

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

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña J.P.C., en nombre y representación de Zimmer Biomet Spain, S.L.U., contra la Resolución de 11 de enero de 2018, de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote número 2 del contrato de “Suministro de prótesis de rodilla primaria y espaciadores para el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: PA 2017-0-99, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución de 6 de septiembre de 2017 de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre se procede a la publicación en los boletines oficiales y en el perfil de contratante de la licitación del suministro de referencia, mediante procedimiento abierto, dividido en 4 lotes, correspondiendo el lote 2, objeto de recurso, a “Prótesis de rodilla primaria cementada y no cementada estabilizada posterior (PS)”. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE, en el BOE y en el BOCM de fecha 22 de septiembre. El valor estimado asciende a 770.798,02 euros.

Segundo.- La empresa Zimmer Biomet Spain, S.L.U. (en adelante Zimmer) presentó proposición al lote nº 2 del procedimiento de licitación además de otras 4 empresas. La clasificación de ofertas según los criterios de adjudicación otorga 85,37 puntos a Smith & Nephew, 73 puntos a MBA Incorporado y 62,52 a la recurrente Zimmer.

La Resolución de adjudicación fue publicada en el Perfil de contratante el 17 de enero de 2018 y notificada a los interesados el mismo día.

La recurrente tuvo acceso a la documentación obrante en él, concretamente a la documentación técnica integrante de las ofertas de las demás entidades licitadoras y al informe técnico de valoración que ha motivado la posterior Resolución de adjudicación.

Tercero.- El 7 de febrero de 2018 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Zimmer, en el que solicita:

*“**SEGUNDO.** - Que se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y se tome en consideración el hecho de que las ofertas presentadas por la empresa **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, y por **MBA INCORPORADO, S.L.**, para el **Lote nº 2** incumplen lo dispuesto en los Pliegos rectores de la convocatoria, debiendo ser, por tanto, excluidas de la licitación.*

***TERCERO.** - Que en observancia del anterior solicitado, se proceda a la adjudicación del **Lote nº 2** a la oferta que representa la económicamente más ventajosa siendo, en las presentes, la de esta representación.”*

El recurso alega incumplimiento de prescripciones técnicas por parte de las soluciones ofertadas tanto por la adjudicataria, Smith & Nephew, S.A.U., como por MBA Incorporado, S.L., al lote nº 2, procediendo la exclusión de las mismas.

El 19 de febrero 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). Considera que debe desestimarse el

recurso en cuanto a lo alegado respecto Smith & Nephew y estimarse el motivo respecto de MBA Incorporado, pues el Jefe de Servicio de Traumatología, tras nuevo análisis de la oferta y revisión del informe técnico anterior, informa que es cierto que el producto ofertado por la misma no cumple con las especificaciones técnicas por lo que la oferta presentada debería haber sido excluida del procedimiento en el lote nº 2.

Cuarto.- Con fecha 14 de febrero de 2018, 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.

Ha presentado escrito de alegaciones Smith & Nephew que manifiesta su conformidad con la resolución dictada por el órgano de contratación por ser ajustada a derecho y solicita la desestimación del recurso.

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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitador, clasificado en tercer lugar en el lote 2 objeto de impugnación *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP). De ser estimado el recurso excluyendo a sus dos competidores mejor clasificados podría obtener la condición de adjudicatario. En

consecuencia el reconocimiento de legitimación activa queda condicionado al examen del fondo del recurso y la estimación en ambas pretensiones de exclusión.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la resolución impugnada fue adoptada el 11 de enero de 2018, practicada la notificación el 17 de enero, e interpuesto el recurso, el 7 de febrero, 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.

Quinto.- En cuanto a la oferta de Smith & Nephew se alegan determinados incumplimientos de las prescripciones técnicas.

En primer lugar, procede reproducir el requerimiento técnico del pliego relativo al lote nº 2, que precisaba que el mismo debía componerse de dos números de orden, el orden nº 3 y el orden nº 4, cada uno de ellos comprensivo de los siguientes elementos:

- Componente femoral.
- Componente tibial.
- Inserto de polietileno.
- Componente rotuliano/patelar.

