



Recurso nº 840/2022

Resolución nº 923/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 21 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.P.D., en nombre y representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U contra los pliegos aplicables a la licitación del contrato de *“Suministro de Implantes quirúrgicos para artroscopia y osteotomía para los hospitales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61”* (expediente LICT/99/114/2021/0128) este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 8 de junio de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de *“Suministro de Implantes quirúrgicos para artroscopia y osteotomía para los hospitales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61”* (expediente LICT/99/114/2021/0128), dividido en 18 lotes, y cuyo valor estimado es de 11.741.333,53 euros.

El órgano de contratación ha certificado que, a fecha de 1 de julio de 2022, no hay licitadores presentados a este expediente de contratación.

Segundo. El 29 de junio de 2022 D. S.P.D., en nombre y representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos aplicables a la licitación del referido contrato.

La recurrente considera que los pliegos contienen serias irregularidades jurídicas que, a su juicio, constituyen una infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público. En concreto, el recurso se fundamenta en lo siguiente:



1. Falta de concreción de precio cierto unitario en las prestaciones exigidas. Señala la empresa recurrente que, aunque el órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica a la hora de concretar las prescripciones técnicas de los bienes que pretende adquirir, esa concreción tiene que ser clara, concisa y adecuada a la legislación.

Tras indicar que el Pliego contempla dos supuestos, a efectos del suministro de productos e instrumental (pedidos puntuales/depósito condicional y artículos en depósito), la recurrente señala que la cláusula 4.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), relativa a los *“Contenedores de Esterilización”*, establece que *“En el caso de que FREMAP lo considere necesario, el adjudicatario del suministro de implantes e instrumental que requieran esterilización, pondrá a disposición de FREMAP, en depósito, contenedores de esterilización que dispongan de filtro estéril o de un solo uso (con suministro de los consumibles incluidos)”*. La recurrente considera que esa redacción, supeditada a que *“FREMAP lo considere necesario”*, impide al licitador conocer la repercusión presupuestaria que ello implicará al determinar el precio de su oferta. El pliego, sostiene, *“viene a afirmar que ‘se acordará con el adjudicatario el número, características y tamaño de los contenedores a suministrar’*, lo que *“invita a pensar que la puesta a disposición de dicho material en depósito y el suministro referido se realizará, por parte del adjudicatario, de forma gratuita”*, lo que constituye una quiebra de la normativa aplicable, al establecer una obligación de suministrar un producto sin coste alguno, vulnerando los principios de proporcionalidad y onerosidad que deben regir la contratación pública. Ello, señala, obstaculiza y dificulta la configuración de la oferta por parte de los licitadores.

La empresa recurrente añade que la cláusula 3.1 del PPT, *“Especificaciones Técnicas Comunes”*, dispone que *“se deberá incluir todos los componentes para que los implantes estén completos, aunque no aparezcan descritos”*. Y que la cláusula 6 del PPT establece que *“En cada Lote se especificará el material que deberá ceder el licitador en depósito de manera que sirva de orientación al licitador, si bien este podrá modificarse y ajustarse a las necesidades cuando se inicie el contrato. En el caso de producirse alguna modificación se avisará previamente al proveedor”*. La descripción de los lotes 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 12 y 14 (que se detalla en el recurso) no aporta, a juicio de la recurrente, información suficiente y necesaria para configurar la oferta económica, pues no describe las características y número de productos a suministrar. La descripción del PPT y de los documentos Excel *“Modelo de oferta económica del Lote x”* indican el número de unidades a suministrar de los productos



principales, pero son varios los lotes que llevan aparejados determinados elementos o componentes auxiliares de los que falta una estimación cuantitativa, además de contener problemas de indeterminación o falta de claridad y precisión.

Señala SMITH & NEPHEW, S.A.U. que, además, existen determinadas prestaciones que se indican en la oferta económica pero que no se describen en el PPT, citando como ejemplo la *“Aguja pasa hilos”* de los lotes 11 y 12, o el *“Cortador”* del lote 14.

Considera la empresa recurrente que todo ello constituye una vulneración de los principios de publicidad y transparencia, imposibilitando a los licitadores conocer los costes reales que tendrán que asumir en ejecución del contrato, pudiendo variar las exigencias a voluntad del órgano de contratación en la fase de ejecución contractual.

Invoca doctrina de varios Tribunales de Recursos Contractuales sobre la exigencia de concretar en los pliegos las prestaciones exigidas y su coste económico, la jurisprudencia sobre la interpretación de las cláusulas oscuras de los contratos (artículo 1.288 del Código Civil), y los principios de eficiencia y racionalidad en la contratación pública contenidos en los artículos 1 y 28 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), para concluir que el órgano de contratación tiene la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara y con la mayor precisión posible las características técnicas que configuran las prestaciones que serán objeto de adjudicación, adoleciendo los pliegos impugnados de falta de concreción y definición, lo que comporta inseguridad jurídica para los licitadores y una vulneración del principio de transparencia, lo que entiende que conlleva su anulación.

