



Recurso nº 388/2020 C.A. de Cantabria 17/2020

Resolución nº 694/2020

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

En Madrid, a 19 de junio de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. J.S.E., en nombre y representación de EXATECH IBÉRICA, S.L.U., contra los pliegos del procedimiento *“Acuerdo Marco para el suministro de prótesis de cadera con destino a los centros periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud”*, expediente AM PA SCS 2019/79, convocado por el Servicio Cántabro de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 27 de febrero de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que rigen *“Acuerdo Marco para el suministro de prótesis de cadera con destino a los centros periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud”*.

El valor estimado es de 8.168.040,00€

Segundo. Disconforme con el contenido de algunos aspectos de los pliegos, EXATECH IBÉRICA, S.L.U., ha presentado recurso especial en materia contratación contra los mismos. El órgano de contratación ha formulado informe solicitando la desestimación del recurso.

Tercero. Este Tribunal en resolución de 29 de mayo de 2020, resolvió conceder la medida provisional solicitada, consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que la suspensión afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 y 46 LCSP, en virtud del convenio aprobado por resolución de 5 de diciembre de 2012 entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicado en el BOE de 13 de diciembre del mismo año (prorrogado).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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.

Tercero. La entidad reclamante se encuentra legitimada en razón de su objeto social que comprende el objeto del contrato y de prosperar su pretensión tendría un beneficio directo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 del LCSP.

Cuarto. El acto recurrido es susceptible de impugnación en esta vía, al tratarse de un contrato de servicios licitado por un poder adjudicador y cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, tal como prevé el artículo 44.1.a) LCSP.

Quinto. La recurrente alega la nulidad de pleno derecho de los pliegos del acuerdo marco por vulnerar los principios de concurrencia, igualdad de trato, no discriminación y libre competencia. En la Cláusula A del Cuadro de Características del PCAP se impide que los licitadores presenten un mismo producto para varios lotes. Además, en la Cláusula M del citado Cuadro de Características, tras fijar el precio como criterio único de adjudicación (cuestión a la que más tarde se referirán en el recurso) se determina que las ofertas que no cumplan con las características exigidas en el pliego de prescripciones técnicas serán excluidas, siendo valoradas esas características con carácter previo a la aplicación de los criterios evaluables mediante fórmulas.



Señala la recurrente que las características técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas para los lotes 1, 7, 8, 9, 10, 11 y 13 resultan restrictivas de la competencia e impiden a la mayoría de las casas comerciales del sector licitar. Cita, a continuación la doctrina de este Tribunal sobre la restricción de la libre concurrencia derivada de la errónea configuración de un expediente de contratación.

Considera que existen prótesis con distintas características, configuraciones y/o materiales capaces de satisfacer igualmente las necesidades del Servicio Cántabro de Salud, adjuntando un informe técnico elaborado por la Jefa de Producto de Cadera de la recurrente, según el cual, las especificaciones exigidas en los pliegos, que difieren de las que presentan los productos de EXATECH IBÉRICA, S.L.U., están absolutamente injustificadas y faltas de toda motivación.

Por otra parte, también resulta restrictiva de la competencia la cláusula que impide presentar un mismo producto para diferentes lotes. En la mayoría de ellos se exigen cabezas de Cromo Cobalto de iguales o similares características. Así, si una empresa quisiera presentarse a los 9 lotes que cita en el recurso, se vería obligado a contar con 9 cabezas diferentes con exactamente las mismas características técnicas. Añade que lo anterior tiene relevancia respecto a la relación existente entre dos de los productos objeto de licitación: las cabezas femorales y los vástagos femorales. Según el informe técnico de la Jefa de Producto de Cadera de la recurrente cada casa comercial dispone de una mayor variedad de vástagos femorales que de cabezas femorales, porque una misma cabeza resulta apta para su uso con diferentes vástagos. Afirma que resulta recomendable, en términos de éxito de los implantes y bienestar de los pacientes, la utilización de cabezas y vástagos femorales de la misma casa comercial porque de esta forma se evitan eventuales problemas de sensibilidad al material de fabricación y desgastes por fricción.

Concluye este punto indicando que nos encontramos ante un acuerdo marco y que, de acuerdo con lo afirmado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se encuentra sujeto a una cautela especial, como es la de que su celebración no obstaculice, restrinja o falsee la



competencia. Por ello, las cláusulas A y M del Cuadro de Características del pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas deben ser declarados nulos o, en su defecto anulados.

En segundo lugar, la cláusula M que recoge como criterio único de valoración, el precio, también vulnera el artículo 145.3.f) de la LCSP. Cita la doctrina sobre la materia de tribunales de contratación y tribunales de justicia y con base en la misma considera que no tiene cabida, en este caso, la elección del precio como criterio único para adjudicar el acuerdo marco, porque las prótesis de cadera no son productos homogeneizados en el mercado y la diferencia entre ellas no está únicamente en el precio, sino en la calidad de las características de cada casa comercial. Además, no está justificado por qué se eligió este criterio único.

Añade que hay que tener en cuenta que, cuando en un acuerdo marco se establece el precio como criterio único, se trata de supuestos en los que hay una “preselección” de los contratistas, a la que sigue una nueva licitación para la adjudicación de los contratos derivados, valorándose, en esa segunda fase, los criterios técnicos más vinculados al objeto del contrato. En este caso no existe una licitación posterior, lo que refuerza la improcedencia de utilizar el precio como criterio único.

