

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

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por doña S.P.D., en nombre y representación de Smith & Nephew S.A.U. (en adelante Smith), formulando recurso especial en materia de contratación, contra la Orden del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles (en adelante, HUM), de fecha 15 de junio del 2018 por la que se adjudica el contrato “Suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles”, número de expediente: A/SUM-003469/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de licitación del contrato de suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al HUM se publicó el 8 de marzo en el BOCM, en el DOUE el 10 de marzo con envío del día 5, en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 15 de marzo, y en el BOE el 16 de marzo de 2018. El contrato se adjudicó mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 1.034.365 euros y un plazo de ejecución de 12 meses.

Segundo.- A la licitación se presentaron cuatro empresas, incluida la recurrente.

La oferta económica presentada por la adjudicataria se considera inicialmente desproporcionada, en aplicación de la previsión recogida en el apartado 8 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el contrato. Tras seguir la tramitación del preceptivo procedimiento establecido en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, para las ofertas con valores anormales o desproporcionados, el órgano de contratación adjudica el contrato a Johnson & Johnson S.A. (J&J), por ser la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios de adjudicación.

Tercero.- Con fecha 9 de julio de 2018, por la representación de la empresa Smith se interpone recurso especial en materia de contratación, contra la Orden del Director Gerente del HUM de fecha 15 de junio del 2018, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles”, que fue notificada el 18 de junio y publicada en el Portal de la Contratación Pública el 19 de junio de 2018. Con fecha 27 de junio la recurrente tuvo acceso al expediente de contratación.

La recurrente solicita la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas, argumentando que la propuesta presentada por J&J incumple las exigencias previstas en los Pliegos que rigen la convocatoria debiendo ser excluida. Asimismo, pide la comprobación la justificación de baja temeraria o anormal, la valoración de los criterios de adjudicación, y la suspensión cautelar del procedimiento de licitación hasta la resolución del recurso.

El órgano de contratación adjunta el expediente y dos informes contestando las alegaciones hechas por la recurrente sobre el procedimiento, justificando la valoración y aportando documentación puesta en cuestión, concluyendo que

carecen de consistencia y fundamento.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

J&J presenta en plazo escrito de alegaciones en el que *“En Conclusión: se solicita que sea desestimado el Recurso Especial interpuesto por Smith & Nephew, S.A.U., toda vez que se ha demostrado que la proposición de esta representación cumple los requerimientos del Pliego de Contratación y que han sido observadas, asimismo, las formalidades requeridas y observados los trámites legalmente establecidos para con la llevanza de la licitación”*, al que adjunta la correspondiente documentación.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida automáticamente por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21.1 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, habiéndose adoptado por este Tribunal acuerdo de mantenimiento de la suspensión automática del contrato de suministro el 11 de julio de 2018, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

El expediente de contratación se rige por el TRLCSP, en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP, sin perjuicio de que a la tramitación del recurso le sea de aplicación la LCSP por haberse dictado la adjudicación del contrato, acto objeto del recurso, con posterioridad al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona jurídica legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“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”*, dado que la empresa ha concurrido como licitadora a la adjudicación del contrato quedando clasificada en segundo lugar.

Se acredita asimismo la representación con que actúa la firmante de la reclamación.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado el 15 de junio de 2018, notificado el 18 y publicado el 19 del mismo mes e interpuesto el recurso el 9 de julio, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra el acto de adjudicación de un contrato de suministro, de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al fondo del recurso Smith alega incumplimientos de los pliegos por la empresa adjudicataria, así como, con carácter subsidiario, error en la valoración de uno de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática relativo a la calidad técnica.

Como incumplimiento de pliegos la recurrente refiere los siguientes:

- J&J en el sobre 1B de su oferta no presenta la documentación técnica de los productos requerida, incluye únicamente información relativa a la bibliografía, un listado de referencias de producto y dos fichas técnicas de contenido genérico.
- En la Cláusula 1 apartado 5 del PCAP se indica que “...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...” sin que en el Sobre 1B se presente dicha información en soporte digital.
- La adjudicataria no presentó la oferta económica según el anexo 1.1 del PCAP, el apartado C) de la Cláusula 12 del PCAP, concerniente al sobre nº 3 que incluye la proposición económica, dispone que “...se presentará redactada conforme al modelo fijado en el anexo I.1 al presente pliego,...”, sin embargo la oferta económica de J&J es únicamente el listado de referencias incluido en el sobre 1B junto con el precio de cada producto.
- No consta a esta representación que la empresa haya aportado la documentación justificativa relativa a la oferta económica anormalmente baja, solicitada por la Mesa de contratación al abrir trámite de audiencia a la adjudicataria el 14 de mayo.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en su informe relativo a los incumplimientos procedimentales que J&J presentó el CD que exige el PCAP con una copia de la documentación contenida en el sobre 1 B, pero que no pudo ser visionado por la recurrente en el momento de la vista del expediente por estar extraviado, al encontrarse en la disquetera del PC del Jefe de Sección de

Contratación Administrativa que ese día no acudió al trabajo, adjunta foto -disco incluido- como Anexo 11 al informe. No obstante, indica que el disco se solicita para tener una copia escaneada de las fichas técnicas sin que aporte nada nuevo a la licitación, por ser simples copias de la documentación recibida en papel.