Añade que estas circunstancias se pusieron de manifiesto al órgano de contratación mediante una solicitud de aclaración a los pliegos, contestando la entidad contratante que *“tal y como se indica en el pliego de prescripciones técnicas, se deberá incluir todos los componentes para que los implantes estén completos, aunque no aparezcan descritos. Si el producto necesita de otros componentes para el material de uso habitual se deberá especificar en la Oferta Económica, se aceptarán siempre y cuando las características cumplan con los mínimos exigidos”*.



2. Falta de reconocimiento presupuestario de previsión del precio máximo de licitación. Se indica en el recurso que todos los lotes del expediente implican el suministro de determinados artículos que no se encuentran previstos en el presupuesto del contrato, ni se hace mención alguna a su precio máximo. Los pliegos no concretan las cantidades de los mismos, lo que dificulta la preparación de la oferta, que opera como una mera propuesta.

El modelo de oferta económica sólo contiene una referencia referida al límite de gasto que el organismo asumirá. Se trata de un presupuesto máximo que podrá asumir el órgano de contratación por la compra de la totalidad de esos materiales complementarios, pero no se establece el precio máximo a ofertar por cada uno de ellos. Pone como ejemplo el lote nº 7, cuya descripción incluye una serie de artículos que no se corresponden con las numerosas prestaciones adicionales que enumera la cláusula 6 del PPT. Y concluye que *“no solo no es posible conocer los precios máximos a licitar de estos artículos, sino que los mismos no se encuentran debidamente previstos en el presupuesto”*, lo que entiende que vulnera los artículos 110.2 y 102 de la LCSP.

La recurrente señala que planteó una segunda aclaración al órgano de contratación a este respecto, que contestó que *“si bien no serán valorados, cuando las necesidades asistenciales así lo demanden, podrán realizarse al adjudicatario pedidos de componentes aislados, estando éste obligado a suministrar cada elemento en las cláusulas en las que, como resultado de su oferta, se suscriba el contrato”*.

Solicita, por todo ello, que el Tribunal determine la ilegalidad del clausulado de los pliegos del presente procedimiento acordando su nulidad y anulabilidad. Invoca, a estos efectos, los artículos 38 de la LCSP y 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que reputa nulos los actos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*, por considerar vulneradas las normas que rigen los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración.

Tercero. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, el día 1 de julio de 2022 el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal un informe en el que se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

- Los pliegos se han redactado con precisión técnica en la indicación de los productos objeto de suministro, de acuerdo con la normativa y la doctrina en materia de contratación pública, garantizando en todo momento los principios de publicidad, transparencia y libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad.

- La recurrente no precisa los aspectos de los pliegos que necesitarían aclaración para formular su oferta, limitándose a realizar consideraciones subjetivas y a insertar “*recortes*” de partes de los pliegos que, aisladamente considerados, pueden llevar a la impresión de que es cierto cuanto manifiesta. La recurrente pretende, por vía de recurso, introducir una nueva redacción a los pliegos más adecuada a sus intereses o productos, lo cual va en contra de la LCSP y de la doctrina de los Tribunales de contratación pública que sostiene que es al órgano de contratación, y no a los licitadores, a quien compete delimitar sus necesidades y definirlas en los pliegos.

- Para fijar el valor estimado del contrato se han empleado precios del mercado, se ha tenido en cuenta los contratos actualmente en vigor y se han definido los consumos actuales, con el fin de otorgar a los licitadores la información necesaria para confeccionar sus ofertas conforme a lo establecido en el artículo 101 de la LCSP.

El órgano de contratación inserta en su informe el cuadro de justificación del valor estimado del contrato obrante en el expediente de contratación, que contiene una estimación de las cantidades aproximadas para un año y para la duración del contrato (24 meses), así como el precio máximo para cada suministro especificado en su respectivo lote. Por tanto, considera el órgano de contratación que los precios máximos se encuentran debidamente recogidos presupuestariamente en la documentación que sustenta la contratación.

- Respecto a la oferta económica, el órgano de contratación señala que está confeccionada de manera que los licitadores puedan expresar un precio cierto, de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la LCSP. Para la elaboración de la oferta económica se ha considerado los productos habituales que se realizan en una cirugía estándar, añadiéndose una bolsa de material adicional en cada uno de los lotes para contemplar los artículos que precisen las soluciones presentadas. El importe que FREMAP reserva para “*Bolsa de otro material*” está previsto para el caso de requerirse el servicio médico un producto con una medida diferente o un artículo adicional requerido en una concreta intervención, al no conocer las patologías de cada paciente.

