

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

En Madrid, a 4 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña S.P.D., en nombre y representación de Smith & Nephew, S.A.U., contra la Resolución de 22 de marzo de 2016, por la que se adjudica el contrato “Adquisición de prótesis de rodilla en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, número de expediente: P.A. 19/2015, lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 25 de marzo de 2015, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Severo Ochoa se convocó procedimiento abierto, con pluralidad de criterios y dividido en tres lotes, para la contratación del suministro mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de marzo de 2015, en el BOE de 8 de abril y en el BOCM el 14 de abril de 2015. El valor estimado asciende a 988.455,51 euros.

Segundo.- La empresa Smith & Nephew, S.A.U., presentó oferta al lote 1 “*prótesis total de rodilla primaria deslizamiento y semiconstreñida*” del expediente de referencia.

El 31 de marzo de 2016 se remitió notificación de la Resolución de adjudicación del referido expediente, publicándose en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid en la misma fecha.

Tercero.- El 18 de abril de 2016, previo anuncio ante el Hospital el día 14, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Smith & Nephew, S.A.U., en el que solicita que *“se declare la nulidad de la resolución de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento de la valoración técnica de las ofertas, para proceder a las mismas en cumplimiento de los principios rectores de la contratación de la propia ley del contrato”*.

El 21 de abril el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 21 de abril de 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Stryker Iberia, S.L. que sostiene que no existe incumplimiento de las prescripciones técnicas en su oferta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, de las admitidas a la licitación del lote 1 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP). Resulta por ello evidente que la eventual estimación del recurso le coloca en posición de poder obtener la adjudicación del contrato.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de marzo de 2016, practicada la notificación el 31 de marzo, e interpuesto el recurso el 18 de abril de 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP en relación al 15.1.b).

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación, por incumplimiento de las prescripciones técnicas por la oferta adjudicataria.

Cabe recordar, en relación al objeto del contrato, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP es el órgano de contratación quien debe determinar las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, determinando al efecto la naturaleza y extensión de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato proyectado.

La regulación legal del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y las reglas para el establecimiento de dichas prescripciones de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades. En concreto, en el caso de los contratos de suministro, deben incluirse los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2.007 (RJ 2007/8550) que alude, a su vez, a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, establece que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el principio de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Cabe recordar que en este caso, a efectos de la resolución del recurso, la función del Tribunal no es determinar las propiedades terapéuticas de un producto sanitario ni su mejor o peor adecuación a los tratamientos médicos, cuestión que como hemos dicho corresponde al órgano de contratación al definir mediante la redacción de las prescripciones técnicas la mejor manera de satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con la contratación que se propone.

Para la resolución del recurso debemos partir de la conocida doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia que considera que los pliegos constituyen la ley del contrato y que su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta.

Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como mínimo necesario en los pliegos que rigen el procedimiento. Los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes y, por tanto, al

presentar su oferta, según el artículo 145 del TRLCSP, los han aceptado incondicionalmente en todo su contenido. Veamos pues cada uno de los incumplimientos alegados en el recurso y su adecuación a lo solicitado en el PPT.

El PPT, en el apartado “2.CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, CANTIDADES Y PRECIOS”, determina:

“CARACTERÍSTICAS Y PRESTACIONES.

- *Anatómica tanto tibia como fémur. (...)*

COMPONENTE FEMORAL. (...)

- *Cóndilos femorales divergentes, interno sobredimensionado. (...).”*

Según la recurrente ambas características no se constatan en los productos ofertados por la adjudicataria, motivo por el cual debió ser excluida. El órgano de contratación no ha tenido en cuenta las exigencias por él mismo establecidas a la hora de valorar los productos ofertados al lote 1, contraviniendo así sus propios actos que están plasmados en la definición del producto tal y como se contiene en el PPT. El órgano de contratación debe aplicar el contenido previsto en los mismos, garantizando en todo caso el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y transparencia por los que se rige la convocatoria. Por tanto, y tomando en consideración lo antedicho, toda oferta que no cumple con las prescripciones técnicas debe ser rechazada y no procede su valoración.

