

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

En Madrid, a 3 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don L.T.G., en nombre y representación de Zimmer, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe de fecha 22 de diciembre de 2015, por la que se adjudica el lote 2 del contrato “Suministro de implantes de cadera, para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente: PAPC 2015-1-42, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 24 de agosto de 2015, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe 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 26 de agosto de 2015, y en el BOCM de 7 de septiembre. El valor estimado asciende a 614.614,43 euros.

Segundo.- Al lote 2 presentaron oferta 6 licitadores resultando excluidos 4 por incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas. Lima Implantes S.L.U. fue inicialmente excluida por presentar 3 referencias diferentes para un mismo código de producto, con sus respectivos precios. Presentó nota aclaratoria a la Mesa de Contratación en la que explica la existencia de 3 referencias (una de ellas recoge lo solicitado en el expediente, un Vástago, en una sola pieza y por lo tanto un precio; las otras dos referencias recogen lo solicitado en el expediente, el Vástago, en dos piezas (Terminal del Vástago y el Cuello del Vástago) y dos precios cuya suma es igual al precio ofertado para el Vástago de una sola pieza. La separación ofertada, según explica, obedece en primer lugar a una cuestión puramente legal de trazabilidad de producto, regulada a nivel de Comunidad Europea y Nacional, tanto por el Ministerio de Sanidad, como por la Agencia Española del Medicamento. En base a este hecho la Mesa de Contratación decide admitirla de nuevo a licitación del lote 2.

El 30 de diciembre de 2015 se notificó la Resolución de adjudicación del referido expediente, publicándose en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid en la misma fecha.

Tercero.- El 19 de enero 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 Zimmer, S.A., 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 20 de enero 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).

Cuarto.- Con fecha 20 de enero 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 Lima Implantes, S.L.U. que, en primer lugar, alega falta de legitimación activa de la recurrente, pues no acredita aunque fuera de manera indiciaria que sería la beneficiaria en el caso de la anulación de la oferta de Lima Implantes. En segundo lugar opone que el lote 2 al que se contrae el recurso tiene un valor estimado, excluido el IVA, de 68.920 euros, muy por debajo -dice- de la cuantía necesaria para entender el contrato de suministro derivado de su adjudicación como sujeto a regulación armonizada. Por lo tanto, la Resolución de adjudicación en lo que respecta al lote 2, no sería susceptible de recurso especial en materia de contratación.

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 dos únicas

admitidas a la licitación del lote 2 *“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. Y procedente rechazar lo alegado por Lima Implantes en relación a este motivo de inadmisión.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de diciembre de 2015, practicada la notificación el 30 de diciembre, e interpuesto el recurso el 18 de enero 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.

Cabe rechazar el motivo de inadmisión por incompetencia del Tribunal alegado por Lima Implantes. Tal como establece el artículo 88.7 del TRLCSP cuando la contratación de suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, para el cálculo del valor estimado, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes. El artículo 15 del mismo texto legal considera sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros. En el supuesto previsto en el artículo 88.7 cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado 1 del artículo 15, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. Siendo el valor estimado de la contratación de 614.614,43 euros, cada lote independientemente de su valor está

sujeto a regulación armonizada y, en consecuencia, es susceptible del recurso especial en materia de contratación.

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.

Según la recurrente el referido lote 2 ha sido adjudicado con base en una interpretación discrecional acerca del cumplimiento de los requisitos técnicos recogidos en la convocatoria.

Señala Lima Implantes en su escrito de alegaciones que la recurrente pretende en esta vía una nueva valoración técnica de su oferta, sin que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, al cual dirige su recurso especial tenga competencia para ello, ya que se está ante una cuestión que afecta a la discrecionalidad técnica de la Administración en cuanto promueve y aplica criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y requeridos. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

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 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.

