

ASUNTO: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. EXPEDIENTE Nº A/SUM-003469/2018 CONVOCADO PARA EL SUMINISTRO DE PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MÓSTOLES CONVOCADO POR EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD.

En Madrid, a 29 de octubre de 2018

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA
COMUNIDAD MADRID**

D. Alicia Herráez, con D.N.I. Nº 02.225.561-N, actuando en nombre y representación de la empresa **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, con CIF Nº A28218675 y con domicilio social en Madrid (CP 28042), Paseo de las Doce Estrellas, nº 5-7, cuya representación acredito mediante copia legitimada ante Notario de mi escritura de poder (se adjunta como **Documento Nº 1**), conforme proceda en derecho y de conformidad con lo previsto en los **artículos 40** y siguientes 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**, actualmente contemplado en el **artículo 44 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**, interpone mediante el presente escrito,

**RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

Contra la Resolución de Adjudicación del procedimiento de contratación de referencia, **Expediente Nº A/SUM-003469/2018**, convocado para la contratación del **suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud**, que ha sido objeto de publicación en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha de 8 de octubre de 2018.

Se adjunta como **Documento Nº 2** copia del Anuncio sellado presentado ante el órgano de contratación y como **Documento Nº 3** copia de la Resolución de Adjudicación objeto del presente recurso.

El recurso se fundamenta en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO. – Que, la empresa **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, presentó su oferta al **Expediente Nº A/SUM-003469/2018**, convocado para la contratación del **suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud.**

Que, por este motivo, la empresa **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, tiene la consideración de parte interesada en este procedimiento, de acuerdo con las especificaciones del **artículo 4** de la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.**

SEGUNDO. – Que, el pasado día **8 de octubre de 2018**, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la Resolución de Adjudicación por la que se acuerda la adjudicación del referido expediente de selección del contratista, a la compañía **SMITHS & NEPHEW, S.A.**

TERCERO. – Que, con fecha **16 de Octubre de 2018**, esta parte accedió a la vista del expediente de contratación, concretamente, a la documentación que integra la oferta de **SMITHS & NEPHEW, S.A.**

Se adjunta como **Documento Nº 4** copia de la Solicitud de acceso al expediente formulada por **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, por el órgano de contratación en fecha **16 de Octubre de 2018**, y como **Documento Nº 5** la copia de la comunicación del órgano de contratación de fecha **29 de octubre de 2018** emplazando a mi representada a dicho acceso al expediente.

A la vista de las serias irregularidades jurídicas de que adolece la Resolución aludida y en la medida en que dichas irregularidades constituyen una infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público, se interpone mediante este escrito, en tiempo y forma, este **RECURSO ESPECIAL** contra dicho acto, por considerarlo contrario a Derecho y gravemente perjudicial para nuestros intereses, lo que se hace al amparo del **artículo 40.2 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** y sobre la base de los siguientes Requisitos y Fundamentos Jurídicos, actualmente contemplado en el **artículo 44 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**.

I REQUISITOS

PRIMERO. – REQUISITOS SUBJETIVOS

1.1 Órgano competente

Como quiera que el presente recurso especial se dirige contra una Resolución de Adjudicación del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles la competencia para conocer el mismo corresponde al **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**.

1.2 Legitimación

De acuerdo con el **artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**:

“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Asimismo, 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, determina en su artículo 48:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

La compañía **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, está legitimada para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación por cuanto la Resolución de Adjudicación que se impugna resulta gravemente perjudicial para sus intereses.

SEGUNDO. – REQUISITOS OBJETIVOS

2.1 Acto impugnado

Como hemos adelantado, el acto objeto de recurso especial es la Resolución de Adjudicación del procedimiento con **Expediente Nº A/SUM-003469/2018, convocado para la contratación del suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud.**

2.2 Recurribilidad del acto

2.2.1. Contrato susceptible de recurso especial

Estamos así ante un acto que cumple los requisitos establecidos en el **Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** para ser calificado como recurrible a través del recurso especial, a saber:

1. Acto objeto del recurso especial conforme al **artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.**
2. Acto referido a contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un poder adjudicador, conforme a los **artículos 15 y 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, indicando este último que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministros, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada”.

Resulta fuera de toda duda que estamos ante un contrato de suministros cuyo valor estimado está por encima del importe que, con carácter general, delimita la **Ley de Contratos del Sector Público** con umbral para la interposición de Recurso Especial en Materia de Contratación.

En este sentido, conviene recordar que:

- De conformidad con el **artículo 88.1 y 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** (cálculo del valor estimado de los contratos),

“En el cálculo del importe total estimado deberán tenerse en cuenta las eventuales prórrogas del contrato”, y, en particular, tratándose de la adjudicación simultánea por lotes separados de contratos de suministro homogéneos, ***“se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes”.***

- Adicionalmente, para este último supuesto, el **artículo 15.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** establece la siguiente regla que obliga expresamente a aplicar a la adjudicación de cada lote las normas de la regulación armonizada (entre ellas, la procedencia del recurso especial):

“En el supuesto previsto en el artículo 88.7 cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere los importes indicados en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote”.

Asimismo, 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**, concreta como actos recurribles los siguientes:

1. Acto objeto del recurso especial conforme al **artículo 44.2 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**.
2. Acto referido a contrato de suministros conforme a los **artículos 16 y 44.1 del 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**, indicando este último que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.”

TERCERO. - REQUISITOS FORMALES

3.1 Plazo

Tratándose de actos recurribles conforme a lo señalado en el apartado anterior y siendo de aplicación la tramitación del Recurso Especial prevista conforme a lo señalado en la **Disposición Transitoria 4ª 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**, el plazo para la interposición del mismo, conforme al **artículo 50**, es de 15 días hábiles, los

cuales se contarán, a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción.

En su virtud, el presente Recurso Especial se presenta dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido por el **artículo 50** 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**.

3.2 Anuncio previo

Aun no siendo ya necesaria la presentación del anuncio de interposición de Recurso, toda vez que la nueva **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** ha eliminado esta exigencia, se ha decidido cumplir con la misma ya que, a pesar de que el acto impugnado fuera dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, la convocatoria de la licitación fue publicada con arreglo al marco normativo vigente con anterioridad.

