**Recurso nº 336/2020 C.A. de Cantabria 14/2020**
**Resolución nº 594/2020**

# RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de mayo de 2020.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.P.R., en nombre y representación de B. BRAUN SURGICAL, S.A., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para contratar el "*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; 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 el *"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, B. BRAUN SURGICAL, S.A., ha presentado recurso especial en materia contratación contra los mismos.

**Tercero.** El órgano de contratación ha formulado informe solicitando la desestimación del recurso. Después, remitió un segundo informe de índole técnica que no pudo emitirse inicialmente debido a la situación de emergencia sanitaria.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

**Cuarto.** Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 15 de abril de 2020 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, 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.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 28 de noviembre de 2012 (BOE de fecha 13/12/2012), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 2 de febrero de 2016 (BOE de fecha 11/02/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 4 de diciembre de 2018 (BOE de fecha 14/12/2018); al tratarse de un contrato de suministros licitado por un poder adjudicador y cuyo valor estimado supera 100.000,00 euros, tal como prevé el artículo 44.1.a) de la LCSP.

**Segundo.** El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

**Tercero.** La recurrente 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 de la LCSP.

**Cuarto.** El acto recurrido es susceptible de impugnación en esta vía.

**Quinto.** La recurrente alega la violación del artículo 145.2 de la LCSP que establece que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y

cualitativos. A continuación cita erróneamente, en apoyo de su tesis el artículo 150 del TRLCSP, cita que debe entenderse referida al artículo 145 de la LCSP, en concreto su apartado 3 que establece que "*la aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos: f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación"*.

En el pliego se ha previsto como único criterio de adjudicación el precio. Considera la recurrente que eso es inadmisible, pues la prótesis de cadera no es un producto perfectamente definido por estar normalizado en el mercado. En ese producto hay muchas características de calidad y técnicas a tener en cuenta. De hecho, en la memoria del contrato, se preveían como criterios de adjudicación sobre 100 puntos, la oferta económica (85 puntos) y las mejoras (15 puntos).

En este caso, el pliego de prescripciones técnicas ha definido para cada lote de forma muy precisa y detallada las características técnicas mínimas para licitar, siendo motivo de exclusión no cumplirlas todas.

En segundo lugar, denuncia la recurrente que los pliegos limitan la competencia con infracción de los artículos 1, 126 y 132 de la LCSP. El pliego requiere para concurrir a la licitación ir a lote completo, y cumplir todos los requisitos técnicos especificados en el pliego de prescripciones técnicas. Las características técnicas exigidas, son a su juicio, inadecuadas, por referirse de modo implícito a las especificaciones de la prótesis de unas determinadas compañías, según el lote, infringiendo los principios de igualdad y libre competencia y causando un perjuicio a B. BRAUN SURGICAL, S.A. Dicen haber identificado lotes a los que solo puede ofertar una empresa del sector, al ser la única que dispone de la combinación de todos los elementos que se solicitan.

A continuación describe exigencias del pliego que demuestran, en su criterio, la anterior afirmación. Así en el lote 1, además de no incluir en el tamaño medio del poro un rango de medidas, sino una exacta, se menciona el sistema de unión con el inserto mediante

cono VIP o Prótesis de Interfaz Variable o dispositivo antirotación para insertos de polietileno, utilizando la misma descripción del producto PINNACLE del suministrador DePuy Synthes. En las tallas se solicita el mismo rango que las del producto anteriormente referenciado de Johnson&Johnson. Tampoco en el vástago femoral se permite rango o tolerancia de medidas. Sólo Johnson&Johnsosn dispone de la combinación completa de todos los componentes solicitados en el lote 1.

Por lo que se refiere al lote 5, en la descripción del componente Acetabular se utiliza la misma descripción del sistema a TRIDENT que aparece en la página web de Stryker. En las características del vástago femoral se utiliza la misma descripción que la del producto "Secur-fit Advanced" que aparece también en la página web de Stryker. Únicamente esta empresa dispone de la combinación completa de todos los componentes solicitados en el lote 5.

Se añade a todo lo anterior, que estamos ante la licitación de un Acuerdo Marco para elegir proveedores para todos los órganos periféricos de atención especializada del Servicio Cántabro de Salud, por lo que carece aún de menos sentido el configurar el lote de forma tan restrictiva y limitativa de la concurrencia.