En los contratos de actividad sanitaria no se puede establecer un precio y cantidad de todo el material del que los proveedores disponen, pues la estimación del presupuesto estaría sobrestimada, vulnerando el principio de eficiencia en la gestión de los fondos públicos. No se vulneran los principios de publicidad y transparencia, porque en las ofertas económicas de los lotes se fija un máximo de cantidades donde se indican las unidades estimadas para el material sanitario solicitado denominado como “sistema” para determinados lotes; se realiza una sugerencia de desglose por componente del sistema, en el que se indica el tipo de componente y la relación de unidades estimadas por sistema; y, además, en aquellos otros lotes que no requieren sistemas sino productos a suministrar por el licitador, se detalla el tipo de producto, la cantidad y su precio máximo. Añade que no es novedosa para la recurrente esta forma de solicitar las ofertas, pues se ha aplicado en otro expediente de licitación en los que se adjudicaron algunos lotes a la empresa recurrente.

- Respecto a la afirmación de que el material incluido en la oferta económica de determinados lotes no está incluido en el PPT, ello es debido a que existe instrumental específico de un solo uso que debe estar reflejado en la oferta económica ya que se factura por ello, y existe otro tipo de instrumental de acceso en depósito por el que no se factura y, por lo tanto, no está reflejado en la oferta económica y cuyas características dependerán del producto ofertado por el licitador. El material al que alude la recurrente (“*aguja pasa hilos*”, “*cortador*”, “*pasador de suturas*”) es instrumental específico de un solo uso, no se considera que deban cumplir unas características mínimas, ya que dependerá de las características del producto que oferte el licitador, pero como se facturan en todas las cirugías, es necesario que se incluyan en la oferta económica.

- En cuanto a la “*falta de claridad e indeterminación de las exigencias técnicas*” en los pliegos, reitera que el órgano de contratación ostenta discrecionalidad técnica y libertad para la configurar y definir los requisitos técnicos que van a exigirse a los licitadores, pues es quien mejor conoce sus propias necesidades. En el PPT, con un total de 33 páginas y en los Anexos de Características Técnicas de cada Lote, se han definido de forma óptima los productos a suministrar, de conformidad con el artículo 126 de la LCSP, que establece las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas. Los requisitos técnicos exigidos han sido definidos por los profesionales de FREMAP, en concreto por los jefes de unidades de los hospitales de FREMAP en Majadahonda, Sevilla, Barcelona y Vigo, que dirigirán su implantación en los futuros pacientes, y lo que se pretende con estas exigencias es garantizar

la máxima calidad posible en la prestación del servicio sanitario y la adecuación a la normativa de un suministro tan importante como son los implantes.

- FREMAP ha determinado las exigencias técnicas requeridas de manera exhaustiva, con el único propósito de no favorecer a ciertas empresas o ciertos productos, teniendo en cuenta la diversidad de materiales y componentes que hay en el mercado actual. Sin perjuicio de que estén totalmente especificadas las condiciones y productos necesarios para cubrir la necesidad de servicio que se desea contratar, en determinados lotes se permite que se pueda realizar de manera abierta un desglose de los productos que componen el sistema, como se evidencia en el modelo de oferta. La mera lectura del punto 6 (Características Técnicas) del PPT refleja que quedan especificadas las características mínimas técnicas que deberá tener el material sanitario para cada uno de los lotes. FREMAP no puede limitar a los licitadores con la descripción de un instrumental, ya que dependerá del implante de cada casa comercial y el instrumental que sea necesario para su óptima colocación.

El personal de quirófano ha realizado la estimación del instrumental de acuerdo con la forma en que trabaja en la actualidad, y no solo se trabaja así en los hospitales de FREMAP, sino que fuera de ellos es también una práctica generalizada. En cualquier caso, es una mera orientación que variará en función de la actividad quirúrgica y de las necesidades de cada caso concreto.

- Como se indica en los pliegos, los contenedores de esterilización solo se pedirá en el caso que FREMAP lo considere necesario, y será en el caso de que los productos no vengan en su presentación, como conoce la recurrente, pues hay casos en los que el material ya vienen en condiciones de uso y no son necesarios.

- Respecto a la solicitud de nulidad del procedimiento con base en los artículos 38 de la LCSP y 47 de la LPACAP, el órgano de contratación considera que no procede dicha petición, dado que no existe ninguna ilegalidad en el clausulado de los pliegos ni se ha prescindido de ninguna de las actuaciones del procedimiento.

Cuarto. El 5 de julio de 2022 la Secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento se rige por la ya citada LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso conforme a lo dispuesto el artículo 45.1 de la LCSP, por formar parte la entidad contratante (FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61) del sector público estatal, a los efectos de dicha Ley (artículo 3.1.f) LCSP).

Tercero. El recurso se ha presentado por persona que acredita poder bastante para actuar en representación de la empresa recurrente.

Concurre en la empresa recurrente la legitimación para recurrir prevista en el artículo 48 de la LCSP, pues ha presentado oferta a la presente licitación y previamente presentó recurso contra los pliegos que considera contrarios a Derecho.

Cuarto. El recurso se refiere a un contrato de suministros que, por su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues supera el importe de cien mil euros (artículo 44.1.a) de la LCSP).

Se recurren los pliegos de la licitación, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

Quinto. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Sexto. Entrando en las cuestiones de fondo del recurso procede examinar, en primer lugar si, como afirma la empresa recurrente, los pliegos incurrir en imprecisión en la determinación de las exigencias técnicas del objeto del contrato y del precio unitario de las prestaciones que lo conforman.

