



Roj: **STSJ CL 2713/2022 - ECLI:ES:TSJCL:2022:2713**

Id Cendoj: **47186330012022100426**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2022**

Nº de Recurso: **385/2021**

Nº de Resolución: **785/2022**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 00785/2022

Equipo/usuario: MMG

C/ ANGUSTIAS S/N

N.I.G: 47186 33 3 2021 0000381

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000385 /2021

Sobre: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De: EXACTECH IBERICA S.L.U.

ABOGADO: JUAN MANUEL CABEZA ESCOBAR

PROCURADOR: D. FRANCISCO JAVIER STAMPA SANTIAGO

Contra: HOSPITALES

ABOGADO: LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR:

SENTENCIA nº 785

ILMA SRA PRESIDENTA:

DOÑA ANA MARIA MARTINEZ OLALLA

ILMO./A. SR./A. MAGISTRADO/A.:

DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid a, veintiuno de junio de dos mil veintidós.

VISTO por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el recurso contencioso-administrativo nº 385/2021, interpuesto por EXACTECH IBERICA, S.L.U., representada por el procurador Sr. Stampa Santiago y defendida por el letrado Sr. Cabeza Escobar, siendo parte demandada la Administración de la Comunidad de Castilla y León, representada y defendida por sus Servicios Jurídicos, impugnándose la Resolución de fecha 11 de febrero de 2021 dictada por el Tribunal Administrativo Regional de Recursos Contractuales (TARCyL) que desestima el incidente de ejecución promovido por la entidad EXACTECH IBÉRICA S.L.U., así como el recurso especial en materia de contratación interpuesto por esa misma entidad contra la Resolución de 18 de noviembre de 2018 dictada por el Director Gerente del Complejo Asistencial de León por el que se adjudican los lotes 3 y 5 del contrato para el suministro de prótesis parciales



de cadera y cementos quirúrgicos para el Complejo Asistencial Universitario de León, habiéndose seguido el procedimiento jurisdiccional ordinario previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1.998.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución expresada en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Reclamado el expediente administrativo, y una vez que fue remitido éste, se dió traslado a la parte recurrente para que formulara la demanda, lo que hizo en término legal, efectuando las alegaciones que se expresan en la fundamentación jurídica de esta resolución e interesando en el suplico de la demanda el dictado de una sentencia por la que: *"estimando el recurso contencioso-administrativo deducido, con expresa imposición de costas a la Administración demandada, declare la nulidad del acto administrativo impugnado, así como de la Resolución del Director Gerente del Complejo Asistencial de León, de 18 de noviembre de 2020, confirmada por aquél, o, en su defecto, los anule, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración inicial de las ofertas, y, adicionalmente:*

i. Como en el contrato derivado de 2018: (i) se otorguen a EXACTECH IBÉRICA, S.L.U., 8 puntos adicionales en el Lote 3 (4 puntos adicionales por el criterio "Diseño" y 4 puntos adicionales por el criterio "Accesorios e instrumental específico") y 6 puntos adicionales por el Lote 5 (2 puntos adicionales por el criterio "Diseño" y 4 puntos adicionales por el criterio "Accesorios e instrumental específico"); (ii) se reduzca la puntuación de JOHNSON & JOHNSON, S.A., en 3 puntos en el Lote 3 (2 puntos por el criterio "Diseño" y 1 punto por el criterio "Accesorios e instrumental específico"); se reduzca la puntuación de MBA INCORPORADO, S.L., en 7 puntos en el Lote 5 (3 puntos por el criterio "Diseño" y 4 puntos por el criterio "Accesorios e instrumental específico"); y (iv) se proceda nuevamente, por el órgano de contratación, a la adjudicación del contrato, en atención a lo anterior.

ii. Subsidiariamente: (i) se otorguen a EXACTECH IBÉRICA, S.L.U., 6 puntos adicionales en el Lote 3 (2 puntos adicionales por el criterio "Diseño" y 4 puntos adicionales por el criterio "Accesorios e instrumental específico") y 4 puntos adicionales por el Lote 5, por el criterio "Accesorios e instrumental específico"; (ii) se reduzca la puntuación de JOHNSON & JOHNSON, S.A., en 3 puntos en el Lote 3 (2 puntos por el criterio "Diseño" y 1 punto por el criterio "Accesorios e instrumental específico"); y (iii) se proceda nuevamente, por el órgano de contratación, a la adjudicación del contrato, en atención a lo anterior."