El Jefe del Servicio de Traumatología, en su informe al recurso explica que *“como se puede comprobar en la descripción técnica del sistema de rodilla Triathlon aportada por la empresa Stryker, se describe que es un implante anatómico tanto en sus componentes tibiales como femorales y patelares”; y en relación al requisito “cóndilos femorales divergentes, interno sobredimensionado”, efectivamente aunque no consta expresamente dicha característica, cuando se hizo la valoración técnica se valoró que sí cumple el movimiento que producen los cóndilos divergentes, gracias al diseño del polietileno en arco rotatorio.*

Aunque los cóndilos son iguales, esta prótesis permite la misma función (pivotaje del cóndilo medial y traslación del cóndilo externo), sin producir desgaste precoz de los materiales.”

Alega Stryker Iberia que “Respecto de la característica y prestación consistente en que la prótesis de rodilla sea anatómica, tanto tibia como fémur, confirmamos que el diseño de la Triathlon es anatómico, como se aprecia de los documentos que indicamos a continuación, que hacen referencia a la anatomía del diseño y de los componentes tibiales y femorales.”

Como Documento 1, se adjunta al escrito de alegaciones de Stryker Iberia compendio titulado *“rango de movimiento, primeros resultados del sistema de rodilla Triathlon”*, que contiene un estudio y análisis anatómico en el que se funda el desarrollo del diseño de la prótesis Triathlon, concluyendo: *“El sistema de rodilla Triathlon se ha diseñado para favorecer la cinemática natural de la rodilla y para ofrecer movilidad con estabilidad en 150% en flexión. Esto se consigue mediante un diseño mejorado en cuatro áreas claves: el eje de rotación, el tamaño y la forma de los cóndilos posteriores, el grado de rotación tibial y un surco femororrotuliano profundo”*. También, como Documento 2 se aporta tríptico y como Documento 3 se aporta estudio relativo al diseño anatómico de radio único de la prótesis Triathlon.

En cuanto al requisito técnico del componente femoral, *“cóndilos femorales Divergentes, interno sobredimensionado”*, alega Stryker Iberia que aparece igualmente cumplido por la prótesis Triathlon, siendo, además, una de las características esenciales de esta prótesis. El requisito técnico de divergencia hace referencia a que el movimiento de los cóndilos interno y externo sea divergente, es decir, diferente, de forma que reproduzca el movimiento natural de la rodilla a medida que se flexiona. Esta divergencia cinemática o de movimiento de los cóndilos consiste en que, según se produce la flexión de la rodilla el cóndilo femoral no se mueva anteroposteriormente, mientras que el cóndilo femoral lateral se mueve posterior o internamente (en traslación o rotación).

La recurrente en modo alguno razona para justificar el incumplimiento de los requisitos técnicos por parte de la prótesis Triathlon de Stryker Iberia sino que se limita a exponer que a través del folleto consultable en la página web el implante Triathlon no cumple las prescripciones técnicas y expone las características de una y otra, sosteniendo que la suya es anatómica y que cumple el requisito de divergencia y que, en cambio, la del licitante que ha resultado adjudicatario no. Ello no es suficiente en orden a crear la convicción jurídica del incumplimiento de las prescripciones técnicas del producto ofertado por la adjudicataria.

En consecuencia, aceptando lo alegado por la adjudicataria y lo informado por el órgano de contratación en cuanto a la correspondencia terminológica y equivalencia entre lo exigido y lo ofertado, procede desestimar el motivo de recurso.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por doña S.P.D., en nombre y representación de Smith & Nephew, S.A.U., contra la Resolución de 22 de marzo de 2016, por la que se adjudica el contrato “Adquisición de prótesis de rodilla en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, número de expediente: P.A. 19/2015, lote 1.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.