El Tribunal ha declarado reiteradamente la necesidad de que, en aras de los principios de seguridad jurídica, transparencia e igualdad en el acceso a las licitaciones públicas, el objeto



del contrato se defina en los pliegos con precisión suficiente para que todos los interesados puedan conocer el contenido concreto de las prestaciones que serán objeto de contratación y formular sus ofertas con fundamento. Así, por ejemplo, en la Resolución 991/2015, de 23 de octubre, el Tribunal indicó lo siguiente:

“A este respecto, el Acuerdo 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón señala que el objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su capacidad para concurrir a la licitación, a través de relación entre el objeto del contrato y el objeto social del licitador. En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas.”

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha recordado reiteradamente la exigencia de que la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (sentencia del Tribunal de 19 de marzo de 2010, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-50/05, Rec. p. II-1071, apartado 59).

Séptimo. Es también doctrina reiterada del Tribunal la que reconoce al órgano de contratación, en aras del interés general que subyace en la licitación, un amplio margen de discrecionalidad en la determinación del objeto del contrato y de los requisitos técnicos



exigidos en las licitaciones pública, a fin de garantizar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos (por todas, Resolución 548/2014, de 18 de julio).

La Resolución 27/2022, de 20 de enero, con cita de la resolución 1590/2021, de 12 de noviembre de 2021, señala a este respecto lo siguiente:

“Conviene recordar así, por último, que esta discrecionalidad técnica reconocida en favor del órgano de contratación viene siendo reiterada por este Tribunal. Al efecto puede citarse la Resolución nº 263/2019, de 25 de marzo del mismo año, y las que en ella se citan: «El artículo 1.1 de la LCSP establece, en similares términos al artículo 1 del derogado TRLCSP, que ‘La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa’.

Es por ello que continúa siendo totalmente válido el criterio seguido por este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, que con cita a la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y, la Resolución 756/2014, afirma 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. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración’.”

Octavo. Partiendo de las anteriores premisas, procede examinar si el objeto del contrato está definido con suficiente precisión, dentro de los límites de la discrecionalidad de la que dispone el órgano de contratación a estos efectos.

Conforme a la cláusula 1 del PPT, el objeto del contrato es *“el suministro de Artroscopia y Osteotomía e instrumental para las cirugías de miembro superior e inferior con destino a los Servicios de Traumatología de los Hospitales de FREMAP”*.

El suministro objeto de contratación se divide en 18 lotes, que conforme a la cláusula 1.1. del PPT son los siguientes:

- Lote 1: Contratación del suministro para la reconstrucción del ligamento cruzado anterior mediante varias técnicas (bitunel y monotunel).
- Lote 2: Contratación del suministro para artroscopia de rodilla - sistemas de fijación para ligamento cruzado anterior /ligamento cruzado posterior.
- Lote 3: Contratación del suministro de tornillos interferenciales.
- Lote 4: Contratación del suministro para sistema de reparación de ligamentos articulares de la rodilla.
- Lote 5: Contratación del suministro para mosaicoplastia.
- Lote 6: Contratación del suministro para sistemas de sutura meniscal (Técnica Interna -Set de sutura meniscal All -inside y técnica externa -Sistemas de fijación meniscal de dentro a fuera y de fuera a dentro).
- Lote 7: Contratación del suministro de material para artroscopia de cadera (anclajes para lesiones labrum *“todo sutura”*, fungibles asociados a la colocación de implantes *“todo sutura”* anclajes macizos con sutura para lesiones labrales rectos y curvos, anclajes para reparación de labrum vía artroscópica sin nudos, kit de acceso, artroscopia, pasador de sutura, cánulas, capsulotomo cadera, protector perineal sistema posicionamiento cadera, protectores pie/tobillo desechables sistema posicionamiento cadera).



- Lote 8: Contratación del suministro de material para artroscopia de cadera (kit de acceso, cánulas, intercambiador de portales, bisturís, pasador de suturas e implantes).
- Lote 9: Contratación del suministro para artroscopia de pie y tobillo.
- Lote 10: Contratación del suministro para artroscopia de tobillo (sistema de fijación para sindesmosis, sistema para reparación del tendón de aquiles, sistema percutáneo de reparación lisfranc).
- Lote 11: Contratación del suministro para artroscopia de hombro (anclaje de sutura impactado con nudos, anclaje de sutura impactado sin nudos con sutura incorporada, anclaje de sutura impactado sin nudos, anclaje de sutura roscado sin nudos, anclaje de sutura “*sin implante*”).
- Lote 12: Contratación del suministro para artroscopia de hombro (anclaje todo sutura, anclaje de *peek*, anclaje *peek* sin nudos, anclaje de polietileno de alto peso molecular).
- Lote 13: Contratación del suministro para artroscopia de hombro-balón subacromial.
- Lote 14: Contratación del suministro para artroscopia de mano y muñeca -sistemas de anclaje.
- Lote 15: Contratación del suministro para osteotomía valguizante de rodilla y tobillo.
- Lote 16: Contratación del suministro para osteotomía fémur y tibia distal, tibia proximal.
- Lote 17: Contratación del suministro para acortamiento de cúbito con guía de corte izquierda y derecha.
- Lote 18: Contratación del suministro para osteotomía de acortamiento cubital.