**Sexto.** El órgano de contratación indica que fue la pretensión de los técnicos que elaboraron el pliego de prescripciones técnicas, el establecer una descripción tan detallada y exhaustiva que normalizase el producto. Añade que se trata de un producto altamente cualificado, del que depende la recuperación efectiva de muchos pacientes, por lo que los especialistas pertenecientes al Servicio Cántabro de Salud intentaron realizar la mayor concreción posible en sus características. No se limita la concurrencia, sino que se trata de adquirir un producto que cumpla con las necesidades curativas que se persiguen.

En el informe adicional de carácter técnico, se indica fundamentalmente que no es cierto que con las especificaciones establecidas pueda presentar oferta una única empresa en los lotes 1 y 5. En el lote 1, otro licitador que cumpliría los requisitos sería Evolutis (se adjuntan las fichas de los productos como documento anexo al informe complementario). En el lote 5: Otro licitador que cumpliría los requisitos sería AKMedical (www.ak-

medical.net). En esta página web se puede consultar toda la información sobre los productos que suministra esta empresa.

**Séptimo.** En síntesis, la recurrente alega 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 solo un licitador está en condiciones de cumplirlos.

En realidad, B. BRAUN SURGICAL, S.A. no parece mostrarse tan en contra de la fijación del precio como criterio único, como de la estricta determinación de las características técnicas de los productos. En efecto, afirma que "*la prótesis de cadera no es un producto perfectamente definido por estar normalizado en el mercado*", pero no desarrolla esta afirmación, indicando los distintos aspectos que pueden ser valorados. El argumento de que en la memoria de la contratación se preveían unas mejoras con valor de 15 puntos, no parece determinante. En primer lugar, en dicha memoria no se especifican dichas mejoras. En segundo lugar, porque por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Por lo que no parece que en ningún momento del procedimiento de contratación estuvieran previstos criterios de valoración de la oferta que contemplaran distintas características de las prótesis.

En consecuencia, se desestima este motivo de recurso.

**Octavo.** Queda por analizar la alegación de si efectivamente la definición del objeto del contrato se ha realizado de forma restrictiva infringiendo los principios de igualdad entre los licitadores y libre concurrencia. Hay que indicar que dicha cuestión queda circunscrita a los lotes 1 y 5, pues el recurso no contiene alegación alguna respecto del resto.

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 nº 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 el 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".*

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, los técnicos que han elaborado el pliego afirman, acompañando información de los fabricantes que en los lotes concernidos existen al menos dos empresas que cumplen con los requisitos exigidos, por lo que no se vulneraría el principio de libre concurrencia por existir sólo un proveedor que cumpla las prescripciones técnicas.

En cuanto a la obligación de presentar ofertas a lote completo, tampoco puede estimarse con violación de los principios de libre concurrencia e igualdad de los licitadores. En la Resolución nº 322/2020 indicamos que:

*"Partiendo de lo expuesto con anterioridad, se debe concluir que el Pliego no incurre en ninguna infracción al haber dividido el objeto del contrato en 153 Lotes y obligar a los licitadores, de manera lógica, a que en su oferta para cada lote deban incluir la totalidad de los productos que en ellos se relacionan. Y para adoptar la decisión la LCSP de la división en lotes en su artículo 99 no exige que en el expediente conste ningún tipo de justificación tal y como si exige para la no*

*división. De las alegaciones del recurso, y del escrito presentado por la empresa interesada, se deduce que estas empresas no comparten el criterio técnico seguido a la hora de dividir los lotes, pues se les impide licitar al no suministrar la totalidad de los medicamentos enumerados. Ahora bien, el razonamiento por sí solo no evidencia una limitación de la concurrencia, pues consta en el expediente que se han presentado ofertas por otras empresas a las que la configuración de los lotes no les ha impedido licitar, y tampoco evidencian las alegaciones el error en el criterio seguido por el órgano de contratación, cuya decisión goza de discrecionalidad técnica. 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. En cuanto a la imposibilidad de concurrir como consecuencia de los requisitos técnicos establecidos en los Pliegos, ya rechazábamos en nuestra Resolución 834/2015, de 18 de 8 septiembre, que pueda erigirse lo dicho en causa de restricción de la libre concurrencia. Dice la Resolución: "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." 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*."

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.P.R., en nombre y representación de B. BRAUN SURGICAL, S.A., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para contratar el "*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.

**Segundo.** Mantener la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso 388/2020 sobre el mismo procedimiento.

**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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.