

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

En Madrid, a 15 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por doña A.H.S., en nombre y representación de Johnson & Johnson S.A. (J&J), contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles (en adelante, HUM), de fecha 4 de octubre de 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 del 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.

Interesa destacar en relación con el recurso especial interpuesto el contenido de la cláusula 1 apartado 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y que dice:

“

DETALLE DE ESTRUCTURA DE LAS OFERTAS			
FASE	SOBRE	CONTENIDO	DETALLE GENERAL
1	1	Documentación administrativa	Capacidad de obrar, solvencia Técnica y Económica, opción A ó B, cláusula 12A
	1B	Documentación Técnica	Documentación técnica de los productos (sirve para comprobar el cumplimiento de los requisitos de las Prescripciones Técnicas)
2	2B	Documentación para valoración de los criterios descrita al Anexo 1.1	Debe posibilitar la valoración de criterios descrita en el punto 8.2
	3	Oferta económica	Desglosada por lotes totalizados, de acuerdo al Anexo 1.1

SOBRE 1B: (DOCUMENTACION TECNICA GENERAL)

La documentación de esta fase se entregará en sobre independiente, junto a los sobres 1, 2B y 3, y se abrirá en la primera fase, a continuación de la apertura administrativa.

Deberá contener la siguiente documentación:

- *Índice de documentación aportada*
- *Relación de productos ofertados.*
- *Descripción técnica de los productos y equipos ofertados, catálogos y toda aquella información que el licitante considere oportuna a efectos de acreditar el cumplimiento de las características mínimas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. NO SE INCLUIRÁ EL SOBRE 1B LA*

INFORMACIÓN VALORABLE EN LOS CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA RECOGIDOS EN EL APARTADO 8.2 DEL ESTE PLIEGO, LA CUAL HABRÁ DE INCLUIRSE EN EL SOBRE 2B.

- *Muestras. Su número y condiciones vienen definidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y serán entregadas en el Almacén General. La no presentación de éstas será motivo de exclusión.*

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”.

Así mismo interesa el apartado C de la cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas que manifiesta:

“C INSERTO DE POLIETILENO

(...)

- *Disponibilidad de, al menos 5 grosores en cada talla (grosor mínimo de 8 mm)”.*

Y por último la cláusula segunda, en relación con el lote 1 establece:

“Experiencia demostrable:

- *Debe presentar informes sobre estudios de supervivencia a largo plazo (multicéntricos, registros de artroplastías).*
- *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”.*

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

Con fecha 9 de julio de 2018, por la representación de la empresa Smith & Nephew 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.

La recurrente solicitaba 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, solicitaba la comprobación la justificación de baja temeraria o anormal y la valoración de los criterios de adjudicación.

Con fecha 13 de septiembre de 2018 este Tribunal adopta la Resolución nº 255/2018 en la que se estima parcialmente las peticiones del recurrente considerando que la oferta presentada si bien cumple con las exigencias formuladas en los pliegos de condiciones no ha sido correctamente valorada, por lo que se anula la adjudicación resuelta y se retrotrae el procedimiento al momento de valoración de las ofertas.

Tercero.- Con fecha 29 de octubre de 2018, por la representación de la empresa J&J se interpone recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución del Director Gerente del HUM de fecha 4 de octubre del 2018, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles”.

La recurrente solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria por incumplimiento de los PCAP y PPT en relación a la aportación de la documentación técnica en castellano así como el incumplimiento de los Pliegos de Prescripciones Técnicas en cuanto al grosor mínimo del inserto de polietileno de las prótesis de rodilla objeto del contrato.

El 6 de noviembre de 2018, 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 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).

El órgano de contratación adjunta el expediente y un informe contestando las alegaciones efectuadas por la recurrente sobre el procedimiento, justificando la admisión de la oferta presentada por la adjudicataria y considerando que las manifestaciones efectuadas por la recurrente carecen de consistencia y fundamento.

Cuarto.- Con fecha 8 de noviembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al adjudicatario, 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. Con fecha 12 de noviembre presenta las alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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.

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.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado el 4 de octubre de 2018, publicado el 8 de octubre de 2018 e interpuesto el recurso el 29 de octubre, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso J&J alega incumplimientos de los pliegos por la oferta presentada por la empresa adjudicataria refiriendo concretamente los siguientes:

- Smiths & Nephew en el sobre 1B de su oferta no presenta la documentación técnica de los productos requerida, concretamente los estudios multicéntricos y biomecánicos y de satisfacción de los mismos. Considera que la documentación aportada por la adjudicataria consiste en un documento en inglés (Full reference list) sin traducción al castellano con evidencias del sistema Legión de Revisión pero no de la prótesis de rodilla primaria.
- 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 ...*” sin que en el Sobre 1B se presente dicha información en nuestro idioma.