TERCERO.- La representación procesal de la Administración demandada contestó la demanda, alegando la legalidad de la resolución presunta recurrida e interesó la desestimación del recurso, con imposición de costas.

CUARTO.- Las partes solicitaron el recibimiento del juicio a prueba, habiéndose acordado de conformidad con lo solicitado, y practicado la que consta en las actuaciones, formulándose seguidamente escrito de conclusiones, señalándose a continuación para votación y fallo del presente recurso el día 8 de junio del año 2022.

Ha sido Ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. Magistrado **D. LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la Resolución de fecha 11 de febrero de 2021 dictada por el Tribunal Administrativo Regional de Recursos Contractuales (TARCyL) que desestima el incidente de ejecución promovido por la entidad EXACTECH IBÉRICA S.L.U., así como el recurso especial en materia de contratación interpuesto por esa misma entidad contra la Resolución de 18 de noviembre de 2018 dictada por el Director Gerente del Complejo Asistencial de León por el que se adjudican los lotes 3 y 5 del contrato para el suministro de prótesis parciales de cadera y cementos quirúrgicos para el Complejo Asistencial Universitario de León.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte actora pretende en este recurso la anulación de la resolución recurrida o la retroacción de actuaciones y que se le otorguen los puntos adicionales que indica para los lotes 3 y 5, reduciendo en consecuencia la puntuación otorgada a las entidades adjudicatarias de los mismos (JOHNSON & JOHNSON, S.A. y MBA INCORPORADO, S.L.) en los términos que especifica en el suplico de su demanda.

En apoyo de tal pretensión alega los siguientes motivos.

En primer lugar, sostiene que la nueva adjudicación de los Lotes 3 y 5, confirmada por el TARCyL no se ajusta a lo que previamente había razonado en su anterior Resolución 107/2020, de 27 de agosto ya que no se justifica la distinta valoración obtenida por la actora con relación a la anterior adjudicación del año 2018.



En segundo lugar, alega que la adjudicación del Lote 3 resulta arbitraria porque los productos ofertados en la adjudicación del año 2020 son los mismos que los ofertados en el año 2018 y sin embargo la valoración es distinta, sin que haya razón alguna que justifique esa distinta puntuación.

Y la misma alegación la formula con relación al Lote 5, apoyando sus argumentaciones en el informe pericial elaborado a su instancia

TERCERO.- A los efectos de resolver el presente recurso debemos destacar los siguientes antecedentes:

1.- Con fecha 19 de junio de 2017, por Resolución del Director Económico, Presupuestario y Financiero de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se aprobó el expediente administrativo relativo a la formalización, por procedimiento abierto, de un Acuerdo Marco con varios adjudicatarios para el suministro de prótesis parciales de cadera y cementos quirúrgicos con destino a los Centros Sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, dividido en 21 Lotes (Expte.: 152/2017), así como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas.

2.- Tras la correspondiente tramitación, el 8 de enero de 2018 se emitió Resolución del Director Económico, Presupuestario y Financiero de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de adjudicación del referido Acuerdo Marco, resultando la actora adjudicataria de los Lotes 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 y 11.

3.- Con fecha 19 de junio de 2018, se remitió escrito de consulta a las empresas adjudicatarias del precitado Acuerdo Marco, a los efectos de que presentasen sus ofertas a la licitación de un contrato basado en el mismo, consistente en el suministro de prótesis parciales de cadera y cementos quirúrgicos para el Servicio de Traumatología del Complejo Asistencial Universitario de León.

4.- Con fecha 22 de agosto de 2018, el Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de León dictó Resolución de adjudicación de este primer contrato basado en el Acuerdo Marco por virtud de la cual la actora resultó adjudicataria del Lote 5.

Este contrato se prolongó hasta el 31 de agosto de 2019.

5.- Con fecha 25 de febrero de 2020, se remitió, nuevamente, escrito de consulta a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco de referencia, a los efectos de que presentasen sus ofertas a la licitación de un segundo contrato basado en el mismo, consistente en el suministro de prótesis parciales de cadera y cementos quirúrgicos para el Complejo Asistencial Universitario de León.