Es por ello por lo que, en cumplimiento de la previsión del **artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, con fecha **29/10/2018 de octubre de los corrientes** y, dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido al efecto, **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, ha procedido a la presentación del anuncio de interposición de este recurso especial ante el propio órgano de contratación mediante comunicación que acompañamos, a los efectos oportunos, como **Documento Nº 2**.

A estos hechos le son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA PRESENTADA POR SMITH & NEPHEW, S.A., RESPECTO DE LAS EXIGENCIAS OBRANTES EN LOS PLIEGOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.

No podría comenzar esta representación el presente Fundamento de Derecho Primero sin poner de manifiesto una serie de vicisitudes acaecidas durante el procedimiento de adjudicación.

Así, en fecha 19 de junio de los corrientes el órgano de contratación publicó Resolución de Adjudicación en favor de esta casa comercial, siendo recurrida la referida por **SMITH & NEPHEW, S.A.**, en atención a diversas supuestas irregularidades de la oferta presentada por esta casa comercial, así como a una errónea valoración. El Tribunal resolvió retrotraer actuaciones y, a través de una nueva valoración realizada por la mesa de contratación, resultó minorada la puntuación recibida por la solución presentada por **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, produciéndose la situación que por las presentes viene en impugnarse.

Pues bien, en el escrito de alegaciones presentado por esta representación únicamente se rebatieron los extremos afirmados por la, en aquel entonces, recurrente, no poniendo de manifiesto las irregularidades obrantes en la oferta presentada por **SMITH & NEPHEW, S.A.**, al carecer de un interés legítimo real y objetivo al ostentar en ese momento la posición de adjudicataria en el expediente de referencia siendo así que, en el momento actual, sí ha emergido la legitimidad e interés necesarios para proceder a la interposición del presente recurso fruto de la nueva situación en el expediente de licitación en atención al contenido de la Resolución de Adjudicación que se impugna.

Como adelantamos en el encabezado del presente Fundamento de Derecho Primero, esta representación ha podido comprobar una serie de incumplimientos de las exigencias obrantes en los pliegos rectores del procedimiento que no pueden sino determinar la exclusión de la oferta presentada por la adjudicataria.

Pues bien, en primer lugar, esta representación pondrá de manifiesto un incumplimiento de prescripciones técnicas.

Así, no podría esta representación continuar el desarrollo del presente Fundamento de Derecho sin reproducir extracto de del Pliego de Prescripciones Técnicas, concretamente, del apartado C de la cláusula 2 relativa a *descripciones técnicas de los artículos*, donde se determinan, entre otras, las exigencias técnicas mínimas:

C. INSERTO POLIETILENO

Nº DE ORDEN 6: INSERTO POLIETILENO PARA CR

Nº DE ORDEN 7: INSERTO POLIETILENO ULTRA CONGRUENTE

Nº DE ORDEN 8: INSERTO POLIETILENO PARA PS

Nº DE ORDEN 9: INSERTO POLIETILENO PARA PS CONSTREÑIDO

- Fabricado en polietileno de ultra alta densidad de alto peso molecular altamente entrecruzado.
- Disponibilidad de, al menos, 5 grosores en cada talla (grosor mínimo de 8mm)
- Posibilidad de CR, Ultra congruente, PS y PS Constreñido
- Anclaje de polietileno sin tornillos
- Polietileno con caída o "Slope" para conservar el LCP al tener inclinación sagital.

Pues bien, fruto del referido acceso a la oferta de la adjudicataria esta representación pudo observar la siguiente información obrante en la misma:

LOTE / Nº DE ORDEN	OF. BASE / VARIANTE	DESCRIPCIÓN	NOMBRE COMERCIAL	REFERENCIAS	GTIN
6	OFERTA BASE	INSERTO POLIETILENO PARA CR	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL XLPE PLANO 15 MM TALLA 7 - 8	71453161	88555625
6	OFERTA BASE	INSERTO POLIETILENO PARA CR	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL XLPE PLANO 18 MM TALLA 7 - 8	71453162	88555625
7	OFERTA BASE	INSERTO POLIETILENO ULTRA CONGRUENTE	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL XLPE "DISHED" 9 MM TALLA 1 - 2	71453271	88555625
7	OFERTA BASE	INSERTO POLIETILENO ULTRA CONGRUENTE	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL XLPE "DISHED" 11 MM TALLA 1 - 2	71453272	88555625
7	OFERTA BASE	INSERTO POLIETILENO ULTRA CONGRUENTE	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL XLPE "DISHED" 13 MM TALLA 1 - 2	71453273	88555625
7	OFERTA BASE	INSERTO POLIETILENO ULTRA CONGRUENTE	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL XLPE "DISHED" 15 MM TALLA 1 - 2	71453274	88555625
7	OFERTA BASE	INSERTO POLIETILENO ULTRA CONGRUENTE	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL XLPE "DISHED" 18 MM TALLA 1 - 2	71453275	88555625
		INSERTO POLIETILENO ULTRA	LEGION PRIMARY. INSERTO ART. TIBIAL		

Como puede observarse en la oferta presentada por la adjudicataria el grosor mínimo que integran sus soluciones respecto al inserto de polietileno ultra congruente es de 9 mm, incumpliendo las exigencias obrantes en los pliegos rectores de la convocatoria.

Asimismo, de nuevo en el Pliego de Prescripciones Técnicas, esta vez en cuanto al Lote 1, *prótesis de rodilla primaria*, plasma una serie de exigencias de obligado cumplimiento, entre otras, la experiencia demostrable:

SEGUNDA: DESCRIPCIONES TÉCNICAS DE LOS ARTÍCULOS

LOTE 1: PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA

Experiencia demostrable:

- Debe presentar informes sobre estudios de supervivencia a largo plazo (multicéntricos, registros de artroplastias).
- En sistemas de rodilla muy recientes, debe presentar estudios biomecánicos o con escalas de valoración funcional de los pacientes y de satisfacción de los mismos al año y a los dos años.