Respecto al apartado C) de la Cláusula 12 del PCAP considera que la oferta de la adjudicataria no puede ser excluida por un defecto de forma consistente en no determinar en cada partida del lote el IVA, se informa a estos efectos que en la oferta no hay omisiones, ni errores, ni tachaduras, siendo habitual en sanidad, dada la complejidad de las ofertas, que las empresas opten por presentar la información en formatos propios elaborados por sus aplicaciones informáticas. J&J ha optado por hacer una oferta compleja en la que informa de todo el rango de medidas que tienen en sus distintas variedades de componentes de la prótesis de rodilla, siendo evidente que en cada sublote todos los precios son iguales, aunque varíen las medidas, y por tanto el IVA es igual en todos los productos. Por otro lado en la totalización del lote sí informa del tipo de IVA a aplicar (10% por tratarse de prótesis), así que se entiende perfectamente el sentido de su oferta.

En relación al procedimiento de justificación de la oferta anormalmente baja o desproporcionada constan en el expediente los documentos de la tramitación seguida: trámite de audiencia, justificación de J&J, informe técnico del Subdirector de Gestión Económico, propuesta de la Mesa de contratación, Resolución de aceptación de la justificación por parte del Gerente y comunicación a la empresa.

En el informe relativo a los defectos técnicos se manifiesta que J&J cumple con la disposición segunda del pliego de prescripciones técnicas aportando en el sobre 1B la documentación técnica requerida y, por tanto el detalle de los informes sobre los estudios solicitados, adjuntando la documentación acreditativa.

La adjudicataria en el escrito de alegaciones manifiesta que aportó los informes sobre estudios de supervivencia largo plazo, así como las fichas técnicas

de los productos ofertados, además de documentación acreditativa del cumplimiento de prescripciones técnicas en cuanto a Marcados CE y declaraciones de conformidad requeridas en los pliegos, como se puede comprobar en el expediente, incorporando además Dossier de documentación aportada.

Este Tribunal una vez efectuado el análisis de la documentación que obra en el expediente administrativo, remitido por el órgano de contratación, así como de los escritos e informes emitidos en el procedimiento de recurso, en cuanto a los incumplimientos alegados por la recurrente de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares comprueba que la adjudicataria ha aportado cuanta documentación técnica y administrativa se exigía, tanto en los pliegos como la posteriormente requerida en la correspondiente tramitación de oferta inicialmente considerada anormal o desproporcionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP. Asimismo en cuanto al modelo de oferta económica se observa en su caso un defecto formal que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001 de 12 de octubre, no podría conllevar el rechazo de la proposición, en tanto la oferta resulta indubitada. Por tanto procede desestimar el recurso por los motivos de incumplimiento de prescripciones técnicas y de las exigencias del pliego de cláusulas administrativas particulares en la oferta presentada por la empresa adjudicataria alegados por la recurrente.

Quinto.- Con carácter previo a pronunciarnos sobre la alegación de carácter subsidiario de la recurrente relativa a la errónea valoración de las ofertas presentadas, conviene mencionar que la cláusula 1 del PCAP regula las características del contrato y establece en su apartado 8 los criterios objetivos de adjudicación determinando en el punto 2 la ponderación atribuida a la calidad técnica con un máximo total de 30 puntos distribuido en tres ítems con una puntuación de 10 puntos a cada uno en los siguientes términos:

“Otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: SI

8.2 Calidad Técnica (sobre nº 2B)

Ponderación: 30%

La valoración de la calidad técnica, que tendrá una puntuación máxima de 30 puntos, se estructura en diferentes ítems objetivos, dependiendo del nº de lote, de tal suerte que si se acreditan todos los requisitos determinados en el ítems se obtendrá el total de puntuación asignada a ese criterio y en caso de no presentarse o de presentación incompleta la puntuación sería cero puntos.

CRITERIOS DE VALORACIÓN

Nº de orden 1: Componente femoral cr cementado

Nº de orden 2: Componente femoral cr no cementado

Nº de orden 3: Componente femoral ps cementado

Nº de orden 4: Componente tibial cementado

Nº de orden 5: Componente tibial no cementado

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

Nº de orden 10: Componente rotuliano/patelar

1) En fémur PS, cajón posterior conservador de hueso, con mínima resección y sistemas que aporten seguridad, para disminuir el riesgo de fractura condílea: 10

Posee plantilla para realización de cajetín cilíndrico: 10 puntos

No posee plantilla para realización de cajetín cilíndrico: 0 puntos

2) El implante es de material de Oxinium para pacientes con alergias conocidas: 10

Posibilidad SI: 10 puntos

Posibilidad NO: 0 puntos

3) Permite que la revisión de la prótesis primaria acabe en "Bisagra" con la misma instrumentación: 10

Posibilidad SI: 10 puntos

Posibilidad NO: 0 puntos"

A estos efectos es necesario recordar el criterio unánime de que los Pliegos

conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, así como a los órganos de contratación, vinculando en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, como expresamente se recoge también en la cláusula 10 del PCAP del contrato objeto de recurso.