6.- Por medio de Resolución del Director Gerente del Complejo Asistencial Universitario de León, de 10 de junio de 2020, se acordó adjudicar el contrato de referencia a las empresas JOHNSON & JOHNSON, S.A, el Lote 3, y MBA INCORPORADO, S.L., el Lote 5.

7.- Frente a la anterior Resolución, la actora interpuso recurso especial en materia de contratación que fue parcialmente estimado por medio de la Resolución nº 107/2020, de 27 de agosto.

Dicha resolución acuerda anular la adjudicación y ordena *"retrotraer el procedimiento al momento anterior a la emisión del Informe técnico, a fin de que se proceda a una nueva evaluación de las proposiciones, se motiven suficientemente las puntuaciones y se proceda nuevamente por el órgano de contratación a la adjudicación del presente contrato"*.

8.- En ejecución de la citada Resolución del TARCCyL, nº 107/2020 de 27 de agosto, el 18 de noviembre de 2020, el Director del Complejo Asistencial Universitario de León dictó Resolución por la que se adjudicaron de nuevo los Lotes 3 y 5 del contrato de referencia a las mercantiles JOHNSON&JOHNSON, S.A. y MBA INCORPORADO, S.L., remitiéndose, a efectos de motivación, al Informe técnico emitido por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología el 21 de septiembre de 2020.

9.- En fecha 11 de diciembre de 2020, la actora planteó incidente de ejecución, por considerar que no se había dado cumplimiento a la Resolución del TARCyL nº 107/2020 y, de manera subsidiaria, interpuso recurso especial en materia de contratación contra esa nueva adjudicación (Resolución de 18 de noviembre).

Tanto el incidente como el recurso fueron desestimados por la Resolución del TARCyL nº 15/2021, de 11 de febrero, que aquí se recurre y que confirmó las adjudicaciones hechas en favor de JOHNSON & JOHNSON, S.A. (lote 3) y a MBA INCORPORADO, S.L. (lote 5).

CUARTO.- La representación procesal de la parte actora alega, en primer lugar, que la resolución recurrida se aparta de lo resuelto por el TARCyL en su anterior resolución nº 107/2020, de 27 de agosto que estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la actora.

En concreto señala que dicha resolución acordó *"retrotraer el procedimiento al momento anterior a la emisión del informe técnico, a fin de que se proceda a una nueva evaluación de las proposiciones, se motiven suficientemente*



las puntuaciones y se proceda nuevamente por el órgano de contratación a la adjudicación del presente contrato. El informe deberá justificar la puntuación otorgada, atendiendo a las particulares circunstancias puestas de manifiesto por la entidad reclamante, de tal manera que no pueda apreciarse arbitrariedad o ausencia de motivación".

Tales circunstancias se recogían en la propia resolución del TARCyL y hacían referencia al hecho de la distinta valoración obtenida por la actora en esta licitación y en una anterior, cuando tanto los criterios de valoración como los productos presentados fueron los mismos en ambas licitaciones.

Concretamente alegaba que en la adjudicación que ahora nos interesa se le habían otorgado 6 puntos, en cuanto a diseño y accesorios e instrumental específico, mientras que en la anterior de 2018, la puntuación había sido la máxima posible -10 puntos- en cada uno de estos criterios.

Y, por el contrario, "JOHNSON&JOHNSON, S.A.", la mercantil adjudicataria del lote 3 en ambos contratos del año 2020, había visto mejorada su puntuación con respecto a la que le fue otorgada en 2018, aumentando en 2 puntos en el criterio de diseño y en 1 punto en el criterio de accesorios e instrumental específico.

Añade para justificar que la nueva adjudicación, confirmada por la resolución del TARCyL que se recurre, no es respetuosa con lo ordenado por el TARCyL el hecho de que lejos de retrotraer las actuaciones, se ha hecho un informe que viene a validar lo informado en la adjudicación inicial.

QUINTO.- Con carácter previo debe indicarse que la adjudicación de los contratos, Lotes 3 y 5, lo han sido dentro del Acuerdo Marco.

Conforme al artículo 196.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aquí aplicable por razones temporales, dice: "*Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada*".