Lo cierto es que la documentación técnica presentada por la adjudicataria, sobre 1B, sobres 2/3, **no incluye estudios multicéntricos, ni estudios biomecánicos o con escalas de valoración funcional de los pacientes y de satisfacción de los mismos.**

La adjudicataria incluye como estudios un documento en inglés (FULL REFERENCE LIST), **sin traducción al castellano**, con evidencia del sistema LEGION de REVISION, **pero no de la prótesis de rodilla primaria:**

1. Soenen M., Baracchi M., De Corte R., Labey L., Innocenti B. *Stemmed TKA in a Femur With a Total Hip Arthroplasty: ¿Is There a Safe Distance Between the Stem Tips? The Journal of arthroplasty*. Estudio biomecánico para analizar el riesgo de fractura femoral **con distintos implantes, entre los que se encuentra el sistema Legion de Revisión. No se hace referencia a prótesis de rodilla primaria.**
2. Kim S.S., Perino G., Boettner F., Miller A., Goodman S. *Salmonella septic arthritis of the knees in a patient with systemic lupus erythematosus. Lupus. Jun 2013;22(7:740-743)*. Aquí se incluye un reporte de un caso de un paciente con Lupus Eritomatoso, que sufre osteomielitis debido a infección por *Salmonella*, al que se le realiza un reemplazo total de rodilla bilateral. **No figuran datos de supervivencia de la prótesis, ni de valoración funcional o satisfacción de paciente.**

3. *Innocenti M, Matassi F, Carulli C, Soderi S, Villano M, Civinini R. Joint line position in revision total knee arthroplasty: the role of posterior femoral off-set stems. The Knee. Jun 18 2013. Estudio unicéntrico sobre rodilla de revisión. No se hace referencia a prótesis de rodilla primaria.*
4. *Carulli C, Villano M, Civinini R, Matassi F, Nistri L, Innocenti M. A novel technique to preserve range of motion in two-stage revision of infected total knee arthroplasty. International Orthopaedics. Jun 2013;37(6):1069–1074. Estudio unicéntrico sobre rodilla de revisión. Se utilizan tres sistemas de revisión diferentes, entre los que se incluye Legion. No se hace referencia a prótesis de rodilla primaria.*
5. *Kotwal SY, Farid YR, Patil SS, Alden KJ, Finn HA. Intramedullary rod and cement static spacer construct in chronically infected total knee arthroplasty. The Journal of Arthroplasty. Feb 2012;27(2):253-259 e254. Estudio unicéntrico sobre rodilla de revisión. Se utilizan tres sistemas de revisión diferentes, entre los que se incluye Legion. No hace referencia a prótesis de rodilla primaria.*
6. *Hagedorn J, Levine BR. Revision surgery for a dislocated constrained total knee arthroplasty. Orthopedics. Jul 1 2012;35(7):e1099-1103. Reporte de dos casos de dislocación de rodilla no traumática tras TKA de revisión. No se hace referencia a prótesis de rodilla primaria.*

En cuanto a los registros de artroplastia, tan solo muestran resultados de Legion en el Registro Australiano 2016 (The Australian Orthopaedic Association National Joint Replacement Registry (AOANJRR) 2016 Annual Report), donde además aparece tapada la palabra Oxinium con líquido corrector.

El resto de documentación está referida a Genesis II y presenta las siguientes deficiencias:

1. Registro de Nueva Zelanda de 2016 (NZJR17 Year Report):
 - A pesar de disponer de datos más recientes publicados (Registro de Nueva Zelanda de 2017 (NZJR18 Year Report), se han presentado los correspondientes a 2016.

- No se incluye la cita (referencia bibliográfica o página web) de donde se han extraído los resultados presentados. Tampoco se adjunta el documento fuente.
- En este documento se indica que los resultados figuran en la página 7 del NZJR17 Year Report. Sin embargo, en esta página aparece una descripción del cuestionario, no los resultados que muestran en la documentación técnica.

Arthroplasties using uncemented glenoids continue to show five times the revision rate compared to those having cemented glenoids.

Elbow arthroplasty

There are 476 registered primary elbow prostheses of which 29 have been revised (4.9%), a total of 2,811 acys, a mean revision rate of 1.03/100 acys and a nine year KM survival of 91.8%. Numbers registered in 2015 increased by 41, an increase of 15 (54%) over 2014, which is the biggest ever annual registration. The Coonrad Morrey prosthesis which has been the most popular since the Registry began has been overtaken by its successor the Zimmer Nexel.

Deep Infection

Once again we have compared the deep infection revision rates within six months of the arthroplasty for primary hip and knee arthroplasty against the theatre environment. Six months has been chosen, as infection within this time period is highly likely to have been introduced at the time of surgery. This year's analyses again demonstrate that for primary hip and knee arthroplasty there was an increased risk for revision for deep infection when the primary procedure was carried out in a laminar flow theatre with a space suit compared to a conventional theatre without a space suit (2.4 & 2.5 times respectively for hip and knee). The use of space suits also significantly increases the risk of revision for deep infection in both conventional and laminar flow theatres. There has been little change in the percentage of arthroplasties performed in laminar flow theatres or in the use of space suits over the last few years.

Oxford 12 Questionnaire

Six month, 5, 10 and 15 year scores analyses of the individual score categories for primary hip and knee arthroplasties continue to demonstrate that the six-month score is indicative of the longer term outcome. In particular there has been no diminution of the percentage of people with residual pain for both hips and knees and the ability to kneel for knees over the 15 years.

It is noteworthy that the 15 year scores still have a similar high percentage of excellent/good outcomes as the 6 month, 5 and 10 year outcomes. For the 1,538 15 year hip scores available for analysis, 86% had excellent/good scores which compares well with the 84% at 6 months following primary arthroplasty. The findings are similar for the 1,113 available 15 year knee scores, with 79% excellent/good compared to 74% at 6 months post primary arthroplasty.

For revision arthroplasty scores at 6 months just 63% (hip) and 53% (knee) were excellent/good.

As noted in previous years, the statistically significant relationship between the six month, five and ten year scores and revision within two years of the score date for primary hips, knees (including unicompartmental) and shoulders (six months and five years only) has again been demonstrated.