Siendo claro el objeto del contrato, procede examinar cómo se describen los distintos productos objeto de suministro. El Tribunal constata en este punto que las indicaciones técnicas recogidas en el PPT a las que la recurrente atribuye indeterminación, oscuridad o imprecisión operan como requisitos mínimos y como meras pautas orientativas, a fin de no impedir la admisión de marcas o modelos equivalentes a los descritos, lo que contravendría



el artículo 126 de la LCSP. Así, la cláusula 3.1 del PPT, bajo la rúbrica “Especificaciones Técnicas Comunes”, establece lo siguiente (el subrayado es nuestro):

“Los requisitos mínimos del suministro objeto de licitación, adicionales a los legalmente establecidas para este tipo de producto, se fijan en el punto 6. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS.

NOTA: Si alguna de las características determina una marca o modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación para la presentación de las ofertas, dicha indicación deberá entenderse como equivalente, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión previa.

Las medidas serán tomadas como aproximadas, siempre y cuando se demuestre que no afecta a la funcionalidad del artículo solicitado.

Las referencias y envases se indican como orientativas de las características de calidad mínimas que deben tener los artículos ofertados por los distintos licitadores.

Para la definición de los productos, puede darse el caso que se haya empleado de manera excepcional la referencia a una marca o producto concreto para identificar una parte del objeto del suministro, en casos en los que no es posible la definición de manera genérica por parte del personal técnico usuario del producto, en el caso concreto, la expresa admisión de que dicha mención es puramente orientativa, sin que excluya o impida formular proposiciones con otros productos de similares propiedades técnicas, y, la existencia de otros mecanismos para permitir el acceso a la licitación de cualquier interesado, impiden que dicha actuación acarree la medida extrema de la anulación del PPT.

La descripción, composición y características técnicas son a nivel orientativo y para tener una guía de las características mínimas que deberán cumplir, pero siempre se aceptarán productos cuyas características sean equivalentes o superiores.

La mención de la equivalencia a un tipo de marca determinada tiene como función ayudar y orientar al licitador en la descripción de las características técnicas de los productos objeto de la licitación. En ningún caso se pretende favorecer o descartar ninguna marca comercial ni



ningún producto. El licitador puede optar por otras marcas, siempre que la calidad técnica del producto sea igual o superior.

Se deberá incluir todos los componentes para que los implantes estén completos, aunque no aparezcan descritos.

Si el producto necesita de otros componentes para el material de uso habitual se deberá especificar en la Oferta Económica, se aceptarán siempre y cuando las características cumplan con los mínimos exigidos.

Para poder valorar la Oferta Económica se pedirá oferta del material habitual usado para cada tipo de intervención, por sistema, montaje o listado de material.

Deberán disponer de todo el material en sus diferentes tamaños y medidas, aunque para la descripción de las características/oferta económica no vengan todas descritas.

La oferta incluirá todos los accesorios, instrumental y equipamiento necesario para su implantación, que se considerarán incluidos dentro de la oferta económica propuesta.

Si en alguno de los artículos relacionados en el modelo de proposición económica, figura cualquier tipo de marca, modelo o referencia, podrán realizarse ofertas de otros productos equivalentes.

En relación a los consumos estimados de cada Lote/artículo, en ningún caso las cantidades indicadas suponen ningún compromiso ni obligación para FREMAP ni podrán utilizarse para eventuales reclamaciones por parte del adjudicatario en el que caso de que variaran durante la vigencia del contrato, dadas las múltiples variables (actividad, pacientes, etc.) que pueden afectar al número final de sistemas solicitados."

La redacción de esta cláusula pone de manifiesto que el órgano de contratación está licitando el material e instrumental necesario para ciertas cirugías, sin exigir un modelo, marca o sistema concreto de los que existen en el mercado (por ser ello contrario al artículo 126 de la LCSP), estableciendo unas características técnicas comunes en la cláusula 6 del PPT con carácter meramente orientativo, aceptando productos de característica equivalentes o superiores, y con indicación expresa de que los licitadores han de incluir todos los

componentes que requieran los concretos implantes ofertados (de cualesquiera marcas o modelos) para estar completos, aunque no aparezcan descritos en el PPT, y ello, se insiste, porque el suministro no se limita a una marca o modelo exclusivo, sino a cualquier producto que sirva para los fines del contrato (el suministro de cada uno de los 18 lotes de material de artroscopia y osteotomía para cirugías de miembro superior o inferior antes enumerados).

Abunda en ello la cláusula 4.2 del PPT que, al regular las condiciones del suministro, dispone que *“Se incluirán en el suministro del implante todas las referencias, medidas, tipologías, instrumental completo, accesorios y cualquier material necesario para llevar a cabo la intervención quirúrgica solicitada”*.