La anulación de la cláusula M y del pliego de prescripciones técnicas en su totalidad, dado que regulan aspectos esenciales de la licitación, dan lugar a la anulación completa de los pliegos y del procedimiento de licitación, debiendo retrotraerse las actuaciones para la elaboración de unos nuevos pliegos ajustados a Derecho.

Sexto. El órgano de contratación contesta a las alegaciones del recurso, indicando, en primer lugar, respecto de la prohibición de presentar el mismo producto para varios lotes, que éstos se han creado con características completas para cada tipo de prótesis. Coincide con la recurrente en que las recomendaciones de las distintas casas comerciales es la utilización de todos los componentes de la misma casa ya que hay pequeñas variaciones de diseño entre ellas. Indica que, no obstante, las licitadoras pueden utilizar referencias cruzadas, es decir,



pueden usar un mismo componente para lotes distintos, siempre y cuando sean compatibles con ese lote concreto, sin que eso invalide el lote al que licitan, por haber usado esa referencia en otro lote distinto.

En relación con la afirmación del recurso de que las características técnicas exigidas para los lotes 1, 7, 8, 9, 10, 11 y 13 resultan restrictivas e impiden la concurrencia, señala que el licitador no acredita esta afirmación, limitándose a exponer las características de los productos que ofertaría, pero sin compararlas con los de otras casas. Está dentro del margen de discrecionalidad del órgano de contratación la definición de las necesidades a satisfacer y, conforme a las mismas, establecer las características de los productos a suministrar. La fijación de las características de los productos tiene como objetivo conseguir la satisfacción de las necesidades y no obtener la máxima concurrencia. Adicionalmente, tal y como se indicó en los informes emitidos en un recurso anterior contra los pliegos, existen al menos dos casas comerciales que pueden concurrir.

Los técnicos pretendieron realizar, al elaborar el pliego de prescripciones técnicas, una descripción tan detallada y exhaustiva que normalizase el producto. Se trata del suministro de un producto altamente cualificado, del que depende la recuperación efectiva de muchos pacientes, razón por la que se intentó la mayor concreción posible de sus características. Cita en apoyo de su tesis diversas resoluciones de tribunales de contratos.

Concluye señalando que el adjudicatario deberá cumplir en todo caso con los requisitos del Decreto 75/2019, de 23 de mayo, tal y como se recoge en el pliego, lo cual garantiza que sólo se adjudicarán los distintos lotes a aquellos licitadores que cumplan los requisitos contemplados en el citado decreto y no sólo a la oferta más baja.

Séptimo. En la resolución 594/2020, tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre los pliegos ahora cuestionados. En dicho recurso, como en el actual, el recurrente alegaba que no procede la fijación del precio como criterio único de adjudicación y que los requisitos establecidos en dos de los lotes son tan restrictivos que impiden la libre concurrencia.



En dicha ocasión, desestimamos el motivo del recurso, al igual que procede hacerlo ahora. Tampoco en esta ocasión, se acredita que con las determinaciones del pliego de prescripciones técnicas, se haya eliminado la competencia al no existir más que un solo proveedor. Decíamos entonces que

En relación con este problema, el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así en la resolución nº 1170/2017 indicamos que es al órgano de contratación al que corresponde definir las características de los bienes a suministrar para la mejor satisfacción del interés general al que sirve, puede y debe fijar las especificaciones técnicas de los bienes que de acuerdo con lo que, conforme a la experiencia y conocimientos contratados, mejor satisfacen el objeto del acuerdo marco.

Y más concretamente, en la resolución 600/2017 decíamos: En el análisis de la cuestión controvertida, debe tenerse presente que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el artículo 1 del TRLCSP, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos. Decíamos en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, “que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “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”. En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse



contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: “Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”. En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.” Y en la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, citando la Resolución 756/2014, decíamos que “Pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP”.

(...)

En la resolución 322/2020 indicamos



A lo sumo se acredita una disparidad de criterio, pero lo dicho no desvirtúa la decisión adoptada que, se repite, no restringe la libre concurrencia. A lo anterior se debe añadir que las alegaciones del recurso, formuladas en relación con la restricción de la concurrencia, carecen de fundamento desde el mismo momento que el propio PCAP prevé en su cláusula novena la posibilidad de concurrir a la licitación en forma de UTE.

Octavo. Queda por analizar la alegación relacionada con la prohibición de presentar un mismo producto para diferentes lotes. La cuestión aparece claramente resuelta en el informe, donde se da una interpretación del pliego en el sentido de que no hay que confundir componentes con productos completos, de forma que los licitadores pueden utilizar el mismo componente para lotes distintos (cuando sea compatible con lo requerido para cada lote), sin que eso invalide el lote al que licitan.

No existe, la restricción a la libre concurrencia denuncia por ese motivo.

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 J.S.E., en nombre y representación de EXATECH IBÉRICA, S.L.U., contra los pliegos del procedimiento “Acuerdo Marco para el suministro de prótesis de cadera con destino a los centros periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud”.

Segundo. Levantar la suspensión de la adjudicación acordada por este Tribunal, de conformidad con el art. 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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 10.1 k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.