Due to the large number of recorded six month Oxford hip and knee scores the score groupings have been further broken down to demonstrate an even more convincing relationship between score and risk of revision within two years.

Once again analyses of hip and knee six month post - first revision arthroplasty questionnaire data has been undertaken and it demonstrates a similar relationship between the Oxford score at six months and the second revision within two years.

This year Oxford score analyses for some of the larger number hip and knee prostheses have been undertaken and show that there is little score difference among these prostheses at six months and without exception they have higher (better) scores at five years. In addition, this year, six month Oxford mean scores were determined for each of the five BMI groups for hip and knee arthroplasty and the morbidly obese hip group had a significantly lower score than the others except for BMI<19 group.

With regard to shoulder arthroplasty Conventional Total and Resurfacing Head types have significantly higher six month and five year scores.

Deceased Person's Data

A deceased person's data is valid in perpetuity for all analyses involving the time interval prior to the person's death e.g. if a person dies eight years post primary hip replacement their data is always valid for all analyses for that eight year period. Hence the rider "deceased patients censored at time of death."

Publications and Presentations

Since last year's report further peer reviewed papers based on registry data have been published in, accepted by or submitted to international journals as well multiple podium presentations (see Appendix 2).

Alastair Rothwell	Supervisor
Toni Hobbs	Coordinator
Chris Frampton	Statistician

- Se presentan datos de las puntuaciones Oxford Knee Score del NZJR17 Year Report de GENESIS II. Sin embargo, no se presentan datos de LEGION.
- No se presentan los datos de supervivencia solicitados en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Tal y como puede apreciarse en el Registro de Nueva Zelanda de 2016 (NZJR17 Year Report, <http://nzoa.org.nz/system/files/NZJR%2017%20year%20Report.pdf>), la prótesis LEGION presenta la mayor tasa de revisión/100 componentes-año (páginas 85 y 86):

Revision Rate of Individual Knee Prostheses Sorted by Number of Arthroplasties
(Minimum of 50 arthroplasties)

Prosthesis	No. Ops	Observed comp. Yrs	Number Revised	Rate/100 component-years	Exact 95% confidence interval	
Nexgen	17,919	111,817.7	589	0.53	0.49	0.57
Triathlon	15,695	63,947.5	278	0.43	0.38	0.49
LCS	13,733	111,461.0	565	0.51	0.47	0.55
Genesis II	11,995	69,178.1	337	0.49	0.44	0.54
PFC Sigma	9,845	67,609.9	265	0.39	0.35	0.44
Duracon	4,213	42,051.0	128	0.30	0.25	0.36
Attune	2,207	2,061.9	16	0.78	0.44	1.26
Vanguard	1,626	6,049.2	40	0.66	0.47	0.89
Sigma	1,138	3,240.3	21	0.65	0.39	0.97
Balansys	1,119	2,721.9	25	0.92	0.59	1.36
Sigma CR150	937	3,484.2	16	0.46	0.26	0.75
Scorpio	852	8,113.8	57	0.70	0.53	0.90
Maxim	822	8,411.5	48	0.57	0.42	0.75
Persona	794	638.7	7	1.10	0.39	2.15
Optetrak	661	4,383.8	40	1.00	0.65	1.24
Trekking	474	1,010.7	10	0.99	0.47	1.82
AGC	376	4,051.2	15	0.37	0.21	0.61

Prosthesis	No. Ops	Observed comp. Yrs	Number Revised	Rate/100 component-years	Exact 95% confidence interval	
MBK	256	3,029.9	18	0.59	0.35	0.94
Insall/Burstein	249	2,742.7	46	1.68	1.21	2.22
Journey	204	783.9	7	0.89	0.32	1.75
Advance	157	1,574.5	5	0.32	0.10	0.74
Legion	138	262.9	5	1.90	0.62	4.44
AMK	95	1,169.5	2	0.17	0.02	0.62
ROCC	66	499.5	5	1.00	0.32	2.34

There are 59 (11 more than last year) different types of knee prostheses in the Registry with 30 (50%) with less than 10 registrations.

Revision Rate of Individual Knee Prostheses Sorted by Revision Rate

Prosthesis	No. Ops	Observed comp. Yrs	Number Revised	Rate/100 component-years	Exact 95% confidence interval	
*# Legion	138	262.9	5	1.90	0.62	4.44
*Insal/Burstein	249	2,742.7	46	1.68	1.21	2.22
Persona	794	638.7	7	1.10	0.39	2.15
ROCC	66	499.5	5	1.00	0.32	2.34
*Optetrak	661	4,383.8	40	1.00	0.65	1.24
Trekking	474	1,010.7	10	0.99	0.47	1.82
*#Balansys	1,119	2,721.9	25	0.92	0.59	1.36
Journey	204	783.9	7	0.89	0.32	1.75
Altune	2,207	2,061.9	16	0.78	0.44	1.26
*Scorpio	852	8,113.8	57	0.70	0.53	0.90
Vanguard	1,626	6,049.2	40	0.66	0.47	0.89
Sigma	1,138	3,240.3	21	0.65	0.39	0.97
MBK	256	3,029.9	18	0.59	0.35	0.94
Maxim	822	8,411.5	48	0.57	0.42	0.75
Nexgen	17,919	111,817.7	589	0.53	0.49	0.57
LCS	13,733	111,461.0	565	0.51	0.47	0.55
Genesis II	11,995	69,178.1	337	0.49	0.44	0.54
Sigma CR150	937	3,484.2	16	0.46	0.26	0.75
Triathlon	15,695	63,947.5	278	0.43	0.38	0.49
PFC Sigma	9,845	67,609.9	265	0.39	0.35	0.44
AGC	376	4,051.2	15	0.37	0.21	0.61
Advance	157	1,574.5	5	0.32	0.10	0.74
Duracon	4,213	42,051.0	128	0.30	0.25	0.36
AMK	95	1,169.5	2	0.17	0.02	0.62

Those marked with an * in the above table have revision rates significantly higher than the overall rate of 0.49 /100 ocys @ the 95% confidence interval. There are several other combinations with high revision rates but without statistical significance because of the wide CIs. Those marked with a # as well as an * indicate those combinations used during 2015

It is to be noted several variants of basically the same knee prosthesis type, e.g. Nexgen, LCS, which are registered separately have been merged into the one group to enable comparable statistical analyses with other prostheses which may also have more than one variant but are registered as one or two prostheses.