Así mismo, en el modelo de oferta económica que se anexa al PCAP se indica que *“el licitador debe indicar el desglose por componente de su sistema ofertado. El desglose propuesto a continuación es una sugerencia de la calidad de unidades que FREMAP ha estimado por sistema, pero el licitador deberá indicar el total de componentes que incluye su sistema”*.

En consecuencia, aunque la cláusula 6 del PPT cite, en algunos lotes, determinados componentes de cada sistema, ello se declara meramente orientativo, pues el suministro objeto de contratación se refiere al sistema objeto de cada lote y no a cada uno de sus componentes orientativos, que pueden variar y que, en definitiva, serán los necesarios para que, en cada caso, y según el concreto modelo ofertado, el implante ofertado esté completo.

Siendo esto así, y declarado expresamente el carácter orientativo y de mínimos de las especificaciones técnicas comunes recogidas en la cláusula 6 del PPT, queda meridianamente claro que el órgano de contratación no está exigiendo el suministro de los concretos componentes que se enumeran para cada lote, por lo que, consecuentemente, no tiene obligación de desglosar el número de unidades de todos y cada uno de dichos componentes ni tampoco su precio unitario.

El valor estimado del contrato queda definido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y en la Memoria, con inclusión de las prórrogas y del importe total y parcial (referido a cada uno de los lotes) de las posibles modificaciones.

Obra también en el expediente (documento nº 6) la justificación del compromiso del gasto en ejercicios futuros (2022-2024) a efectos de retención de crédito, que opera como límite de gasto para el órgano de contratación.

Adicionalmente, el PPT recoge en su cláusula 7, *“Consumos para la duración del contrato”*, una relación de las cantidades estimadas para la duración del contrato (24 meses), con un desglose por lotes que recoge los principales componentes de cada uno de ellos. Esta cláusula, puesta en relación con la cláusula 3.1 del propio PPT, tiene carácter informativo y orientativo pues, como se ha indicado, los pliegos admiten el suministro de productos equivalentes de cualquier marca o modelo siempre que cumplan las funcionalidades y exigencias mínimas establecidas, y siempre que la oferta comprenda todos los accesorios, instrumental y equipamiento necesarios para la correcta implantación del producto, aunque no los detalle el pliego, con la finalidad declarada de garantizar la máxima concurrencia.

Finalmente, obra en el expediente de contratación remitido (páginas 205 y siguientes de los Anexos al PCAP, documento nº 7) un documento de *“Justificación del valor estimado”* del contrato en el que se indica lo siguiente:

- El valor estimado ha sido calculado teniendo en cuenta precios de facturación actuales por consumo de los contratos que se encuentran vigentes en los hospitales del órgano de contratación.
- Para la estimación de los consumos se ha analizado el consumo previo y se ha realizado una estimación de consumos futuros teniendo en cuenta las necesidades previstas para toda la duración del contrato.
- Los precios tomados de referencia son precios de mercado, es decir, los que se están pagando actualmente en los referidos hospitales, facilitados por los proveedores para llevar a cabo la facturación.
- Se anexa un cuadro en el que se desglosan, entre otros conceptos, los productos por lote, con indicación de las cantidades estimadas para un año y para los 24 meses de duración total del contrato, el precio desglosado por producto y lote y la bolsa de otro material (a la que luego se aludirá), para cada producto y lote. En algunos de los lotes se desglosan varios de sus

componentes, sin que ello modifique el carácter orientativo que les atribuye la cláusula 3.1 del PPT.

En suma, de una lectura detenida del PPT y del examen del expediente de contratación se desprende que los pliegos ofrecen información técnica suficiente sobre el objeto del contrato y sobre el precio unitario de cada uno de los lotes objeto de licitación, sin que se aprecie oscuridad o indeterminación en ellos.

Por todo lo expuesto, ha de desestimarse el primer motivo de recurso, relativo a la falta de concreción del precio unitario en las prestaciones exigidas, con vulneración del principio de proporcionalidad y oscuridad de los pliegos.

Noveno. Refiere también la empresa recurrente falta de claridad e indeterminación de las exigencias técnicas respecto de la cláusula 4.4 del PPT que, al regular los contenedores de esterilización, dispone lo siguiente:

“En el caso de que FREMAP lo considere necesario, el adjudicatario del suministro de los implantes e instrumental que requieran esterilización, pondrá a disposición de FREMAP, en depósito, contenedores de esterilización que dispongan de filtro estéril permanente o de un solo uso (con suministro de los consumibles incluidos).

Se acordará con el adjudicatario el número, características y tamaño de los contenedores a suministrar, que deberá ser suficiente para adaptarse a las cajas en las que se remitan los implantes e instrumental objeto de suministro y al número de cirugías a realizar.

A la finalización del Contrato, del depósito condicional o del depósito permanente, el adjudicatario será responsable de la retirada de los contenedores cedidos sin coste para FREMAP.

No será necesaria la constitución de este depósito en el caso de que el adjudicatario suministre el material directamente en contenedores de esterilización”.