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 satisfacer con la contratación que se propone y así se justifica en el informe a que se refiere el artículo 22 del TRLCSP. Pero no se puede pretender exonerar de control que, una vez definidas esas condiciones técnicas, el procedimiento de contratación se lleve a cabo con adecuación de lo que previamente se ha señalado a los licitadores que sería condición técnica para la admisión de sus ofertas, y siendo ello objetivable y susceptible de revisión por la mera comprobación de lo ofertado con lo requerido en el PPT no se trata de una cuestión que se pueda amparar en la discrecionalidad técnica para eliminar el control, sino una cuestión jurídica que es susceptible de garantía de legalidad y de cumplimiento de los principios a que debe ajustarse la contratación pública.

Por ello no solo no están de más, sino que son muy procedentes las alegaciones de Zimmer solicitando la revisión de una posible inadecuación o error en

la valoración del producto seleccionado. Las cuestiones técnicas son susceptibles de control y de revisión por este Tribunal en cuanto han de adecuarse al procedimiento de contratación pública.

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. Cabe asimismo recordar que el principio de congruencia con la petición vincula al Tribunal a la hora de resolver el recurso planteado, tal como establece el artículo 47.2 del TRLCSP y el objeto de recurso se centra en la valoración de la oferta de Lima Implantes.

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.

1º. El objeto del contrato consiste en la adquisición de implantes de cadera cuyas características se especifican en el PPT.

En el PPT para el número de orden 7 del lote 2 “Implante de cadera de revisión no cementada”, se especifica:

Código 55264 “Vástago femoral para casos de revisión, de aleación metálica de titanio o similar, con anclaje proximal y distal. El sistema de vástagos, deberá

aportar: Vástago monobloque, con posibilidad de desplazamiento lateral". 20 unidades a un precio máximo unitario de 1.557,44 euros.

La resolución de adjudicación de este lote concreta el producto con número de orden 7 de este lote: "código 55264 vástago revisión monobloque cadera no cementada anclaje" 19 unidades a un precio unitario de 1.375 euros. Asimismo aparecen los códigos 64009 "vástago modular de revisión" y 64010 "cuello de revisión con tornillo" 1 unidad a un precio de 825 y 550 euros, lo que supone un precio del conjunto de 1.375 euros.

Lima Implantes presentó un documento denominado oferta técnica donde se relacionan los productos ofertados. En relación al número de orden 2.7 solo consta un vástago modular de revisión y un cuello de revisión con tornillo lateralizado si bien el Tribunal no ha encontrado ninguna referencia relativa al tipo de vástago monobloque como pudiera ser el Vástago Femoral de Revisión C2, tipo Zweymuller. Sí ha sido remitido con el expediente el catálogo y la ficha técnica de ambos tipos de vástagos (el referido a la denominada variante técnica del modelo C2 en inglés y chino sin traducción al español).

En cambio en la oferta económica de Lima Implantes consta que ofertó al lote 2.7 el código 55264 "vástago modular de revisión" de varios diámetros y longitudes. Esta sociedad ofertó en el número de orden 7 del lote nº. 2, además del anterior, un Vástago de Revisión Modular (como afirma la recurrente), pero también, y al mismo precio, uno Monobloque. En concreto, un Vástago Femoral de Revisión C2, tipo Zweymuller.

Según la recurrente, la empresa adjudicataria no presenta en su oferta técnica un vástago monobloque, sino que presentan referencias de un vástago modular de revisión. Añade que con posterioridad al acto de apertura técnica presentó un catálogo de un vástago monobloque e indicó que se trataba de una variante, sin

estar reflejado este extremo en su oferta técnica. Por eso se pregunta cómo es posible que en la Resolución de adjudicación pueda aparecer una referencia que no se encuentra en la oferta técnica de la adjudicataria. Entiende la recurrente que Lima Implantes, S.L.U., presenta extemporáneamente documentación como “*Lote 2.7, Variante Técnica*”, que no sólo cae en la inadmisión de pleno derecho por conculcar el procedimiento de licitación, sino que, además, no constituye variante alguna, pues no puede ser variante una oferta que cumple las prescripciones técnicas mínimas, en relación de otra proposición cuando no cumple con los requisitos mínimos recogidos por el PPT, porque estaríamos dando al licitador la oportunidad de presentar distintas proposiciones y corregir una proposición que no cumple.

