0028, convocado para la contratación del *“Suministro de material para cirugía artroscópica para el área de control hospitalario de Madrid*, convocado por la Mutua Universal Mugenat, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 10.

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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES