

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

En Madrid, a 30 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de SMITH & NEPHEW S.A.U. (en adelante SMITH) contra la resolución por la que se adjudica del contrato “Suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina”, Expediente PASUM 2019/05HUIC, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fechas 13 y 27 de agosto de 2019, respectivamente y en el BOCM de fecha 26 de agosto, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 382.257,37 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- El 2 de enero de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el

recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SMITH en el que solicita la anulación de la adjudicación del contrato de referencia.

A la licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente, siendo admitida únicamente la adjudicataria.

Tercero.- El 9 de enero de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP).

Cuarto.- Por parte de la Secretaría de este Tribunal se dio traslado del recurso al interesado para la presentación de alegaciones conforme al artículo 56.3 de la LCSP. En sus alegaciones plantea en primer lugar la falta de legitimación del recurrente, por lo que procedería la inadmisión del recurso y en segundo lugar alega cumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas en los Pliegos.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 que fue excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Dado que la adjudicataria es la única empresa admitida a la licitación de las tres presentadas, el interés legítimo reside en la pretensión de la declaración de desierto del expediente de licitación. Este criterio ya fue adoptado por este Tribunal en su Resolución 193/2014, de 12 de noviembre *“Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Docout para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP). Si bien es cierto que la recurrente, ha sido declarada decaída en su derecho a ser adjudicataria del contrato y que por lo tanto prima facie ningún beneficio podría obtener de la interposición del presente recurso, en relación con el procedimiento de licitación actual, no lo es menos que la recurrente hace valer el incumplimiento en la oferta de la única licitadora que resta en el procedimiento, con la consecuencia de la declaración de desierto del contrato, con lo que su potencial beneficio de estimarse el recurso, sería la posibilidad de acudir a una nueva licitación sobre el mismo objeto, una vez declarada desierta la actual.”*

En el mismo sentido, a Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Asunto C-131/16): “(...). *En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato (véase la sentencia de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27). En tales circunstancias, debe reconocerse al licitador que ha interpuesto el recurso un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, que puede llevar, en su caso, a que se determine que la entidad adjudicadora no puede proceder a la selección de una oferta adecuada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013 (TJCE 2013, 222), Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33, y de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 24)”*

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha planteado contra la adjudicación de un contrato, cuya notificación tuvo lugar el 11 de diciembre de 2019, presentando el recurso el 2 de enero de 2020, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días hábiles previsto por la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del asunto el recurrente sostiene que se ha producido un incumplimiento de determinados requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que llevarían a la exclusión de la oferta ahora adjudicada por la imposibilidad de que el órgano de contratación pueda seleccionar

una oferta válida y adecuada que cubra sus necesidades y sea conforme a lo requerido en los pliegos rectores de la licitación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe manifiesta en sus conclusiones: *“Este Órgano de Contratación viene a trasladar al Tribunal de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid sus conclusiones:*

- *Se observa cumplimiento de los puntos 1.1.1, 1.1 .2, 1.2.1, 1.2.6, 1.3.1 referidos por la recurrente al respecto de ZIMMER.*
- *Se observa que en el punto 1.1 .3 que el licitador ZIMMER cumple con la prescripción de contar con 6 tallas únicamente en 1 de los 3 modelos ofertados.*
- *Se observa que en el punto 1.1.4 que el licitador ZIMMER presenta modelo plano y obvia el biconvexo.*
- *Se observa que en el punto 1.3.1 el licitador ZIMMER presenta 5 tallas en lugar de 8.*
- *Se observa que en el punto 1.3.3 el licitador ZIMMER presenta 5 tallas en todas las opciones salvo en la verde rayada en la que oferta 6 tallas.*

De acuerdo con las anteriores indicaciones, este órgano de contratación propone: Que el recurso especial en material de contratación presentado por la licitadora Smith & Nephew sea estimado, por haber constatado el incumplimiento de la licitadora ZIMMER en los puntos señalados en el recurso (...).

Por tanto se propone al Tribunal Administrativo en Materia de Contratación que resuelva a favor de la estimación del citado recurso y se proceda a considerar como excluido el licitador ZIMMER, quedando por tanto desierto el expediente de contratación PASUM2019/05HUIC”.

Por tanto, el órgano de contratación después de un análisis más minucioso y exhaustivo de la propuesta técnica presentada por la adjudicataria, ha comprobado que incumple parte de las prescripciones técnicas previstas en el PPT.

Como alega el propio adjudicatario en sus alegaciones al recurso respecto a la primera valoración realizada, procede considerar que esta decisión se encuentra

amparada por la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación. Esta discrecionalidad afecta tanto a la configuración de las prescripciones técnicas como a la hora de validar su cumplimiento por parte de los productos ofertados por los licitadores.

Analizada la propuesta del adjudicatario, efectivamente se comprueba que en el punto 1.1.3 “*Superficie articular*”, el licitador únicamente ofrece seis tallas en el modelo Posterior Estabilizada. Así mismo, en el apartado 1.3.1 “*Componente femoral*” se presentan cinco tallas en lugar de ocho por modelo.

Conforme a la doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y 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 requisitos mínimos necesarios en los pliegos que rigen el procedimiento. Requisitos que cualquier licitador interesado razonablemente informado y normalmente diligente podría comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, que la entidad adjudicadora puede comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.

Así el artículo 139.1 de la LCSP establece que: “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)*”.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso, debiendo proceder a la retroacción de las actuaciones, con exclusión del adjudicatario por incumplimiento de las prescripciones técnicas previstas en los Pliegos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de SMITH & NEPHEW S.A.U., contra la resolución por la que se adjudica del contrato “Suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina”, Expediente PASUM 2019/05HUIC, en los términos del Fundamento de Derecho Quinto.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- 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 59 de la LCSP.