Alega Zimmer que por Smith & Nephew se presentaron dos sistemas distintos para un solo lote: uno (*Génesis II*) que cumple la parte primaria y otro (*Legion*) que cumplía con el resto de componentes. Es decir, Smith & Nephew concurre al procedimiento presentando una variante de carácter técnico consistente en la oferta de dos técnicas quirúrgicas con carácter alternativo, cuando las especificaciones del pliego no admitían esta eventualidad. A mayor abundamiento, de entre todos los

componentes ofertados de las dos técnicas diferenciadas, solo son compatibles los componentes tibiales, los polietilenos y las rótulas, pero no el componente femoral. Ello se explica, lógicamente, por el hecho de que son dos modelos de prótesis completamente distintas, cada una con su instrumental específico y sus implantes propios.

Según el informe del Jefe de Servicio de Traumatología, todos los componentes ofertados por la empresa Smith & Nephew, son compatibles entre sí y pueden intercambiarse dentro de la técnica quirúrgica, por lo que cumple con los requisitos exigidos en el PPT de este procedimiento. La adjudicataria presenta una única oferta técnica para el lote 2 ya que todos los componentes ofertados son válidos para un único procedimiento quirúrgico.

Alega la adjudicataria que siempre se hace mención a las soluciones Genesis II/Legion, y ello porque el sistema Genesis/Legion forma una única familia de producto, que va desde la solución para artroplastia primaria a la rodilla de recambio/revisión y revisión Bisagra. El hecho de utilizar la marca Genesis y Legion dentro del mismo sistema es algo común cuando se mantienen componentes lanzados al mercado y registrados con anterioridad. Así, a medida que se produce la evolución del porfolio se completan con otros componentes nuevos, compatibles entre sí y que forman parte del mismo montaje, sistema y familia. La recurrente alega que se presentan dos sistemas: uno para primaria y otro para revisión, lo cual no es cierto. Legion es la revisión de Genesis II, y ambos sistemas de implantes son perfectamente compatibles; así, con una Genesis implantada podemos hacer un recambio, parcial o total, con su sistema compatible de revisión Legion. Toda revisión de rodilla necesitará de más piezas de instrumentación en quirófano para realizar la intervención. Una revisión de rodilla no puede hacerse nunca con el mismo instrumental que el de una primaria. Se necesitan, por ejemplo, fresas para vástagos de mayor tamaño y demás instrumental que en una primaria simple no suelen ser necesarias. Lo importante es la compatibilidad de los sistemas para poder hacer revisiones parciales o totales de un implante primario con soluciones de

recambio compatibles y es precisamente esta la exigencia funcional requerida en los pliegos.

Respecto al argumento: *“Solo son compatibles los componentes tibiales, los polietilenos y las rótulas, pero no el componente femoral.”* Señala Smith & Nephew en sus alegaciones que en los pliegos solo se solicita la compatibilidad del instrumental, no de los componentes; aun así, se hace preciso reiterar que todos los componentes ofertados son compatibles entre sí. La compatibilidad entre el sistema de prótesis primaria y de revisión es total y absoluta. Esto es, se puede recambiar cualquiera de los componentes primarios por uno de revisión, incluido el componente femoral.

Respecto al argumento *“son 2 prótesis completamente distintas (cada una con su instrumental específico y sus implantes)”*. Señala Smith & Nephew en sus alegaciones que en este expediente únicamente se presentan los productos solicitados: Prótesis Primaria CR, PS o antialérgica; que se concretan en un único producto: *GENESIS*. En la oferta técnica de Smith & Nephew se presenta documentación referente al sistema *LEGION*, de revisión, al demandarse en el PPT la necesidad de que el sistema ofertado disponga de una instrumentación compatible con componentes primarios. Pero ello no implica que se esté ofertando otro material distinto al realmente ofertado en este lote, que es *GENESIS*.

Respecto al argumento: *“La documentación presentada es ambigua ya que presentan documentación de sistemas que no se solicitan, como por ejemplo, la Profix o la bisagra.”* Señala Smith & Nephew en sus alegaciones que si bien es cierto que, en alguno de los documentos presentados están añadidos otros sistemas más completos como la revisión y la bisagra, al formar parte de la misma familia, en ningún caso puede afirmarse que ha presentado documentación de otros sistemas como *PROFIX*, ni documentación que pueda resultar ambigua o inducir a error.