O una de las mayores tasas de revisión/100 componentes-año (páginas 87 y 89):

Revision Rates for Cruciate Retaining (CR) vs Posterior Stabilised (PS)

Prosthesis	CR/PS	No. Ops	Observed comp. Yrs	Number Revised	Rate/100 component-years	Exact 95% confidence interval	
AGC	PS	28	334.6	3	0.90	0.18	2.62
Insall/Burstein	PS	249	2,742.7	46	1.68	1.21	2.22
LCS	PS	68	300.9	0	0.00	0.00	1.23
Legion	PS	74	149.7	2	1.34	0.16	4.83
Sigma CR150	CR	937	3,484.2	16	0.46	0.26	0.75
Attune	CR	1,510	1,490.1	12	0.81	0.42	1.41
	PS	697	571.8	4	0.70	0.19	1.79
Balansys	CR	1,035	2,582.2	21	0.81	0.50	1.24
	PS	77	131.6	3	2.28	0.47	6.66
Genesis II	CR	6,352	42,770.0	155	0.36	0.31	0.42
	PS	5,612	26,369.9	182	0.69	0.59	0.80
Maxim	CR	657	6,664.3	34	0.51	0.35	0.71
	PS	165	1,747.2	14	0.80	0.44	1.34
Nexgen	CR	8,111	52,768.3	223	0.42	0.37	0.48
	PS	9,558	58,198.6	353	0.61	0.54	0.67
Optetrak	CR	437	2,893.3	17	0.59	0.34	0.94
	PS	224	1,490.5	23	1.54	0.98	2.32
Persona	CR	464	294.4	4	1.36	0.37	3.48
	PS	328	344.2	3	0.87	0.12	2.33
PFC Sigma	CR	7,890	53,182.0	183	0.34	0.30	0.40
	PS	1,888	14,037.4	80	0.57	0.45	0.71
Scorpio	CR	739	7,164.1	48	0.67	0.49	0.89
	PS	111	936.6	9	0.96	0.44	1.82
Sigma	CR	163	392.0	0	0.00	0.00	0.94
	PS	971	2,844.7	21	0.74	0.44	1.11
Trekking	CR	185	396.9	6	1.51	0.55	3.29
	PS	289	613.8	4	0.65	0.14	1.55
Triathlon	CR	13,116	51,613.1	219	0.42	0.37	0.48
	PS	2,574	12,320.1	59	0.48	0.36	0.62
Vanguard	CR	1,128	4,448.4	23	0.52	0.32	0.76
	PS	492	1,583.3	17	1.07	0.63	1.72

The Insall/Burstein, Nexgen PS, Genesis II PS, Optetrak PS, Vanguard PS and the Trekking CR have significantly higher revision rates than the overall rate of 0.49/100 ocyrs at the 95% confidence.

Revision vs Arthroplasty Fixation for Fully Cemented Prostheses Sorted by Revision Rate (Minimum of 50 primary registered arthroplasties)

Prosthesis	No. Ops	Observed comp. Yrs	Number Revised	Rate/100 component-years	Exact 95% confidence interval	
*Oxford Tricomp. Femoral	38	423.7	9	2.12	0.97	4.03
*#Legion	137	262.0	5	1.91	0.62	4.45
*Insall/Burstein	249	2,742.7	46	1.68	1.21	2.22
*Optetrak	281	1,944.2	23	1.18	0.73	1.74
Persona	794	638.7	7	1.10	0.39	2.15
Trekking	474	1,010.7	10	0.99	0.47	1.82
*#Balansys	1,119	2,721.9	25	0.92	0.59	1.36
Journey	204	783.9	7	0.89	0.32	1.75
Altune	2,207	2,061.9	16	0.78	0.44	1.26
*Scorpio	852	8,113.8	57	0.70	0.53	0.90
Vanguard	1,603	5,984.7	39	0.65	0.46	0.88
MBK	247	2,933.4	18	0.61	0.36	0.97
Sigma	1,059	2,862.7	17	0.59	0.33	0.93
Maxim	822	8,411.5	48	0.57	0.42	0.75
Nexgen	17,093	106,403.8	567	0.53	0.49	0.58
Genesis II	11,941	68,645.4	333	0.49	0.43	0.54
Sigma CR150	935	3,482.0	16	0.46	0.26	0.75
Triathlon	15,523	62,959.5	271	0.43	0.38	0.48
LCS	9,148	78,366.4	319	0.41	0.36	0.45
PFC Sigma	9,174	64,015.5	242	0.38	0.33	0.43
AGC	376	4,051.2	15	0.37	0.21	0.61
Advance	157	1,574.5	5	0.32	0.10	0.74
Duracon	3,432	33,883.2	105	0.31	0.25	0.37
AMK	95	1,169.5	2	0.17	0.02	0.62

Those marked with an * in the above table have revision rates significantly higher than the overall rate of 0.49 / 100 acys @ the 95% confidence interval. There are several other combinations with high revision rates but without statistical significance because of the wide CIs. Those marked with a # as well as an * indicate those combinations used during 2015.

2. Registro Australiano 2016: The Australian Orthopaedic Association National Joint Replacement Registry (AOANJRR) 2016 Annual Report:

- A pesar de disponer de datos más recientes publicados (AOANJRR 2017 Annual Report) presentan los del año 2016.

3. Registro Británico 2016 y 2017 National Joint Registry for England, Wales, Northern Ireland and the Isle of Man (NJR) 2016 Annual Reports:

- En este registro (NJR), tanto en el informe anual de 2016, como en el de 2017, LEGION no figura como uno de los implantes utilizados en Reino Unido, Gales, Irlanda del Norte y la Isla de Man.

