



**Recurso nº 1362/2020 C.A. Cantabria 44/2020**

**Resolución nº 410/2021**

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

En Madrid, a 16 de abril de 2021.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. S.P.D. en representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra su exclusión de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para contratar el “*Suministro de material fungible de artroscopia con destino a los órganos periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud mediante procedimiento abierto*”, en el Lote nº 18, expediente AM PA SCS 2019/78 este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El 18 de febrero de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato de “*Suministro de material fungible de artroscopia con destino a los órganos periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud mediante procedimiento abierto*”, con un valor estimado de 1.870.320 euros.. El mismo anuncio se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 17 de febrero de 2020.

**Segundo.** El 20 de marzo de 2020 se acordó la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2010, de 17 de marzo. La suspensión se levantó el 7 de mayo de 2020.

**Tercero.** El 30 de abril de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la rectificación del anuncio de contratación previo; rectificación que se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 7 de mayo de 2020.

**Cuarto.** La Recurrente presentó su oferta dentro del plazo conferido para ello en el anuncio de licitación.

**Quinto.** El 3 de junio de 2020 se reunió la mesa de contratación para la apertura de la documentación administrativa y de los criterios evaluables mediante juicio de valor. Tras



considerar retirada por falta de presentación la oferta de la empresa ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L., la mesa admite la oferta de los otros licitadores- incluida la Recurrente- y acuerda la remisión de las ofertas evaluables mediante juicio de valor a los técnicos correspondientes para su informe.

**Sexto.** El 3 de agosto de 2020 los técnicos del órgano de contratación emiten un informe técnico sobre las ofertas presentadas por los licitadores. En relación con el Lote nº 18, al que se refiere la exclusión aquí recurrida, se afirma

*“LOTE 18: Sutura. Inestabilidades con dos opciones de sutura*

- *CONMED IBERIA, S.L.: Cumple PPT.*
- *ESTABLECIMIENTOS SUMISAN S.A.: Cumple PPT.*
- *SMITH&NEPHEW, S.A.U.: Cumple PPT.”*

**Séptimo.** El 12 de agosto de 2020 se reunió la mesa de contratación para la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor y la apertura de los criterios evaluables mediante fórmula. Aunque en el acta de la reunión consta la exclusión de la Recurrente y otro licitador en relación con otros lotes del contrato, todas las ofertas evaluables mediante juicio de valor presentadas para el Lote nº18 son admitidas.

**Octavo.** El 16 de septiembre de 2020 se reunió la mesa de contratación para la valoración de los criterios evaluables mediante fórmula y para formular la propuesta de adjudicación.

En cuanto al Lote nº 18, la de la Recurrente fue la oferta mejor puntuada (75 puntos), y resultó propuesta como adjudicataria.

**Noveno.** El 21 de septiembre de 2020 el órgano de contratación aceptó la propuesta de adjudicación del Lote nº 18 y requirió a la Recurrente para que presentase la documentación exigida en los pliegos en el plazo de diez días hábiles.

**Décimo.** El 2 de octubre de 2020 los técnicos del órgano de contratación elaboraron una adenda al informe de valoración de las ofertas con criterios evaluables mediante juicio de valor, en la que concluían que la Recurrente y la licitadora ESTABLECIMIENTOS SUMISAN, S.A. no cumplían con los requisitos técnicos exigidos. En concreto, se afirma que



*“LOTE 18: Sutura. Inestabilidades con dos opciones de sutura*

- *CONMED IBERIA, S.L.: Cumple PPT.*
- *ESTABLECIMIENTOS SUMISAN S.A.: No cumple PPT. No cumple medidas: presenta 2mm, 2,4mm y 3mm y se exige 2,1 mm o 2,6 mm*
- *SMITH&NEPHEW, S.A.U.: No cumple PPT. No cumple medidas: presenta 2,3 mm y 2,9 mm y se exige 2,1 mm o 2,6 mm”*

**Undécimo.** El 7 de octubre de 2020 se reunió la mesa de contratación para la lectura y valoración de la corrección al informe técnico original, la elaboración de una nueva propuesta de adjudicación del Lote nº 18 y la comprobación de la documentación del resto de lotes.

La mesa, de acuerdo con la corrección del informe técnico, acordó conceder a la Recurrente y a la otra licitadora afectada un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones en relación con la misma.