El Órgano de contratación, en su informe al recurso explica que en la Resolución de adjudicación del lote 2, aparecen 2 códigos (064009 y 064010) que no aparecían en los Pliegos que rigen el expediente; este hecho se debe a que el código 055264 se ha desagregado en 3 códigos para poder recoger las 3 referencias ofertadas, de acuerdo a la nota aclaratoria recibida. Según dicha nota de la empresa Lima Implantes, S.L.U., su oferta al lote 2 orden 7, incluye la opción de vástago monobloque, extremo que es corroborado por informe de revisión elaborado por personal responsable del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología. Añade que la empresa Zimmer, S.A., en el recurso presentado, asegura que: “*ha constatado que se ha introducido documentación técnica con carácter posterior al acto de apertura técnica*”, hecho que es totalmente incierto, y que supone una grave acusación contra el personal relacionado con la tramitación del expediente; la verificación de que estas referencias estaban entre la documentación inicial, y única del expediente, puede corroborarse viendo la oferta económica, abierta en sesión pública y firmada por miembros componentes de la Mesa de Contratación, en la que aparecen las referencias mencionadas y a la cual tuvo acceso la empresa recurrente.

Alega Lima Implantes que a tenor del cuadro de referencias que la recurrente aporta, resulta obvio que ha tenido acceso a la oferta de Lima Implantes S.L.U., pero que no se tomó la molestia de examinarla al completo. De haberlo hecho, habría comprobado que en la siguiente página a la referenciada en el recurso especial, aparecían las referencias del vástago monobloque, que afirma “alegremente” que no se ofertó, lo cual se ha revelado como contrario a la realidad de los hechos. Aportar como fundamento de una pretensión una documentación a todas luces parcial o incompleta resulta sorprendente, pero todavía más si se tiene en cuenta que Zimmer S.A. (como empresa que comercializa material en este campo) ha de saber que un vástago modular tiene al menos dos componentes: el Vástago propiamente dicho, también llamado Componente Distal y el Cuello o Componente Proximal. Finalmente sostiene que presentó su oferta en tiempo y forma y en ella se reflejaban ambos vástagos, el modular y el monobloque, tanto en el modelo de oferta económica como en el de oferta técnica.

Comprueba el Tribunal, como se ha anticipado, que la documentación incluida en los sobres incluía ambos modelos de vástago. Aunque no se relaciona en el modelo de oferta técnica, si figura explicitado en el modelo de oferta económica que consta firmado por miembros de la Mesa de contratación y en la documentación remitida al Tribunal. Procede por tanto rechazar el motivo de recurso consistente en la modificación de la oferta mediante la introducción de documentación o modelos que inicialmente no figuraban.

El PCAP admite que *“Se podrán presentar hasta 2 variantes técnicas siempre que lleguen a cumplir desde el punto de vista funcional el objeto del contrato, reflejado y matizado en los requerimientos técnicos que con carácter de mínimos se establece en el pliego de prescripciones técnicas”*. La posibilidad de que se ofertara dos tipos de vástagos era posible a tenor de lo establecido en los Pliegos del proceso de licitación.

Esto fue lo que hizo Lima Implantes, que ofertó un modelo de vástago modular compuesto por el vástago propiamente dicho y el cuello y otro modelo monobloque, ambos perfectamente diferenciados en la oferta y por el mismo precio. Teniendo en cuenta que como criterios de adjudicación se valoran el importe económico y otros criterios relativos a la calidad, cada uno de los modelos constituye una variante.