Refiere la recurrente en su escrito que el adjudicatario obtuvo la máxima puntuación en el citado apartado, sin embargo la escueta documentación presentada, consistente únicamente en una hoja y un CD con contenido mínimo, no aporta información suficiente y/o relevante que acredite y, por tanto, justifique la atribución de los 10 puntos. Igualmente afirma que el modelo de prótesis ofertado, el PFC Sigma, no dispone de plantilla para la realización de cajetín cilíndrico, incumpliendo el requisito para puntuar en este apartado.

En contestación a estas afirmaciones de error en la valoración el órgano de contratación indica que la adjudicataria *sí dispone de la plantilla para realizar de forma segura el cajetín femoral en la prótesis estabilizada posterior dentro del instrumental necesario para la realización de la técnica quirúrgica, si bien no posibilita la realización de cajetín cilíndrico. Es cierto que en la oferta no se ha presentado el detalle de dicha técnica en el sobre 2B, aunque sí se autobarema la empresa como que dispone de ella. La razón por la que se ha valorado es que J&J es el suministrador actual de estas prótesis, y en estas circunstancias se considera como producto conocido, sí que consta en nuestro poder dicha plantilla y su documentación correspondiente, razón por la cual no se le exigió a la empresa mediante aclaración que completase la documentación de su oferta y se ha valorado con 10 puntos, porque en su valoración se ha primado la funcionalidad asistencial*

pretendida, y esta plantilla reúne las condiciones de seguridad requeridas en la gran mayoría de intervenciones.

Por su parte el adjudicatario en cuanto a la valoración de los criterios objetivos de valoración observa que, se solicita un fémur PS, cajón posterior conservador de hueso, con mínima resección de hueso y sistemas que aporten seguridad para disminuir el riesgo de fractura condílea, puntuándose que posea *plantilla para realización de cajetín cilíndrico*, con el objeto de dar cumplimiento a las necesidades anteriormente descritas, es decir, la plantilla para realización de cajetín cilíndrico permite que ciertas soluciones técnicas produzcan una mínima resección y aporte seguridad, disminuyendo el riesgo de fractura condílea. Es necesario precisar que la plantilla únicamente puede ser valorable para ciertas soluciones, ya que este elemento forma parte de la instrumentación de cada sistema a implantar que, lógicamente, es diferente y no reviste la esencialidad que representa la prótesis que se implanta al paciente, muy por el contrario, existen otras soluciones, como la presentada por J&J, Sistema Sigma, que no solo no necesitan plantillas cilíndricas para conseguir el objeto del criterio de adjudicación, sino que obtienen resultados muy superiores respecto a otros sistemas protésicos que sí necesitan la incorporación de la plantilla para la realización del cajetín cilíndrico, siendo este el motivo por el que el órgano de contratación ha otorgado la máxima puntuación posible en el presente criterio de adjudicación a la solución ofertada por esta casa comercial, ya que para conseguir el objetivo del criterio de adjudicación, conservación del hueso, mínima resección, seguridad y disminución del riesgo de fractura condílea, no requiere que su solución tenga plantilla.

Del informe técnico aportado por el órgano de contratación y de lo alegado por el adjudicatario este Tribunal infiere que no queda acreditado que el producto ofertado por J&J posea plantilla para realización de cajetín cilíndrico, criterio que se ha recogido en el pliego como evaluable de forma automática por lo que no cabe aplicar en su ponderación un juicio de valor ni la aplicación del criterio de discrecionalidad técnica de la Administración, sin perjuicio de que no se pone en tela

de juicio la mejora de la funcionalidad asistencial del sistema ofertado. Dado que el criterio de calidad técnica se ha configurado en el PCAP no como criterio sujeto a juicio de valor sino como de aplicación automática de los 10 puntos si se posee la mencionada plantilla, o 0 puntos si no se posee, se considera procedente desestimar la alegación de la insuficiente documentación presentada a estos efectos, y estimar la posibilidad de que se haya producido un error en la ponderación del criterio contenido en el apartado 8.2.1) de la cláusula 1 del PCAP, debiendo el órgano de contratación retrotraer la tramitación del expediente administrativo al momento de valoración de las ofertas presentadas para efectuar las comprobaciones oportunas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 parcialmente el recurso especial, interpuesto por doña S.P.D., en nombre y representación de Smith & Nephew S.A.U., contra la Orden del Director Gerente del HUM, de fecha 15 de junio del 2018 por la que se adjudica el contrato de "Suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles", número de expediente: A/SUM-003469/2018, retrotrayendo las actuaciones administrativas al momento de valoración de las ofertas por no quedar acreditado la correcta ponderación de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, mantenida por este Tribunal mediante acuerdo de 11 de julio de 2018.

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 59 de la LCSP.