**Duodécimo.** El 28 de octubre de 2020 la Recurrente formula sus alegaciones, en las que termina solicitando del órgano de contratación que

*“PRIMERO. – Que, se tenga por presentado el presente escrito.*

*SEGUNDO. – Que se tengan en consideración las alegaciones formuladas por SMITH & NEPHEW, S.A.U., y atendiendo a los fundamentos esgrimidos, se admita de nuevo al procedimiento la oferta presentada por SMITH & NEPHEW, S.A.U., al LOTE 18 por cumplir los requisitos técnicos en los términos exigidos en los pliegos. Smith & Nephew S.A.U.*

*TERCERO. – Que, se dé traslado a mi representada de la motivación fundada que justifica el cambio de criterio de la Mesa de contratación y que comporta que, conforme a la literalidad del Pliego de Prescripciones Técnicas, se aprecie un incumplimiento de la oferta presentada por SMITH & NEPHEW, S.A.U., al LOTE 18.”*

**Decimotercero.** El 4 de noviembre de 2020 se reunió la mesa de contratación para la valoración de las alegaciones al informe técnico y para la elaboración de una nueva propuesta de adjudicación.

A modo de conclusión, el acta de la reunión recoge que



*“A la vista del informe técnico de 6 de noviembre, la mesa acuerda que los licitadores SMITH&NEPHEW SAU y ESTABLECIMIENTOS SUMISAN SA queden excluidos del procedimiento de licitación del lote 18 por no cumplir las especificaciones técnicas del PPT.*

*La mesa acuerda proponer al órgano de contratación la devolución de la garantía pedida a la empresa SMITH&NEPHEW SAU al que se le requirió como primer clasificado en este lote.”*

La fecha que figura en el acta de la reunión es el 4 de noviembre de 2020, aunque el informe en el que dice basarse de *“Respuesta a las alegaciones presentadas por SMITH&NEPHEW a la adenda del informe de valoración del acuerdo marco para suministro fungible de artroscopia con destino a los centros destino a los centros periféricos de atención especializada del Servicio Cántabro de Salud mediante procedimiento abierto AM PA SCS 2019/78. Lote 18”* es posterior, de 6 de noviembre.

En la misma reunión se propone la adjudicación del Lote nº18 a la empresa CONMED IBERIA, S.L., único licitador finalmente admitido.

**Decimocuarto.** El 4 de diciembre de 2020 la Recurrente, disconforme con su exclusión del procedimiento, interpuso frente a la misma recurso especial en materia de contratación, directamente en el registro electrónico de este Tribunal.

**Decimoquinto.** El 14 de diciembre de 2020 el órgano de contratación emitió su informe, en el que solicitó la desestimación del recurso.

**Decimosexto.** Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de diciembre 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 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.

**Decimoséptimo** Con fecha 11 de enero de 2021, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, trámite no evacuado por ninguno de ellos.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

**Segundo.** Se han cumplido las prescripciones de lugar y forma de presentación del recurso especial previstas en los artículos 50 y 51 de la LCSP.

**Tercero.** - La Recurrente está legitimada activamente para la interposición del recurso especial, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, por haber resultado su oferta la excluida del procedimiento de contratación.

**Cuarto.** - Constituye el objeto de este recurso especial la exclusión de la Recurrente del Lote nº 18 de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para contratar el “Suministro de material fungible de artroscopia con destino a los órganos periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud mediante procedimiento abierto”.

La Recurrente solicita que se declare la nulidad del acuerdo de exclusión y se retrotraiga el procedimiento, para su continuación conforme a los pliegos y la legislación vigente; subsidiariamente, interesa que el Tribunal *“considere ajustada a Derecho la rectificación de valoración de la oferta de SMITH & NEPHEW S.A.U. al Lote 18, resulte de aplicación el criterio adoptado por la Mesa de contratación respecto de la oferta presentada por CONMED IBERIA S.L. al Lote 18”*.

La Recurrente alega, en síntesis, la incorrecta exclusión de su oferta, que cumplía con los requisitos técnicos exigidas para el Lote nº18; que el órgano de contratación ha excedido los límites del principio de discrecionalidad técnica en su decisión; que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato y no discriminación, dado el incumplimiento por la empresa CONMED IBERIA, S.L. de las prescripciones técnicas del Lote nº18 y, en general, la concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección, pues se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.



El órgano de contratación, por su parte, se opone a las causas de nulidad invocadas por la Recurrente. Considera que la cuestión fundamental es si la oferta presentada por la Recurrente permitía o no un uso médico adecuado. Y que la respuesta a esta cuestión que ofrece el órgano de contratación tiene su fundamento en los pliegos rectores del contrato y está protegida por el principio de discrecionalidad técnica.

**Quinto.** Antes de entrar a resolver el fondo del recurso, este Tribunal debe delimitar con precisión el objeto de este recurso, y descartar así el análisis sustantivo de parte de las pretensiones de la Recurrente.

El único acto recurrido es el acuerdo que excluye la oferta de la Recurrente del Lote nº 18 de este procedimiento de contratación. No se recurre, y tampoco le consta a este Tribunal que se haya dictado, el acuerdo de adjudicación del contrato en favor de CONMED IBERIA, S.L., quien sí aparece propuesta como adjudicataria en el acta de reunión de la mesa de contratación, de 4 de noviembre de 2020.