- La adjudicataria presentó una muestra cuyas especificaciones técnicas consideran que el grosor del inserto de polietileno es de un mínimo de 9 milímetros, mientras que el PPT en su cláusula segunda apartado C) considera como grosor mínimo 8 milímetros.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso especial en relación al grosor mínimo del inserto de polietileno requerido en el PPT indica: “*el mínimo con el que se debe licitar (8mm), no dándose por válidos grosores inferiores al descrito pero no se indica expresamente que sea obligatorio licitar empezando desde ese grosor, por lo tanto la adjudicataria licita empezando en los 9mm. Encontrándose su oferta dentro de los rangos o parámetros establecidos ya que según estudios publicados es aconsejable que el grosor del polietileno sea superior a 8 mm., para evitar un desgaste excesivo*”.

Respecto a la cláusula 2 de los PPT considera que el adjudicatario hace referencia en su oferta a “*la rodilla Legión Génesis II, dado que se presenta con componentes de ambas. Teniendo en cuenta que la prótesis primaria Legión está diseñada con componentes de la prótesis Génesis I y II (y la prótesis Legión es de reciente implantación 2012) los estudios que presenta esta empresa hacen referencia tanto a Legión (1-2 años) como a Génesis II en estudios más antiguos*”.

En relación con el apartado 5 de la Cláusula 1 del PCAP el órgano de contratación considera que “*la presentación de algunos documentos en inglés no se ha considerado motivo de exclusión al comprobar que todos los licitadores, incluida la recurrente, lo habían hecho igualmente y por no representar este idioma un problema para los técnicos que han valorado las ofertas, como forma de favorecer la concurrencia*”.

La adjudicataria en el escrito de alegaciones coincide con el órgano de contratación en sus manifestaciones en relación con el grosor del inserto de polietileno y de los multicéntricos y biomecánicos y de satisfacción de los mismos. En relación con la presentación de documentación en inglés, manifiesta que la

documentación aportada en este idioma es accesoria, no principal ni necesaria para la justificación técnica de la prótesis ofertada. Así mismo alega en su defensa la necesaria solicitud de subsanación por parte del órgano de contratación sobre estos documentos en inglés si su traducción al castellano fuere imprescindible. Solicitud de subsanación que no se ha efectuado.

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 documentación técnica en inglés no habiéndose efectuado requerimiento alguno para la subsanación de este defecto por parte de la Mesa de Contratación.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan 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.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas 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, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto 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.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro así como la forma de acreditar estas corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

En consecuencia la inclusión de documentación en inglés contraviene claramente los requisitos establecidos en el PPT, no siendo justificación la innecesariedad de traducción de dicha documentación toda vez que los técnicos pueden proceder en ese idioma a valorar la oferta.

No obstante lo anteriormente manifestado, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004) siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo al objeto se determinara por la Mesa de Contratación las ofertas que deban ser excluidas por incumplimiento de los pliegos o inconsistencia de las ofertas. El órgano de contratación con el auxilio de la Mesa de Contratación delimitara en cada caso el alcance del error calificándole como subsanable o no subsanable teniendo en cuenta que en cualquier caso la subsanación no podrá amparar variaciones de la oferta ya presentada. En este caso concreto el error padecido por la adjudicataria no afecta de forma directa al cumplimiento de las prescripciones técnicas de las prótesis ofertadas sino a su acreditación, constituyendo una omisión fácilmente subsanable con la aportación de la documentación traducida al castellano.

La falta de subsanación de este defecto documental y la innegable exigencia de aportar solo documentación en castellano que se encuentra recogida en los PCAP deriva en la exclusión de la oferta por incumplimiento de las exigencias del PCAP y con ello en la nulidad de la adjudicación.

La resolución 255/2018 dictada por este Tribunal ya consideraba que la documentación presentada por Johnson & Johnson se encontraba traducida al castellano, en consecuencia no puede admitirse la alegación efectuada por el órgano de contratación sobre que todas las ofertas contienen parte de la documentación en inglés.

Por todo lo cual se propone estimar el recurso en cuanto a este motivo.

En cuanto al contenido técnico de los estudios presentados, este Tribunal debe admitir la justificación que efectúa el órgano de contratación en su informe al recurso, ya que la comprobación de la funcionalidad de los productos exigidos por el PPT corresponde a la Mesa de contratación a la vista de la documentación presentada y está presidida por el principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, cuyos límites no se han excedido en este caso.

Cabe citar en relación con el supuesto analizado, la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que sostiene respecto de un caso análogo: “nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incursa en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a

los criterios evaluable en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

Ello supone que tratándose de cuestiones que se analizan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. Por lo cual se desestima el recurso por este motivo

No obstante, en este caso el posible incumplimiento del grosor mínimo de una de las partes de la prótesis objeto del suministro se trata de una cuestión fáctica. Parece clara a la vista del informe del órgano de contratación y de la lectura de los PPT que mínimo (exigido) de 8 mm es inferior a mínimo de 9mm (ofertado), por lo que la oferta presentada por la adjudicataria no solo cumple lo exigido sino que lo sobrepasa en un milímetro, siendo válida su propuesta, por lo cual se desestima el recurso por este motivo.

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 A.H.S., en

nombre y representación de Johnson & Johnson S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles, de fecha 4 de octubre de 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 retrotrayendo las actuaciones administrativas al momento de admisión de las ofertas por incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones por parte de la licitadora Smith & Nephew S.A.U.

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.