Se alega que la expresión *“En el caso de que FREMAP lo considere necesario”* introduce indeterminación, por desconocer el licitador el coste del suministro de dichos contenedores,

que parece que se realizarán de forma gratuita y con vulneración de los principios de proporcionalidad y onerosidad.

El Tribunal tampoco comparte este motivo de recurso. La cláusula 4.4 transcrita se inserta en el apartado 4 del PPT, relativo a las “*Cláusulas generales del suministro*”. La cláusula 4.2, referida a las “*Condiciones del suministro*”, dispone que:

“Los embalajes, contenedores, transporte, seguros, impuestos, acarreos, y descarga de productos hasta el lugar de entrega en FREMAP serán a cargo y riesgo de la empresa adjudicataria.

Los artículos objeto de licitación deberán ser suministrados en perfectas condiciones de uso, ajustándose a las especificaciones técnicas y de calidad exigidas por los Organismos competentes para su registro.

Los contenedores quirúrgicos, embalajes y sistemas de transporte deben estar ordenados y asegurar que no se produzca deterioro alguno de los artículos.

Será responsabilidad del adjudicatario el mantenimiento en buen estado de los implantes, instrumental y contenedores cedidos. El mantenimiento preventivo y correctivo, por servicio técnico oficial u homologado, de los artículos (implantes, instrumental, etc.) y contenedores cedidos a FREMAP, irá a cargo del adjudicatario que deberá presentar al servicio de Quirófano de cada Hospital las actuaciones llevadas a cabo en dichos elementos”.

De dicha cláusula se desprende que el PPT impone al contratista la obligación de facilitar los implantes y el instrumental objeto de suministro en perfectas condiciones de uso, asumiendo su mantenimiento preventivo y correctivo, así como el coste de los contenedores cedidos a FREMAP. Dichos contenedores no integran propiamente el objeto del suministro, sino que forman parte de las condiciones impuestas para la adecuada entrega y mantenimiento de los implantes suministrados (como también lo son el embalaje, los seguros, el transporte y la descarga). Aunque la expresión “*en caso de que FREMAP lo considere necesario*” pueda parecer imprecisa, una lectura comprensiva de toda la cláusula 4 permite concluir que los contenedores de esterilización serán los necesarios para adaptarse a las cajas en las que se remitan los implantes y el instrumental suministrados y que no será necesario ese depósito

cuando los productos suministrados se presenten directamente en contenedores de esterilización.

Los licitadores que oferten productos directamente suministrados en contenedores de esterilización no tendrán que constituir ningún depósito. Aquellos otros que no lo hagan deberán tener en cuenta, al tiempo de formular su oferta, que se impone, como condición de entrega y mantenimiento del suministro, la obligación de facilitar a FREMAP contenedores de esterilización en el número, características y tamaño que se acuerde con el órgano de contratación, pero siempre en número suficiente para adaptarse a las cajas en las que se remiten los implantes y el instrumental objeto de suministro.

Cabe añadir que la cláusula 4.1 del PPT contempla 2 modalidades de prestación del suministro:

- Pedidos puntuales/depósito condicional.
- Artículos en depósito.

La primera de dichas modalidades se articula mediante pedidos realizados *“por vía telefónica, por correo electrónico o por fax”*, con un plazo de entrega de 24 horas para pedidos no urgentes y de 6 horas para pedidos urgentes. Es lógico entender que, en este último supuesto (pedidos urgentes con plazo de entrega inferior a 6 horas) el órgano de contratación pueda decidir que no sea necesario facilitar contenedores de esterilización de los implantes suministrados (en el caso de que no se presenten en tal formato), con lo que cobra pleno sentido la expresión *“en el caso de que FREMAP lo considere necesario”*.

En definitiva, los pliegos impugnados recogen, como condición de la entrega, la obligación de facilitar los implantes en contenedores cuyo coste corre a cargo del adjudicatario, sin perjuicio de que, excepcionalmente, y en función de las concretas circunstancias del caso, pueda dispensarse de la obligación de aportar contenedores de esterilización para los implantes que no se suministren en ese formato.

Décimo. Tampoco resulta atendible el motivo de recurso relativo a la falta de reconocimiento presupuestario y de previsión del precio máximo de licitación, vinculado al modelo de oferta económica, que incluye una partida de *“Bolsa de otro material”* en cada uno de los lotes.

Sostiene la empresa recurrente que se trata del presupuesto máximo que podrá asumir el órgano de contratación por la compra de materiales complementarios a los que son objeto de suministro, pero que no se establece el precio máximo a ofertar por cada uno de dichos materiales, cuando las prestaciones deben encontrarse recogidas en el desglose presupuestario y debidamente cuantificadas, lo que, a su juicio, vulnera los artículos 100.2 y 102 de la LCSP. Entiende que se está obligando al licitador a ofertar un número indeterminado de productos, sin tener en cuenta estimación alguna de cantidad y sin definir el precio máximo de dichos productos.