En consecuencia, no procede examinar si procedía o no la exclusión de CONMED de la licitación, pues esta cuestión no afecta en nada al juicio de legalidad que debe hacerse en cuanto al acuerdo de exclusión de la parte recurrente. Los reproches sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos por la otra licitadora podrían hacerse valer, en su caso, frente al acuerdo que le adjudique el contrato, pero no respecto de la impugnación de la exclusión de otra licitadora.

**Sexto.** Delimitado el objeto del recurso, pasamos a examinar la legalidad de la resolución que se impugna, a la vista de lo alegado por la parte recurrente y los argumentos de oposición del órgano de contratación.

La cuestión principal que se suscita en este procedimiento es si la oferta de la Recurrente cumplía o no con las prescripciones técnicas fijadas en los pliegos y, especialmente, la suficiencia de la fundamentación ofrecida por el órgano de contratación para sostener la exclusión de la licitación. En concreto, las partes discrepan sobre el alcance del principio de discrecionalidad técnica en relación con la decisión adoptada por el órgano de contratación, además de sobre la conformidad a derecho del procedimiento tramitado.

Ello nos obliga, en primer lugar, a repasar la doctrina de este Tribunal en relación con el principio de discrecionalidad técnica, los supuestos en los que cabe enervar la presunción



de acierto que protege a los actos técnicos del órgano de contratación y, en consecuencia, los límites a su revisión por los tribunales en materia de contratación pública y por los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo. Decíamos en la Resolución 1240/2020, de 20 de noviembre, lo que sigue:

*“Fijado así el ámbito de la controversia sometida a este Tribunal, es preciso aplicar para su resolución la reiterada doctrina establecida por este órgano en supuestos similares en los que también se planteaban discrepancias en cuanto a la valoración de aspectos de naturaleza técnica. Resumiendo, esta doctrina, la Resolución nº 480/2018, de 18 de mayo de 2018 (Recurso nº 274/2018), dictada en un supuesto en que la discrepancia se refería a las puntuaciones asignadas a las ofertas con fundamento en juicios de valor, pero extensible a cualquier otro supuesto en el que en el marco de un procedimiento de contratación se lleven a cabo apreciaciones de carácter técnico, expuso lo siguiente:*

*“Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico. Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con 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 pueda 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 de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Hemos así mismo declarado que los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se*



*han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, de modo que, fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

El Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato, dentro del apartado “Especificaciones técnicas”, exige lo siguiente en relación con el lote que nos ocupa:

*“LOTE 18: Sutura. Inestabilidades, con 2 opciones de sutura.*

- *Anclaje impactado con versión de PEEK o micro TCP y ácido poliláctico de aproximadamente 2,1 mm o 2,6 mm de diámetro con una sutura de alta resistencia del #2 o dos suturas de alta resistencia del #1 0#0.”*

La recurrente ofertó un anclaje de unas medidas de 2,3 mm y 2,9 mm, frente a los 2,1mm y 2,6 mm exigidos.

Por tanto, la cuestión se centra en determinar si las medidas ofrecidas por la empresa recurrente son o no aproximadas a las exigidas, como permitía el PCAP.

Desde un punto de vista vulgar, no técnico, las medidas del anclaje ofertado por la empresa recurrente parecen aproximadas a las exigidas.

No obstante, se trata de una cuestión técnica, por lo que es el órgano de contratación quien tiene competencia para apreciar si las medidas del anclaje ofertado por la empresa recurrente tienen la suficiente aproximación a las exigidas como para permitir cumplir con la finalidad que se persigue con su adquisición.

Y el órgano de contratación afirma que las medidas de dicho anclaje no son lo suficientemente aproximadas a las exigidas, lo que supone un aumento en la dificultad de colocación de los anclajes, que puede conllevar posibles complicaciones a la hora de resolver la patología a tratar. Alega el órgano de contratación que, a diferencia de lo que sucede con el anclaje ofrecido por la adjudicataria que supone una desviación acumulada de sólo un 3,84 %, la desviación acumulada de las medidas del anclaje ofrecido por la empresa recurrente es de un 21,06 %.

El Tribunal no considera que esta argumentación pueda calificarse de errónea o arbitraria, y, por tanto, la exclusión acordada debe considerarse conforme a Derecho, por lo que se desestima el recurso.



También se desestima la alegación de la empresa recurrente de que el procedimiento seguido es nulo de pleno derecho, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (artículo 39 LCSP, y artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015). La decisión sobre si una oferta cumple o no con lo exigido en los pliegos se puede adoptar en cualquier momento anterior a la adjudicación del contrato. En el presente caso, se ha adoptado cuando se ha apreciado el incumplimiento.

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<sup>a</sup>. S.P.D., en representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra su exclusión de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para contratar el *“Suministro de material fungible de artroscopia con destino a los órganos periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud mediante procedimiento abierto”*.

**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 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