- Sólo se presentan datos de Genesis 2 CrCo, pero no de la variante Genesis 2 / Oxinium, que presenta una mayor tasa de revisión acumulada a la media del total de prótesis (a 10 años, Genesis 2 Oxinium presenta una tasa de 5.51 (4.74-6.40), versus 3.39 (3.33-3.45) del total de prótesis; tabla 3.29, páginas 136 y 137)

Table 3.29 Kaplan-Meier estimated cumulative percentage probability of first revision (95% CI) of a primary total knee replacement by main type of implant brand at the indicated number of years after primary operation¹.

Brand ²	Number of knee joints	Median (IQR) age at primary	Percentage (%) male	Cumulative percentage probability of first revision (95% CI) if time elapsed since primary operation is:					
				1 year	3 years	5 years	7 years	10 years	13 years
All total knee replacements	878,191	70 (63-76)	43%	0.40 (0.39-0.42)	1.52 (1.50-1.55)	2.17 (2.14-2.21)	2.68 (2.63-2.72)	3.39 (3.33-3.45)	4.24 (4.11-4.37)
ACS	1,996	68 (62-74)	47%	0.69 (0.40-1.18)	3.20 (2.44-4.18)	3.76 (2.92-4.84)	4.45 (3.48-5.69)	5.45 (4.13-7.15)	
Advance MP	7,941	70 (63-76)	47%	0.50 (0.38-0.69)	2.10 (1.79-2.47)	2.94 (2.55-3.39)	3.63 (3.17-4.16)	4.35 (3.72-5.10)	4.35 (3.72-5.10)
Advance MP Stature	1,317	69 (62-75)	15%	0.08 (0.01-0.57)	1.82 (1.18-2.81)	3.18 (2.19-4.61)	3.18 (2.19-4.61)		
Advance PS	1,122	72 (66-77)	45%	0.55 (0.25-1.23)	2.39 (1.59-3.58)	3.19 (2.22-4.58)	4.29 (3.06-6.00)	5.90 (4.10-8.47)	5.90 (4.10-8.47)
AGC	65,138	71 (64-77)	43%	0.30 (0.26-0.34)	1.50 (1.40-1.60)	2.11 (1.99-2.23)	2.66 (2.53-2.80)	3.57 (3.38-3.77)	4.91 (4.48-5.38)
Attune	9,878	68 (61-75)	44%	0.30 (0.20-0.46)	1.00 (0.66-1.52)				
Columbus	11,143	70 (64-76)	43%	0.46 (0.35-0.62)	1.84 (1.57-2.16)	2.63 (2.26-3.05)	2.89 (2.47-3.38)	3.58 (2.71-4.73)	
E-Motion Bicondylar Knee	3,111	67 (61-74)	44%	0.69 (0.45-1.06)	2.39 (1.88-3.04)	3.19 (2.56-3.97)	4.08 (3.30-5.05)	4.40 (3.52-5.48)	
Endo Rotating Hinge	1,164	76 (68-83)	28%	1.51 (0.93-2.45)	3.82 (2.76-5.27)	5.35 (3.98-7.18)	6.08 (4.54-8.12)	8.82 (5.84-13.22)	
Genesis 2	58,549	71 (65-77)	42%	0.39 (0.34-0.45)	1.41 (1.30-1.52)	1.95 (1.82-2.10)	2.39 (2.23-2.57)	2.96 (2.71-3.22)	3.14 (2.82-3.50)
Genesis 2 Oxinium	8,254	59 (54-64)	41%	0.56 (0.42-0.75)	2.28 (1.93-2.64)	3.40 (2.97-3.90)	4.19 (3.67-4.78)	5.51 (4.74-6.40)	5.51 (4.74-6.40)
Insall-Burstein 2	2,588	71 (65-77)	45%	0.27 (0.13-0.57)	1.84 (1.21-2.22)	2.90 (2.31-3.65)	3.76 (3.07-4.60)	5.38 (4.48-6.41)	6.32 (5.34-7.94)
†Kinemax	10,958	71 (64-77)	43%	0.25 (0.17-0.36)	1.76 (1.53-2.03)	2.68 (2.39-3.01)	3.51 (3.17-3.89)	4.68 (4.27-5.13)	5.79 (5.24-6.39)
†LCS	2,050	70 (63-76)	41%	0.64 (0.37-1.10)	1.79 (1.30-2.47)	2.37 (1.78-3.14)	2.65 (2.03-3.47)	3.09 (2.40-3.97)	3.40 (2.65-4.34)
LCS Complete	25,297	70 (63-76)	44%	0.46 (0.38-0.55)	1.69 (1.53-1.87)	2.59 (2.38-2.82)	3.15 (2.91-3.42)	3.72 (3.42-4.05)	
Maxim	2,191	70 (63-77)	42%	0.37 (0.18-0.74)	1.79 (1.31-2.46)	2.66 (2.05-3.46)	3.38 (2.68-4.29)	4.92 (3.93-6.14)	7.74 (4.47-13.22)
MRK	10,534	70 (64-77)	42%	0.28 (0.20-0.41)	1.19 (0.98-1.45)	1.62 (1.38-1.94)	2.26 (1.90-2.68)	2.88 (2.36-3.51)	2.88 (2.36-3.51)
Natural Knee II	2,840	70 (64-76)	42%	0.32 (0.17-0.61)	1.30 (0.94-1.80)	2.22 (1.72-2.87)	3.36 (2.69-4.19)	3.99 (3.20-4.97)	6.35 (4.27-9.39)
Nexgen	133,343	70 (63-76)	43%	0.38 (0.35-0.42)	1.42 (1.35-1.50)	2.15 (2.05-2.24)	2.80 (2.69-2.93)	3.63 (3.46-3.81)	4.50 (4.12-4.93)

† Denotes a brand that has been discontinued/withdrawn/not implanted in last three years.

Note: 1 Estimates in blue italics indicate that fewer than 250 cases remain at risk at the time shown. Blank cells indicate the number at risk is below ten and therefore estimates are omitted as they are unreliable. 2 Brands shown have been used in at least 1,000 primary total knee replacement operations. Excludes 7,202 primary operations where the knee brand was not recorded.