Por su parte el artículo 198 de la misma norma dice: "*1. Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco.*

2. Los contratos basados en el acuerdo marco se adjudicarán de acuerdo con lo previsto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

3. Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

4. Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.

Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:..".

Este artículo 198, que se refiere a la adjudicación de los contratos basados en un Acuerdo Marco, parcialmente transcrito, debe ponerse en relación con el artículo 151 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que dice que la adjudicación deberá ser motivada, exigencia, por otro lado, que deriva igualmente del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución española.

SEXTO.- La exigencia de motivación está siempre en función de las circunstancias de cada caso y se entenderá que la misma ha sido satisfecha cuando el destinatario del acto conozca las razones por las que la Administración ha dictado el acto administrativo que le afecta.

En el caso que nos ocupa, es evidente que la motivación de lo adjudicación de los Lotes 3 y 5 debe tener en cuenta las condiciones del Acuerdo Marco y de los pliegos, así como las exigencias de la resolución del TARCyL nº 107/2020, ya que no debemos olvidar que la cuestión que se debate no es solo si la adjudicación está motivada, sino si se ha dado cumplimiento a dicha resolución del TARCyL que acordaba la retroacción



de actuaciones para que se motivase la adjudicación, con referencia a determinadas cuestiones puestas de manifiesto por el recurrente (hoy actor).

En este sentido nos parece de interés poner de manifiesto que las prótesis de cadera ofrecidas por la entidad actora son las mismas que las ya ofrecidas en la anterior licitación del año 2018 y, sin embargo, la puntuación obtenida es distinta.

En efecto, consta que en el año 2018 en el Lote 3 la actora obtuvo en lo referente al "Diseño" 10 puntos y en lo referente a los "Accesorios e Instrumental específico" 10 puntos, que es el máximo, mientras que en el año 2020 obtuvo 6 puntos en lo referente al "Diseño" y 6 puntos en lo referente a los "Accesorios e Instrumental específico".

Y en el Lote 5, la actora, que fue la adjudicataria del contrato en el año 2018, obtuvo la máxima puntuación (10 puntos) en "Diseño" y "Accesorios e Instrumental específico", mientras que en el contrato de 2020 obtuvo 8 puntos en "Diseño" y 6 en "Accesorios e Instrumental específico".

Es obvio que la obtención de determinados puntos en la valoración de la oferta presentada en determinada licitación no otorga ningún derecho a que en la siguiente se obtenga idéntica puntuación puesto que las circunstancias de todo tipo pueden haber cambiado y es aquí precisamente donde radica la exigencia de motivación.

Si el objeto del contrato es el mismo, la Administración deberá motivar qué circunstancias son las que hacen que una determinada oferta igual a la anteriormente valorada obtenga una puntuación distinta.

SÉPTIMO.- Como ya hemos indicado la adjudicación que ahora se impugna es el resultado de que el TARCyL en su anterior resolución nº 107/2020 anulase la adjudicación hecha y ordenase la retroacción de actuaciones al objeto de que se motivasen las distintas puntuaciones obtenidas, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas.

En ejecución de esa sentencia, se emitió el informe de 21 de septiembre de 2020.

La resolución del TARCyL, por remisión a dicho informe de 21 de septiembre de 2020 y respecto del Lote 3 señala lo siguiente: *"en cuanto al material, todas las ofertas presentan unos materiales óptimos, (aceros inoxidables enriquecidos, aleaciones de cromo-cobalto, titanio) tanto en los vástagos como en las cabezas monopolares y casquillos adaptadores, por lo que les hemos adjudicado la misma puntuación.*

En cuanto al diseño, hemos optado por vástagos lisos, pulidos y sin estrías o resaltes. Las estrías o resaltes en los vástagos cementados, a nuestro juicio, son origen de microfracturas del manto de cemento que pueden provocar la descementación y aflojamiento aséptico del vástago. El vástago de la empresa J&J es liso, sin estrías o acanaladuras en su diseño lo que le hace idóneo para su utilidad terapéutica. Otros vástagos como los de las empresas Exctech, Zimmer-Biomet, Clínica y Control, AC2 y MBA aunque lisos y pulidos presentan resaltes en su diseño.

