

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 6 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Custom Implants, S.L. (en adelante CUSTOM) contra los pliegos del Acuerdo Marco para “Suministro de prótesis tumorales y artoplastias en general primarias” del Hospital Universitario La Paz, número de expediente P.A. (A.M.) 2021-0-2 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 22 de marzo de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 29 de marzo en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en nueve lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.773.280 euros y su plazo de duración será de doce meses, con posibilidad de prórroga por un plazo total de cuarenta y ocho meses incluida la prórroga.

Segundo.- El 12 de abril de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CUSTOM en el que

solicita la anulación del apartado 5 de la Cláusula A- *“Características técnicas mínimas adicionales requeridas a todos los lotes del pliego de prescripciones técnicas”*.

Tercero.-El 19 de abril de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 21 de abril de 2021 , hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP,

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 22 de marzo de 2021, e interpuesto el recurso el 12 de abril de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos del Acuerdo Marco que tiene por objeto un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto a los motivos del recurso, CUSTOM alega quebranto del principio de libre concurrencia, de igual de trato entre licitadores y de no discriminación en relación con el Apartado 5 de la Cláusula A: Características Técnicas Mínimas Adicionales requeridas a todos los lotes, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Asimismo, es requisito imprescindible que las ofertas presentadas de cada producto vengan acompañadas del **soporte bibliográfico** con evidencias probadas o contrastadas que apoyen los datos técnicos y muestren **resultados clínicos en estudios y experiencia demostrable a nivel internacional.**”*

El recurrente considera que el requisito exigido no versa sobre un aspecto técnico inherente al suministro objeto del contrato y por lo tanto no debería condicionar la participación de los licitadores, a estos efectos cita el artículo 126 de la LCSP y considera que el soporte bibliográfico y la experiencia internacional excluye de facto a las pequeñas y medianas empresas de nueva creación que operan a nivel doméstico, otorgando una ventaja competitiva a un *“perfil concreto”* del licitador.

Por su parte el órgano de contratación alega que *“Hay que tener en cuenta que, el material objeto del presente procedimiento es el de suministros de prótesis tumorales y artroplastias, utilizado por la especialidad de Cirugía Ortopédica y Traumatología y en concreto en la Cirugía Ortopédica Oncológica, que trata e*

*interviene quirúrgicamente pacientes oncológicos que son muy frágiles y con defensas muy disminuidas, muchos de los cuales diagnosticados de **sarcomas óseos** o de **partes blandas**, que en un gran porcentaje de ellos son recipientes de terapias adyuvantes preoperatoria y/o postoperatoria. Por ello, cuando se indica una resección tumoral y una reconstrucción con una prótesis tumoral (ya sea modular o hecha a medida), **no es baladí, sino fundamental, que el implante indicado tenga una base científica contrastada.***

En la ciencia de la medicina, es obligado para contrastar opinión, el conocer la bibliografía relevante sobre la misma, publicaciones, ensayos, resultados clínicos, etc y sobre la misma se trabaja para ejercer tal conocimiento técnico en la recuperación de la salud, teniendo siempre como objetivo el obtener los mejores resultados posibles, siendo inexcusablemente necesarios estos datos bibliográficos para el buen fin que se pretende.

*Las mercantiles del sector que nos ocupa, en la presentación de sus productos, para su uso por la especialidad de Cirugía Ortopédica y Traumatología y en concreto en la Cirugía Ortopédica Oncológica, remarcan la bibliografía e intentan demostrar evidencias científicas de porque su producto es contrastado, significando no solo la validez del mismo, sino un plus de calidad. En definitiva, el hecho de incluir como imprescindible que las ofertas presentadas de cada producto vengan acompañadas del soporte bibliográfico, viene a **asegurar que este es el producto adecuado en calidad y dado que hablamos de pacientes oncológicos, en todos los casos, esta calidad tiene que llegar a la excelencia.** Por ello se considera un requisito necesario del producto para su aceptación y no un mero criterio a valorar para la adjudicación.*

*Asimismo, este órgano de contratación entiende que **es facultad del mismo, diseñar sus pliegos de forma discrecional**, que no arbitraria, y con pleno respeto a los principios generales que establece la Ley de Contratos del Sector Público, conector las necesidades administrativas que demanda el Hospital y conector, a través de sus facultativos especialistas, del mejor modo de satisfacerlas, debiendo configurar el objeto del contrato en atención a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no*

discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer.

En el caso que tratamos, el Hospital considera que es esencial que los productos que se le ofrezcan deben venir acompañados de las evidencias bibliográficas solicitadas, que aseguren la alta calidad que se pretende, **sin que tenga que adaptarse a las circunstancias particulares de los previsibles suministradores por muy plausibles que estas sean.**

Al respecto, hacer referencia a la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que señala que: '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'

Así mismo, tener en cuenta el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009, donde habla de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para fijar las características, diciendo: (...) 'En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores,... **no puede considerarse contrario a la libre competencia 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 Contratación Pública de Madrid: 'Se limita la competencia 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.*

*La mercantil recurrente, califica como ‘obstáculo injustificado para el acceso a las PYMES’, la inclusión del requisito expuesto en el Apartado 5 de la Cláusula A del PPT, enunciado en el Antecedente PRIMERO. Al respecto, este órgano de contratación, estima que, **no se trata de un obstáculo, simplemente es un requisitos técnicos que debe cumplir inexcusablemente cualquier oferta que licite al presente procedimiento, sin que el Hospital deba atender a las circunstancias particulares de las empresas participantes, con merma de la calidad del producto sanitario a adquirir**, siendo este el mandato del artículo 1.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuanto a la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.”*

Vistas las alegaciones de las partes, procede citar la Resolución 393/2019 de ese Tribunal “Hay que señalar en primer lugar, que como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los

contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual. Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación. A la vista de las conclusiones transcritas este Tribunal considera que nos encontramos ante un documento del expediente de contratación que contiene un componente de carácter eminentemente técnico. Podemos traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, ‘nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012. Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración’.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que ‘la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa.”

A juicio de este Tribunal, en consideración al material objeto de suministro, prótesis tumorales y artoplastias, utilizado por la especialidad de cirugía ortopédica y traumatología y en concreto en la cirugía ortopédica oncológica que interviene quirúrgicamente a pacientes oncológicos muy frágiles y con defensas disminuidas considera razonable las explicaciones dadas por el órgano de contratación para exigir que el producto venga acompañado con evidencias probadas o contrastadas que apoyen los datos técnicos y muestren resultados clínicos en estudios y experiencia demostrable a nivel internacional, pues como apunta el órgano de contratación esto asegura que éste es el producto adecuado en calidad y dado que hablamos de pacientes oncológicos, en todos los casos, esta calidad tiene que llegar a la excelencia. Por todo lo anterior, no ha quedado acreditado que se haya vulnerado el principio de acceso a los empresarios en condiciones de igualdad ni se hayan producidos obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia, por lo que el motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Custom Implants, S.L. contra los pliegos del Acuerdo Marco para “Suministro de prótesis tumorales y artoplastias en general primarias” del Hospital Universitario La Paz, número de expediente P.A. (A.M.) 2021-0-2

Segundo.- 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.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación adoptada por este Tribunal el 21 de abril de 2021.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.