El modelo base al carecer del requisito “monobloque” debió ser rechazado por no ajustarse a las prescripciones técnicas definidas en el PPT. El otro modelo, denominado variante, se ajusta a lo exigido, según informa el Órgano de contratación y reconocen también todas las partes. En consecuencia, este modelo es admisible y sobre esta variante podía recaer la adjudicación.

La adjudicación ha recaído simultáneamente en un modelo de la oferta base (vástago modular) y 19 unidades de la variante (vástago monobloque). Esto explica la aparición de tres códigos de producto cuando solo debería aparecer uno para adjudicar el implante de cadera de revisión no cementada. El pliego admitía la posibilidad de ofertas alternativas para la adjudicación de 20 unidades y solo se han adjudicado 19 procediendo a la adjudicación de 1 unidad a un modelo de la oferta base que no cumple las prescripciones técnicas, motivo por el que debería anularse la adjudicación.

Sin embargo ni es esa la petición del recurrente, ni estaría legitimado para ello puesto que la nueva adjudicación de las 20 unidades debería recaer en la oferta más ventajosa, que según el orden de clasificación corresponde también a Lima Implantes por el modelo C2 que sí cumple las prescripciones técnicas y supondría el mismo importe.

2º. El número de orden 8 del lote 2, en el PPT se especifica:

“Cotilo para casos de revisión, de aleación metálica de anclaje primario aumentado, para mejorar la integración. Deberá poseer más de tres orificios para la introducción de tornillo, cuñas, hemicuñas y aumentos acetabulares.”

Según la recurrente la oferta técnica de Lima Implantes, S.L.U., contiene únicamente referencias del componente metálico del cotilo y de los módulos craneales, no incluyendo, tal como se ha constatado en el acto de acceso al expediente, ninguna referencia de cuñas, hemicuñas y aumentos acetabulares. Aunque estos módulos se utilizan también con defectos acetabulares, su función y modularidad no son tan completas como la que ejercen las cuñas, hemicuñas y aumentos que solicita el concurso, por tanto, no puede en modo alguno concluirse que unos y otros posean la misma funcionalidad y, por tanto, ofrezcan las mismas prestaciones.

El Órgano de contratación, en su informe al recurso explica que los responsables del Servicio de Traumatología afirman que efectivamente no se presentan con ese nombre, pero dichos componentes están incluidos en la oferta de Lima Implantes, S.L.U., con la denominación de módulos hemisféricos de diferentes diámetros y excentricidades, además de distanciadores acetabulares que a su criterio cumplen con las especificaciones solicitadas.

Alega Lima Implantes que ofertó en el número de orden 8 del Lote 2 los componentes metálicos de los cotilos con *“más de tres orificios para tornillos”* como se solicita en los Pliegos (en concreto con 5 orificios), y además, a precio cero euros, distanciadores y módulos hemisféricos de distintas medidas y tamaños, habiendo presentado un producto completo, con todos los componentes solicitados en los Pliegos y necesarios para llevar a cabo la cirugía de revisión del acetábulo. La terminología que cada empresa usa para denominar a los componentes que se utilizan para llenar defectos óseos (espaciadores, cuñas, aumentos, segmentos, etc.) es algo que depende de cada una de ellas, ya que son términos

intercambiables, quedando en todo caso Lima Implantes S.L.U. a la consideración de los técnicos de la Mesa de Contratación, cuyo actuación y juicio es imparcial y se guía única y exclusivamente por el interés público.

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 Zimmer, S.A., formulando recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe de fecha 22 de diciembre de 2015, por la que se adjudica el contrato “Suministro de implantes de cadera, para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente: PAPC 2015-1-42, Lote 2.

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.- Mantener la suspensión acordada el 20 de enero en tanto se resuelva en recurso 9/2016 que afecta a los lotes 1, 2 y 3 de este expediente de contratación y se acuerde expresamente el levantamiento.

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.