Hemos valorado el diseño del vástago en cuanto al relleno del canal femoral, preferimos vástagos que no estén demasiado infradimensionados con respecto a la raspa preparatoria del canal. Estos vástagos infradimensionados tienen tendencia a la posición en varo o valgo dentro del canal a pesar de usar centralizadores, según nuestro criterio. El vástago CFS Novation de la empresa EXACTECH está excesivamente infradimensionado con respecto a las raspas femorales con lo cual la posibilidad de posicionamiento varo o valgo aumenta.

En cuanto al instrumental, el citado informe de 21 de septiembre de 2020, que recoge la resolución del TARCyL recurrida dice: *"la empresa AC2 no aporta en la documentación presentada fotografía o información escrita sobre las pruebas de las cabezas. El mango metálico para acople para acople de las cúpulas de prueba de la empresa Exactech se atornilla directamente a la cúpula de prueba que es de plástico, lo que pensamos es un inconveniente porque el hecho de atornillar un metal en un plástico aumenta el riesgo de determinaciones del plástico. Los mangos curvos para la introducción de las cúpulas de prueba que presentan en su instrumental varias empresas dificultan, a nuestro juicio dicha prueba. Preferimos escoplos iniciadores del fresado del canal femoral rectangulares, pero no circulares. Es sistema de medición del centralizador está ausente en varias ofertas y en otros lo consideramos impreciso."*

OCTAVO.- A la vista de lo expuesto, respecto del Lote 3, cabría entender que la oferta de la actora ha recibido la puntuación ya indicada y, en todo caso, menor que la adjudicataria, "JOHNSON&JOHNSON, S.A." porque ésta última no presenta las características de aquella.

Es decir, se trataría de vástagos lisos, pulidos y sin estrías, no estarían infradimensionados (o no mucho) y el mango metálico no se atornillaría directamente a la cúpula, que es de plástico, evitando así el contacto directo plástico-metal.

La prueba practicada, sin embargo, demuestra que no es así.

En efecto, el Dr. Roberto, que en el momento de los hechos era el Jefe de Unidad de Cadera del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario de León, reconoció a preguntas de la parte actora que el vástago de "JOHNSON&JOHNSON, S.A." tiene resaltes y que cuenta con collarete (lo cual impide que el sistema de cierre sea el denominado "por fuerza", que es el que él considera mejor" y que tenga que ser "por forma").

Es decir que aquellas características que en principio podrían justificar una diferente valoración, realmente no son de apreciar en el lote 3 porque de las manifestaciones del Dr. Roberto resulta que no hay diferencias significativas entre la prótesis ofertada por la actora y la adjudicataria.

Refuerza esta conclusión el informe pericial aportado por la actora y ratificado a presencia judicial con contradicción de las partes.

Así con relación al instrumental, aunque el Dr. Roberto dijo no recordar las características del ofertado por la adjudicataria, el Dr. Salvador afirmó que la cúpula era de plástico y el mango de metal con lo que se atornillaba metal-plástico, que es la característica de la prótesis ofertada por la actora.

Hay que añadir que el Dr. Salvador afirmó también que tanto la actora como la adjudicataria aportan los mismos tamaños de cúpula y, por lo tanto, no hay ninguna razón objetiva para valorar una por encima de la otra.

Consiguientemente, si las prótesis ofertadas para el Lote 3 tanto por la adjudicataria como por la actora son semejantes y no hay diferencias respecto de las ofertadas en el año 2018, la conclusión que hay que extraer es que la puntuación que ahora obtengan una y otra entidad ha de ser la misma que la obtenida entonces.

La Administración demandada sostiene en apoyo de la mayor valoración de la oferta presentada por "JOHNSON&JOHNSON, S.A." que ya fue la adjudicataria del Lote 3 en el año 2018, sin que hubiese habido ninguna queja en relación a las prótesis suministradas, ni consta ningún problema práctico.

El argumento nos parece insuficiente porque, como ha quedado probado, según hemos razonado en el anterior Fundamento, las prótesis de una entidad y otra son anatómicamente idénticas.

También destaca que el Lote 3 se adjudicó a "JOHNSON&JOHNSON, S.A." en el año 2018 y que la actora no formuló reclamación alguna.

