

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

En Madrid, a 10 de abril de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.G.M., en nombre y representación de Exactech Ibérica, SLU, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 12 de marzo de 2013, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote B-6, del “Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud” P.A. 5/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 28 de enero de 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad, se hace pública la convocatoria para la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar por procedimiento abierto con criterio único precio, dividido en 13 lotes y con un valor estimado de 47.473.309,80 euros.

Segundo.- El punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que para la prótesis parcial de cadera primaria cementada, en el apartado de vástago femoral, éste ha de presentar entre otras características que sea de “superficie pulida-borde romo”.

Tercero.- El 12 de marzo de 2013 se reunió la Mesa de contratación para la apertura de la documentación administrativa y técnica acordando excluir a Exactech Ibérica, SLU del lote B-6, denominado “prótesis de cadera primaria. Prótesis de cadera cementada”. El motivo que en el informe técnico figura es: “excluido modelo Coron, vástago femoral no es de superficie pulida”. El día 13 se procede a la notificación a la recurrente.

Cuarto.- En escrito fechado el 21 de marzo se anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación lo que lleva a cabo el mismo día ante este Tribunal.

En particular, manifiesta que el vástago ofertado cumple las características técnicas exigidas y solo difiere en que en lugar de tener una superficie pulida la tiene lisa, siendo a efectos funcionales irrelevante y solicita que se dicte resolución declarando no ser conforme a derecho, anulando y revocando la exclusión en cadera/lote 6, acordando, en su caso, su expresa admisión, así como la retroacción del procedimiento.

Quinto.- El Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), en fecha 2 de abril, remite copia del expediente y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sexto.- El Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del lote B-6 el 22 de marzo. Asimismo dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de

cinco días hábiles para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Exactech Ibérica, SLU, para interponer recurso especial por tratarse de una persona jurídica licitadora al lote objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se documenta la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 12 de marzo de 2013, practicada la notificación el día 13 e interpuesto el recurso ante este Tribunal el día 21.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Quinto.- El SERMAS es un ente público integrado en el sector público de la Comunidad de Madrid que, de acuerdo con el artículo 3.2 del TRLCSP, tiene la

consideración de Administración Pública, a efectos de aplicación de la legislación de contratos del sector público, resultando por ello de aplicación el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril.

Sexto.- El motivo de exclusión notificado fue “*excluido modelo Coron, vástago femoral no es de superficie pulida*”.

Considera la recurrente que una prótesis que reúna todas las características exigidas, salvo la de ser su superficie lisa en lugar de pulida, resulta igualmente idónea y funcional, o bien la exigencia del requisito de “*superficie pulida*” estaría encaminada a excluir arbitrariamente a aquellos fabricantes que hayan optado por la “*superficie lisa*”, o bien, de resultar indiferente la oferta de un vástago con “*superficie lisa*”, en tanto que equivalente al vástago con “*superficie pulida*”, en ningún caso justificará la exclusión y ésta, de producirse, resultaría contraria a derecho por arbitraria.

Sustenta estas alegaciones con los siguientes argumentos:

1. El acabado liso es tan adecuado como el pulido para su implantación en el canal medular femoral mediante una cementación adecuada y proporciona una sólida fijación primaria.

2. No se han establecido evidencias científicas que permitan concluir una diferencia significativa entre la superficie lisa y la pulida, siendo el propósito funcional último el de optimizar la fijación a través de cemento.

3. En el diseño de los vástagos de cadera cementada, no solo el pulido de la superficie determina la adecuada integración primaria y homogénea del interfaz

cemento-vástago. El uso del vástago ofertado en todos los países en los que Exactech comercializa su fabricación, incluido el mercado español, ha garantizado ese nivel de integración primaria, toda vez que, además de la terminación lisa, posee otros elementos de diseño que garantizan un óptimo y homogéneo interfaz con el cemento y por consiguiente una adecuada fijación al canal medular.

4. Existen otros vástagos con un acabado de superficie lisa semejante al ofertado, pertenecientes a otros fabricantes con mayor trayectoria clínica que la ofertada por Exactech en el Lote 6, sobre los que está disponible suficiente literatura que demuestra que desde hace más de 50 años obtienen unas tasas de supervivencia muy elevadas, de más del 85 % a 20 años.

El informe del SERMAS al recurso, manifiesta que la elaboración del PPT fue resultado de un consenso técnico de un grupo de especialistas en el que se decidió (en base a criterios de efectividad) establecer el requisito de “superficie pulida del vástago” y no se estableció equiparación entre “superficie pulida” y “superficie lisa”. De hecho parece que hasta la propia empresa recurrente admite que no son iguales definiciones del vástago, toda vez que en su escrito de recurso lo que defiende es la equivalencia (en términos de efectividad clínica) de ambas descripciones. Asimismo, afirma que el grupo técnico de especialistas ha concluido que el vástago ofertado, según la ficha técnica en la que figuran fotografías del producto ofertado, no es ni pulido ni liso.

A la vista de lo expuesto, el Tribunal considera que la valoración se ha realizado en el ejercicio de las facultades de discrecionalidad técnica de la Administración y sobre estas facultades de los órganos técnicos la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto, reconoce *“la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos”* y continua: *“la*

disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado”.

Las Sentencias del mismo Tribunal Constitucional, 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo, sostienen que la existencia de discrecionalidad técnica no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Reconocen que no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrarse en algunos casos con fines determinados como ocurre *“en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico formulado por un órgano especializado de la Administración”.*

La jurisprudencia sentada entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2003, (RJ/2003/4413) refiriéndose a un acuerdo de adjudicación de un concurso y los criterios de valoración aplicados manifiesta que se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones solo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción *“iuris tantum”*, salvo que esta quede desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error debidamente acreditado por parte del que lo alega.

El Tribunal estima que en este caso no es posible apreciar que los informes técnicos, sobre la valoración de la oferta de la empresa recurrente, estén incursos en arbitrariedad o ausencia de justificación, ya que motivan el rechazo del producto basándose en que no se ajustan a las prescripciones técnicas establecidas para la licitación, las cuales fueron aceptadas por la recurrente al presentar proposición y no

impugnar, de haberlo considerado procedente, los pliegos. El Tribunal no puede sino comprobar la adecuación de la oferta a los requisitos técnicos establecidos y tanto el informe técnico como el recurrente reconoce que el vástago femoral ofertado no reúne el requisito de ser de superficie pulida. Tampoco puede valorar la equivalencia de ambas superficies (lisa/pulida) ni cual es más óptima para la fijación con cemento o los estudios clínicos al respecto. Es decir, la exclusión no es arbitraria, sino consecuencia de la oferta de un producto (vástago femoral ni pulido ni liso) que los técnicos encargados de la valoración, con criterio técnico, consideran no cumplir exigido en el PPT ni ser equivalente a lo solicitado y el Tribunal, en su labor de control, no puede sustituir la aplicación de esos concretos conocimientos especializados requeridos por la naturaleza de la actividad, sino constatar el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don M.G.M., en nombre y representación de Exactech Ibérica, SLU, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 12 de marzo de 2013, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote B-6, del “Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud” P.A. 5/2013.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión de la tramitación del lote B-6 acordada por este Tribunal el día 22 de marzo.

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 49 del TRLCSP.