El modelo de oferta económica que figura para cada uno de los lotes exige diferenciar dos partes:

“Además, el licitador deberá cumplimentar el Excel denominado Modelo de Oferta Económica correspondiente al lote al que se presenta:

Apartado A) OFERTA ECONÓMICA PARA TODOS LOS PRODUCTOS:

- *Deberá indicar el precio ofertado correspondiente y referencia del producto.*
- *El precio unitario deberá expresarse en euros, con dos decimales impuesto/s indirecto/s no incluido/s.*
- *El precio no podrá ser menor o igual a 0.*
- *Al introducir el precio unitario ofertado se multiplicará automáticamente por las unidades para la duración inicial del contrato y se calculará el Total de la Oferta para la duración del contrato.*

(...)”.

Apartado B) LISTADO COMPLETO DE ARTÍCULOS:

Adicionalmente, el licitador deberá cumplimentar del Excel ‘Modelo de oferta Económica (del Lote al que se presenta)’ la segunda pestaña denominada, LISTADO COMPLETO DE ARTICULOS, que corresponde a los artículos que se facturarán mediante la Bolsa de Otro Material, el licitador indicará un listado completo que recoja la totalidad de referencias disponibles (adicionales a los valorados en el listado del Excel de la ‘OFERTA ECONÓMICA’),



y relacionados con el objeto del lote correspondiente (detallando todos los Componente/Tipo, Referencia, Descripción del componente, Medidas, GTIN (en caso de disponer de ello), Precio unitario ofertado SIN IVA) para cada Lote al que se presente, que si bien no serán valorados, cuando las necesidades asistenciales así lo demanden, podrán realizarse al adjudicatario pedidos de componentes aislados, estando éste obligado a suministrar cada elemento en las cláusulas en las que, como resultado de su oferta, se suscriba el contrato.

La previsión anterior es consecuencia del establecimiento en el PPT de una descripción exhaustiva pero abierta de cada uno de los implantes objeto de suministro, no circunscrita a un modelo o marca concreto de los que existen en el mercado. Con objeto de garantizar la máxima concurrencia, el PPT establece una serie de especificaciones técnicas orientativas que operan con carácter de mínimos, pero sin excluir que puedan ofertarse modelos o sistemas de implantes distintos, siempre que cumplan las especificaciones y requerimientos mínimos exigidos. Como ya se ha indicado, el modelo de oferta económica que se anexa al PCAP dispone que el licitador deberá indicar el desglose por componente de su sistema ofertado, siendo el desglose propuesto en el PPT una sugerencia de la calidad de unidades que FREMAP ha estimado por sistema, pero el licitador deberá indicar el total de componentes que incluye el sistema ofertado. Por el mismo motivo que el pliego no desglosa los precios unitarios de todos y cada uno de los posibles componentes de cada tipo de implante (que dependerán de las concretas marcas y modelos existentes en el mercado, siendo orientativo el desglose de componentes propuesto en el PPT), puede darse el caso de que, durante la vigencia del contrato, el órgano de contratación precise componentes aislados adicionales de alguno de los implantes contratados que, aunque no se incluyen en el precio del suministro, se facturarán de forma independiente según los precios unitarios facilitados por cada licitador en su oferta.

El montante total de esta eventual partida está fijado en el anexo al PCAP (“Justificación del valor estimado”) para cada uno de los lotes que conforman el suministro, siendo su objeto los concretos componentes del sistema en cada caso ofertado, expresamente indicados por el propio licitador en su oferta económica, y al precio unitario por él ofertado.

En suma, el importe total de esta partida está fijado en los pliegos para cada uno de los lotes, a lo que hay que añadir que cierta indeterminación es consustancial al contrato de suministro, que se define (artículo 16.3.a) de la LCSP) como aquél en el que el empresario se obliga a



suministrar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, *“sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”*.

Undécimo. Finalmente, y en cuanto a la afirmación de la empresa recurrente de que adolece de imprecisión la cláusula 6 del PPT (con arreglo a la cual *“En cada Lote se especificará el material que deberá ceder el licitador en depósito de manera que sirva de orientación al licitador, si bien este podrá modificarse y ajustarse a las necesidades cuando se inicie el contrato”*), ha de tenerse en cuenta que el PCAP (documento 7 del expediente, páginas 205 y siguientes) regula, con sujeción al artículo 205 de la LCSP, las modificaciones contractuales expresamente previstas, que no podrán superar el 20% del presupuesto, y que podrán responder al incremento de actividad, a la aparición de nuevas necesidades o a cambios de criterio de FREMAP o de la normativa aplicable, cuantificando el importe máximo de dichas modificaciones para cada uno de los lotes objeto del contrato.

Por tanto, la modificación del material suministrado en la modalidad de depósito es admisible conforme a los pliegos y dentro de los límites expresamente previstos en ellos.

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., en nombre y representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U contra los pliegos aplicables a la licitación del contrato de *“Suministro de Implantes quirúrgicos para artroscopia y osteotomía para los hospitales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61”* (expediente LICT/99/114/2021/0128).

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 sanción 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.