Tampoco no parece decisivo este argumento, ya que en la valoración de las prótesis, la actora obtuvo la mayor puntuación posible (10 puntos), como ya hemos dicho y si no fue adjudicataria fue por la valoración obtenida en el apartado del precio, precio que, al parecer, ahora ha rebajado

Resulta, en consecuencia, arbitrario que se baje la puntuación de la actora -en los términos que ya hemos indicado- y se suba la de la adjudicataria que ha pasado de 8 puntos en el apartado "Diseño" y 9 en "Accesorios e instrumental específico" en el año 2018 a 10 puntos en el año 2020 en ambos parámetros.

Y decimos que es arbitraria por no constar la razón que justifique ese cambio de puntuaciones, máxime cuando a ello obligaba la anterior Resolución 107/ 2020 del TARCyL.

NOVENO.- En cuanto al Lote 5, la resolución impugnada, recogiendo también el informe de 21 de septiembre de 2020 dice: *"como se expuso en el apartado anterior, preferimos vástagos lisos y sin estrías. Su presencia puede ser origen de microfracturas del manto de cemento y como consecuencia el desarrollo de un aflojamiento aséptico.*

Como resultado de publicaciones y reuniones científicas recientes, pensamos que una fijación tipo deslizamiento cónico (cierre por fuerza), es más fisiológica que una fijación cierre por forma (composite bean). Los vástagos con collares impiden la impactación a medio plazo de la prótesis dentro del manto del cemento, característica fundamental de la fijación "cierre por fuerza". Por ello todos los modelos presentados con collarete se han valorado con menor puntuación.

Hemos considerado también la infradimensión del vástago con respecto a la raspa preparatoria del canal. Como también explicamos en el lote 3, con vástagos demasiado infradimensionados como los de las empresas EXACTECH y STRYKER, se hace muy difícil conseguir una posición neutra dentro del canal, así como controlar la rotación a la hora de la implantación definitiva.



En cuanto al instrumental hemos analizado la funcionalidad y seguridad del mismo con criterios similares a los del lote 3.

Preferimos mangos de cúpulas de prueba rectos, que no presenten un atornillamiento directo metal-plástico, con osteotomos de apertura del canal femoral rectangulares o en cuña y no cilíndricos, y con medidores de tapón obturador y centralizadores de fácil manejo. En lo referente a este último punto (presencia de centralizador), muchos diseños protésicos no necesitan centralizador como así lo exponen en su información, ya que la menor infradimensión del vástago definitivo favorece por sí mismo la distribución homogénea del manto de cemento a su alrededor. Valoramos que es indispensable que el sistema aporte tapones obturadores in-tracanal, el centralizador no lo es tanto, sobre todo si no hay desproporción evidente entre la raspa y el vástago definitivo."

A la vista de este informe y de las pruebas practicadas, a las que ya nos hemos referido, la conclusión a la que llegamos es totalmente distinta.

De entrada, hemos de recordar que las prótesis de cadera a suministrar en este lote responden a la categoría de "bipolar" y se implantan en aquellas personas que demandan una mayor actividad funcional.

Se implantan más este tipo de prótesis que las del Lote 3.

De ahí, según dijo el Dr. Roberto, que la valoración sea más exigente.

Por otro lado, aquí sí que hay diferencias entre las prótesis de la adjudicataria y las de la actora, ya que las primeras no tienen collarete y ello posibilita el cierre por fuerza en lugar del cierre por forma.

Además, las prótesis de la adjudicataria son lisas y no están tan infradimensionadas como las de la actora.

A juicio del Dr. Roberto tales características ofrecen una serie de ventajas que expuso en su informe, parcialmente transcrito, y que explicó en el acto de ratificación del mismo a presencia judicial y sometido a contradicción.

Obviamente, se puede discrepar de esas conclusiones, como de hecho hizo el Dr. Salvador, perito de la parte actora, pero lo que no resulta del informe de este perito propuesto por la parte actora es que las conclusiones del Dr. Roberto resulten inciertas.

Lo que resulta es más bien lo contrario y así el Dr. Salvador afirmó que los vástagos lisos y pulidos son los ideales para la técnica de cementación, ya que favorecen la teoría de cierre por fuerza.

Este tipo de cierre supone una "filosofía distinta" (que fue el término empleado por el Dr. Roberto) respecto del cierre por forma y para él es mejor.