© National Joint Registry 2017

Finalmente, en el Pliego de Cláusulas Administrativas determina que la *“...documentación constitutiva de la oferta técnica tendrá que entregarse en castellano y también en soporte digital...”*. A continuación, esta representación reproduce extracto del PCAP, concretamente el apartado 5 de la cláusula 1 referida a las *características del contrato*:

- Toda la documentación constitutiva de la oferta técnica tendrá que entregarse en castellano y también en soporte digital en formato CD-R o DVD o similar.

Pues bien, en el sobre técnico general, donde se deben aportar los catálogos sobre el producto ofertado, salvo alguna excepción puntual, todos estaban en inglés sin su correspondiente traducción al castellano, suponiendo un nuevo incumplimiento de las obligaciones esenciales obrantes en los pliegos rectores del procedimiento y que, sin duda, deben suponer la exclusión de la adjudicataria.

En el mismo sentido se expresa la resolución **189/2017 del propio Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, que se expresaba en los siguientes términos:

“El artículo 3 de la Constitución Española dispone que el castellano es la lengua española oficial del Estado y la demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, que se plasma en otras muchas normas reguladoras de la compra pública y de otras cuestiones. Así, por ejemplo, según el artículo 23 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dando por supuesto que las empresas españolas presentarán sus ofertas en los idiomas oficiales señala que “Las empresas extranjeras que contraten en España presentarán la documentación traducida de forma oficial al castellano o, en su caso, a la lengua de la respectiva Comunidad Autónoma en cuyo territorio tenga su sede el órgano de contratación”.

Tal como señaló este Tribunal en su Resolución 117/2017, 5 de abril, la exigencia de que los catálogos y folletos se redacten en castellano es una condición ajustada a Derecho y resulta totalmente lógica al ser la lengua oficial del Estado sin que pueda representar mayor dificultad a empresas,

como la recurrente, que cuentan con estructura suficiente al disponer de sede en este país y estar, como parece, interesada en competir en las licitaciones públicas.”

A mayor abundamiento, encontramos por ejemplo la reciente **Resolución nº 590/2018** de 21 de junio, del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, de la que reproducimos extracto:

*“(…) es exigible que **las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del PPT** o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el PCAP prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al PPT (Resoluciones números 548/2013, 29 noviembre, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, y 763/2014, de 15 de octubre).*

*Igualmente señalamos que **la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT, está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por tanto, es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador**, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta (Resolución número 551/2014 de 18 de julio).*

*En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la **obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el PPT, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.**”*

En Conclusión: Por todo lo anterior y constatado el flagrante incumplimiento de los requisitos técnicos obligatorios estipulados por el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como el incumplimiento de las exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la convocatoria, no puede sino solicitarse la **exclusión** de la oferta presentada por **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, en el expediente de referencia.

SEGUNDO. – OBJETIVIDAD DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS. NO AFECCIÓN A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Con relación a lo expuesto en los Fundamentos de Derecho precedentes, interesa subrayar que la apreciación del incumplimiento de las prescripciones recogidas en los Pliegos en la oferta presentada por la compañía **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, así como el incumplimiento de las exigencias referentes a la presentación de la documentación, se solicita a los solos efectos de poner de manifiesto la incorrecta aplicación de los Pliegos rectores del procedimiento, sobre la base de los argumentos expuestos, los cuales resultan claramente objetivos.

Lo que se persigue es la constatación objetiva de que **no ha sido de aplicación lo previsto en los pliegos rectores del procedimiento.**

Todo ello es refrendado por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)**, en su **Resolución nº 437/2014**, mediante la cual el TACRC entra a analizar las especificaciones técnicas requeridas en los pliegos al objeto de dilucidar si la oferta que había resultado adjudicataria respetaba tales condiciones mínimas.

En este sentido, justifica el Tribunal su pronunciamiento al respecto de la siguiente manera:

“En la medida en que las alegaciones del recurrente no versan sobre la corrección técnica de la propia valoración sino que se refieren al incumplimiento en las especificaciones técnicas por la empresa adjudicataria por lo que entiende debió excluirse la misma, entrará el Tribunal a examinar la cuestión suscitada.”

Es decir, debido a lo expuesto, no se pretende obtener una nueva valoración de las ofertas técnicas por parte del Tribunal, sino la comprobación por éste del evidente y acreditado error incurrido en la aplicación de lo establecido en el pliego al considerar el órgano de contratación que la oferta de **SMITHS & NEPHEW, S.A.** se ajusta a los requisitos establecidos tanto en el Pliego de Prescripciones Técnicas como en el Pliego de Cláusulas Administrativas cuando objetivamente no es cierto.

La doctrina de los tribunales especializados manifiesta una posición unánime, como hemos podido observar, en cuanto a la procedencia de revisar el

cumplimiento por parte de las ofertas presentadas respecto de los requisitos técnicos mínimos y las exigencias relativas a la configuración de la oferta establecidos en los pliegos ha resultado patente, lo que viene a reforzar la viabilidad de las pretensiones objeto del presente recurso, esto es, la mera aplicación de las normas recogidas en los pliegos, a fin de garantizar la adjudicación del expediente a las empresas que se encuentran en condiciones de acreditar el cumplimiento de los requerimientos exigibles, de forma que se garantice, así, la salvaguarda de los principios más elementales que deben presidir todo procedimiento de adjudicación de un contrato público.

De este modo, los argumentos recogidos en el presente escrito, así como los fundamentos jurídicos y la documentación que lo acompañan, deberán determinar la anulación del acto impugnado por medio del presente recurso.

TERCERO. – VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES QUE DEBEN REGIR TODO PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A juicio de esta representación, la adjudicación del presente expediente a la oferta presentada por la empresa **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, vulnera los principios más elementales de la contratación pública y especialmente el **principio de igualdad de trato y no discriminación** que debe regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración, por lo que no puede sino solicitarse la **exclusión** de esta.

Al efecto, y como fundamentación jurídica, conviene recordar el contenido del **artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, que se corresponde con el mismo numeral de la **Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, que establece:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

En este mismo sentido, el **artículo 139 TRLCSP**, actual **artículo 132 LCSP**, establece que:

“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”.