Para la resolución de este motivo de recurso, debemos partir de la consideración del contenido de los pliegos como ley del contrato que vincula tanto a

la Administración como a los licitadores y supone que lo previsto en los ellos son los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de los licitadores para poder convertirse en adjudicatarios del contrato. Su incumplimiento debe considerarse una causa de exclusión puesto que, en otro caso, no tendría sentido definir las cualidades de los productos o servicios que se pretenden adquirir. El órgano de contratación debe tener en cuenta el procedimiento por él mismo establecido a la hora de tramitar la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el cumplimiento por los licitadores de las prescripciones técnicas recogidas en los Pliegos.

Es preciso recordar, asimismo, que los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes ni corregidos por el órgano de contratación, por lo tanto, los han aceptado en todo su contenido. Tomando en consideración lo antedicho toda oferta que no cumple con las prescripciones técnicas debe ser rechazada y no debe procederse a su valoración. 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.

En cuanto al cumplimiento de las prescripciones técnicas debemos considerar tal como afirman tanto la adjudicataria como el órgano de contratación que se trata de una sola oferta que incluye todos los elementos exigidos en los números de orden. No se trata de dos sistemas sino de uno único con modelos o marcas diferentes para distintos elementos. Por otro lado se acredita también la compatibilidad de los componentes.

En ningún caso puede considerarse como una oferta variante. El artículo 147 del TRLCSP prevé que *“Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad”*.

La simultaneidad de proposiciones supone que un mismo licitador presenta varias candidaturas u ofertas a la misma licitación, lo que supone una quiebra del principio de igualdad de trato de los licitadores. En tal sentido el artículo 145.3 del TRLCSP establece el principio general de inadmisión de más de una proposición por licitador y la excepción particular cuando el pliego de cláusulas permite la presentación de variantes o mejoras precisando sobre qué elementos y en qué condiciones: *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.”*

La introducción de variantes no previstas en los pliegos es equiparable a la presentación de una oferta alternativa, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, que conduce a la exclusión de la oferta.

Conviene recordar que el artículo 145 del TRLCSP utiliza el término *“proposiciones”* para aludir a la prohibición de presentar más de una. El término proposición ha de venir referido a todas las circunstancias objeto de valoración en los criterios de adjudicación del contrato. Por eso, la presentación de más de una opción susceptible de obtener distinta puntuación constituiría un supuesto de ofertas alternativas que compiten entre sí puesto que la presentación de productos que puedan obtener diferente calificación supone la presentación de variantes.

Es evidente que al no haberse previsto ni en el pliego ni en el anuncio de licitación la posibilidad de presentación de otras variantes que las relativas al precio o la entrega de material a coste cero, no sería posible valorar su presentación como criterio de adjudicación. Pero es que en el caso que nos ocupa no ha sido valorado un sistema de prótesis en competencia con otro sistema de la misma casa comercial y con precios diferentes y ninguna incidencia ha tenido en la adjudicación del

presente contrato que se haya admitido que el sistema de prótesis tenga elementos o componente de distintas marcas siendo solo una cuestión de cumplimiento o no de las prescripciones técnicas que como mínimo deben cumplir las ofertas, cuestión que como hemos dicho antes no se acredita.

En consecuencia, procede desestimar el motivo de recurso y mantener la decisión del órgano de contratación de adjudicación a la oferta más ventajosa. Siendo este motivo suficiente para la desestimación del recurso no procede analizar el resto de motivos relativos a la oferta de MBA Incorporado. La posible estimación del motivo de recurso dirigido contra esta licitadora solo comportaría su exclusión de la licitación sin que la recurrente, clasificada en tercer lugar, pudiera obtener ningún beneficio más allá de una mejora en el orden de clasificación, pues la adjudicación se mantiene en Smith & Nephew y al no haber sido estimado el motivo de recurso dirigido contra esta se mantiene en su condición de adjudicataria.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña J.P.C., en nombre y representación de Zimmer Biomet Spain, S.L.U., contra la Resolución de 11 de enero de 2018, de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote número 2 del contrato de “Suministro de prótesis de rodilla primaria y espaciadores para el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: PA 2017-0-99.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado el 14 de febrero.

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.