Por lo tanto, se puede discutir técnicamente respecto de las ventajas de uno u otro sistema, pero de lo que no hay duda es que una oferta presenta un producto con características distintas de las del otro producto y la preferencia de uno sobre el otro tiene una explicación técnica clara y definida, por lo que no se puede considerar que la valoración de la oferta correspondiente a este lote sea arbitraria.

Es verdad que el Dr. Salvador vino a justificar el "mérito" de la prótesis ofertada por la actora argumentando que si se adapta la técnica quirúrgica al procedimiento de la cirugía se puede llegar a los mismos resultados y que el vástago de la actora (con collarete) cumple igualmente los criterios de adjudicación.

Y en la misma línea dijo que realmente atornillar metal sobre el plástico (que sería lo que sucede en su oferta) aunque pueda provocar la delaminación del plástico, los riesgos para el paciente son mínimos porque habitualmente se realiza en la mesa de instrumentación.

Por lo tanto, la conclusión del Dr. Roberto no es rebatida, sino que simplemente se le resta relevancia con este argumento.

Tampoco cabe oponer que entre los criterios de adjudicación no está un sistema de atornillado u otro, ya que no es que no se valore la oferta presentada por la actora, sino que, por las razones expuestas, a ese sistema se le dan menos puntos.

Por ello decimos que lo que hay es una discrepancia técnica, pero no se afirma -y esto es lo relevante- que la valoración de la Administración sea arbitraria o ilógica.

Hay que añadir que las prótesis implantadas como consecuencia del contrato del 2018 del que fue adjudicataria la actora sí dieron problemas a los cirujanos que las implantaron y así lo puso de manifiesto el Dr. Roberto.

A este respecto hay que decir que una cosa es que el contrato se diese por cumplido y se devolviese la garantía, como afirma la actora, y otra muy distinta la práctica habitual en el quirófano y las preferencias de los profesionales que día a día las aplican y que comprueban sobre el terreno cómo se comportan las prótesis.



A nuestro juicio, tras la práctica de la prueba concluimos que realmente lo que se pretende es sustituir la valoración técnica de la Administración -en lo que hace a lo que podríamos denominar el núcleo mismo de la discrecionalidad- por la que ofrece el perito de la parte actora, lo que no es posible.

Llegados a este punto nos parece de interés recordar los límites de la discrecionalidad técnica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013 (ECLI:ES:TS:2014:3944) recogiendo la de fecha 10 de mayo de 2007 (recurso 545/2002) dice: << (...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".

Consiguientemente, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y como consecuencia de ello anular las resoluciones impugnadas en los siguientes términos.

En primer lugar, respecto del Lote 3 y en la medida en que no se han justificado las distintas puntuaciones otorgadas a las licitadoras en el año 2020 en relación con el año 2018 , deberán mantenerse para la adjudicación impugnada, las puntuaciones obtenidas en el año 2018, debiendo en consecuencia la Administración retrotraer las actuaciones al objeto de que proceda a la adjudicación que corresponda, teniendo en cuenta lo expuesto.

En segundo lugar, respecto del Lote 5 y en la medida en que se ha justificado la diferente puntuación, se desestima la pretensión de anulación de la adjudicación hecha

DÉCIMO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción y al estimarse parcialmente el recurso no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO: Estimar parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo nº 385/2021 interpuesto por la representación procesal de EXACTECH IBERICA, S.L.U. contra la Resolución de fecha 11 de febrero de 2021 dictada por el Tribunal Administrativo Regional de Recursos Contractuales (TARCyL) que desestima el incidente de ejecución promovido por la entidad EXACTECH IBÉRICA S.L.U., así como el recurso especial en materia de contratación interpuesto.

SEGUNDO: Como consecuencia de ello anulamos por su disconformidad con el ordenamiento jurídico la Resolución de 18 de noviembre de 2018 dictada por el Director Gerente del Complejo Asistencial de León en lo que hace a la adjudicación del lote 3 del contrato para el suministro de prótesis parciales de cadera y cementos quirúrgicos para el Complejo Asistencial Universitario de León, manteniendo la adjudicación para el lote 5, debiéndose retrotraer las actuaciones a los efectos indicados en el Fundamento de Derecho Noveno.

TERCERO: No procede imponer las costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de casación que se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno



del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4635 0000 93 0385 21, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