El **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** en su **Resolución 081/2011**, de 23 de marzo de 2011, ha destacado la transcendencia de la protección del principio de igualdad de trato de los licitadores:

“(…) Ello resulta perfectamente acorde, como no podía ser de otra forma, con el objeto mismo de dicha Ley recogido en su artículo 1, y que no es otro que “regular la contratación del sector público a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (…)”.

Por su parte, el **Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**, mediante **Acuerdo 1/2011**, de 28 de marzo de 2011, resalta la importancia del principio de igualdad, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico – español y comunitario- vigente en materia de contratación pública:

***“(…) Principio de igualdad de trato que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002 *Universale-Bau* y otro, y de 19 de junio de 2003, *GAT*. (…)*”.**

CUARTO. – LOS PLIEGOS SON LEY ENTRE LAS PARTES.

Con relación a la situación planteada, debe tomarse en consideración que, de conformidad con lo previsto en el **artículo 116 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**, y que se corresponde con el actual **Artículo 124 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**:

“1. El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de

la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”.

De esta forma, lo previsto en los Pliegos, marca los pactos y condiciones que el órgano de contratación debe seguir para la valoración de las ofertas presentadas a la licitación. En el presente caso, el **órgano de contratación NO ha tenido en cuenta las exigencias por él mismo establecidas** a la hora de valorar las soluciones ofertadas, contraviniendo con sus propios actos aquellas exigencias plasmadas en los Pliegos y, por tanto, es preciso que el mismo órgano de contratación proceda a revisar la puntuación otorgada a la empresa adjudicataria.

QUINTO. – CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS PROVEEDORES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como se viene expresando en los Fundamentos anteriores, las circunstancias que hemos puesto de manifiesto deben ser suficientes para determinar la nulidad del acto objeto de la presente reclamación.

En este sentido, dispone el **artículo 31 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** que,

“Los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”.

De manera correlativa al anterior, el actual **artículo 38 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**:

“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado”.

En esta misma línea dispone el **artículo 32 del TRLCSP** que,

“Son causas de nulidad de Derecho administrativo las siguientes:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común”.

El **artículo 62.1 e)** de la ya derogada **Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**, dispone que, los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

“Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”.

Este precepto, se concreta según el **artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:**

“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

1. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

En su virtud, al Tribunal,

SOLICITO

- (I) Que, tenga por presentado este escrito que constituye Recurso Especial en Materia de Contratación Administrativa, contra la Resolución de Adjudicación a favor de la empresa **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, en el procedimiento de contratación con **Nº de Expediente A/SUM-003469/2018**, convocado para la contratación del **suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud.**
- (II) Que, se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y conforme a los incumplimientos de prescripciones técnicas y de las exigencias

obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares acreditados en el presente recurso, se proceda a la exclusión de la oferta presentada por **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, en respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores y no discriminación.

PRIMER OTROSÍ DIGO:

Que se adopte la medida cautelar consistente en la **suspensión** del acto administrativo que origina el presente recurso.

La medida cautelar solicitada cumple los requisitos exigidos por la legislación vigente, en la medida en que:

- La ejecución del acto hará perder al recurso su finalidad legítima.
- La medida cautelar no produce perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Tal como se recoge en el Auto del Tribunal Supremo (RJ 1990/10412) de 20 de diciembre de 1990, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar y es necesario recordar que esa fuerza expansiva del artículo 24 citado, y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de presunción de validez de los actos de la administración, viene impuesta por el principio general del derecho comunitario al que se alude en la **Sentencia Factortame** del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no deber convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Este principio general del derecho, aplicado por nuestro más alto Tribunal en, entre otros, el citado Auto, obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto (por ello la necesidad de examinar cada caso) lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia de buen derecho. Esta apariencia, aun siendo sólo esto, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990 y de 20 de marzo de 1990 aplican este mismo principio señalando que “es la Administración la que corre el riesgo de la ejecución de un acto que no es firme, de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal”.

También el Tribunal Constitucional (SSTC 14/1992, 218/1994 y 78/1996) ha establecido al respecto que la efectividad que se predica de la tutela judicial de cualquiera de los derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.

La razón determinante para acceder o no a la suspensión solicitada, es pues, evitar que la ejecución del acto impugnado haga perder al recurso su legítima finalidad, previa valoración de los intereses en conflicto.

De las circunstancias concretas del caso que nos ocupa, se deduce que si no se produce la suspensión del acto administrativo impugnado, cuando se resuelva el recurso ya se habrá ejecutado y llevado a término el objeto del mismo, por lo que, aunque a la empresa a la que represento se le dé la razón no habrá podido cumplir.

Por todo ello, esta parte,

SOLICITA

Al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que acuerde la suspensión cautelar del procedimiento de licitación del expediente de referencia, hasta la resolución del Recurso especial interpuesto mediante el presente escrito.

SEGUNDO:

Que por medio del presente propongo y desde ahora acepto que cualquier notificación se me pueda verificar por medios electrónicos o telemáticos, y señalo para ello los siguientes datos:

Email: RA-JNJES-MEDCONTRATA@its.jnj.com

Y que, en todo caso, el domicilio postal a efectos de notificaciones es el que figura en los datos incluidos en el encabezamiento del presente.

Por todo ello, esta parte,

SOLICITA

Al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que tenga por realizada la anterior manifestación a efectos de medios de notificación.

Y para que conste a los efectos oportunos, se firma la presente en Madrid, a 29 de octubre de 2018.

Fdo. Alicia Herráez

Apoderado

JOHNSON & JOHNSON, S.A.

DOCUMENTACIÓN ANEXA

- **Documento Nº 1:** Copia de la escritura de poder.
- **Documento Nº 2:** Copia del Anuncio presentado ante el órgano de contratación.
- **Documento Nº 3:** Copia de la Resolución de Adjudicación que se impugna.
- **Documento Nº 4:** Copia de la Solicitud de acceso al expediente sellada por el órgano de contratación.
- **Documento Nº 5:** Copia de la Comunicación de emplazamiento de acceso al expediente del órgano de contratación.