

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

En Madrid, a 8 de abril de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por doña A.S.A., en nombre y representación de la empresa Stryker Iberia, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, de fecha 3 de marzo de 2015, por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el contrato convocado para el Suministro de Terminales de Motor y Vaporizadores para Cirugía Artroscópica con destino al citado Hospital, respecto de los lotes 2, 3, 4 y 5, Expediente: PA GCASU 2014-381, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 16, 22, 26 de diciembre de 2014 y 5 de enero de 2015, se publicó respectivamente en el DOUE, el BOE, el BOCM y el Perfil de contratante, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 368.368,50 euros, dividido en cinco lotes a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios.

**Segundo.-** Tras la apertura de la documentación administrativa y técnica y posteriormente la económica, se reunió de nuevo la Mesa de contratación con fecha 12 de febrero de 2015, y se procedió en base al informe técnico emitido por el correspondiente Servicio del Hospital, a la clasificación de las empresas finalmente admitidas por cumplir con los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos y proponer la adjudicación a las mejor clasificadas.

El día 3 de marzo de 2015 se dicta Resolución de adjudicación del contrato que se notifica a la recurrente y demás licitadoras por correo electrónico en esa misma fecha. En la Resolución constan las empresas excluidas por no cumplir las condiciones establecidas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, que en cada caso se detallan.

El 20 de marzo de 2015, Stryker Iberia, S.L. presenta recurso especial en materia de contratación, contra su exclusión y la adjudicación del contrato ante el órgano de contratación, de conformidad con el artículo 40 y siguientes 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. El recurso fue previamente anunciado el mismo día.

En el recurso se solicita que se declare, respecto de los lotes número 2, 3, 4 y 5, que los productos ofertados por la recurrente cumplen las características técnicas exigidas, por las razones que se exponen, y en consecuencia se anule la adjudicación y se acuerde la retroacción de las actuaciones al momento oportuno para que las ofertas presentadas sean valoradas y admitidas las proposiciones correspondientes.

**Tercero.-** Con fecha 27 de marzo de 2015 se remite a este Tribunal el recurso junto con el expediente administrativo, aportando el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el indicado informe el órgano de contratación manifiesta que los productos ofertados por la recurrente a los lotes indicados no cumplen las especificaciones técnicas establecidas en los Pliegos por las causas que detallan y se analizarán posteriormente, por lo que la exclusión ha sido correcta y el recurso debe desestimarse.

**Cuarto.-** Con fecha 30 de marzo se concedió trámite de audiencia a los demás interesados, no habiendo presentado alegaciones.

### **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.-** Se acredita en el expediente la legitimación activa de Stryker Iberia, S.L., para la interposición del recurso 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) pues se trata de un licitador excluido y su admisión le daría oportunidad de ser el adjudicatario.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 368.368,50 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se

produjo el 3 de marzo por lo que el recurso presentado el día 20 de marzo se interpuso en plazo.

**Quinto.-** El recurso contiene diversas alegaciones que serán tratadas de forma separada por claridad expositiva.

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 contienen 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 definen 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 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.

Sentado lo anterior debe considerarse si los productos ofertados para los lotes 2, 3, 4 y 5 por los motivos expresados en la Resolución de adjudicación, incumplen las características técnicas exigidas en el PPT.

1º.- Lote 2 .Terminales de Vaporizador específicos de articulaciones.

Se incluyen tres códigos de productos y unos equipos en cesión: vaporizador, que deben cumplir el siguiente requisito:

Para los terminales/vaporizadores: *“diferentes diseños, tamaños y anulaciones de terminal para cubrir los diferentes tipos de articulaciones”*.

Para el vaporizador, a los efectos del recurso interesa el siguiente: *“con sistema de autobloqueo de corte del suministro de energía al electrodo, cuando esté cercano al metal, reactivando automáticamente”*.

De acuerdo con la Resolución de adjudicación la recurrente es excluida de este lote por lo siguiente: *“no posee sistema de desconexión automática al acercarse al metal. Presenta terminales de cadera de 15 cm que se consideran cortos y no válido”*.

La recurrente alega que: *“Stryker Iberia, S.L. sí posee sistema de desconexión automática al acercarse al metal. Tal requisito fue acreditado con la documentación que se aportó con el Lote número 2, documento denominado “Ficha técnica Crossfire-Vaporizadores”. En concreto la página 3 del referido documento dispone: En cuanto la detección de impedancia, se hace referencia a que los terminales Serfas, poseen un mecanismo de detección de objetos metálicos mediante el cual son capaces de desactivarse cuando son usados muy próximos a ópticas. Este mecanismo es casi inapreciable por el cirujano y una vez deja de estar*

*en contacto con lo óptica o muy próximo a ella se vuelve a activar, continuando su actividad de corte o coagulación”.*

También indica que se presentan terminales con una longitud de 18 cm.

El informe del órgano de contratación solo se refiere, en cuanto a este lote, al sistema de autobloqueo, por lo que debemos considerar que se ha admitido la alegación referente a la longitud de los terminales. Respecto de dicho sistema se admite en el informe que la recurrente lo posee pero se añade que: *“un bloqueo no perceptible por el cirujano no aporta seguridad, ya que el aumento de la temperatura se mantiene”.*

Debe significarse que los motivos de exclusión que se notificaron a la recurrente son los únicos que pueden hacerse valer ahora, puesto que son los que el recurso puede rebatir y en su caso justificar, si se admitiesen otros se produciría una clara indefensión del recurrente, además de la incongruencia del acto administrativo, que se fundamenta en las causas expuestas en el informe de la Mesa y no en otras que pudieran ser manifestadas posteriormente.

En todo caso, a la vista de las prescripciones establecidas por el PPT cabe concluir que el producto ofertado para el lote 2, cumple con las mismas ya que posee el sistema de autobloqueo señalado, al que no pueden exigirse otras características que las allí descritas y que no se refieren en ningún momento a la apreciabilidad del sistema.

Por todo ello el recurso debe estimarse respecto de este lote.

2º.-Lote 3. Terminales de motor asociados a bomba de irrigación para artroscopia de hombro.

En este Lote el PPT incluye cuatro productos respecto de los que se requiere, por lo que respecta al objeto del recurso, lo siguiente: *“set de un día: tubo de irrigación, de plástico sin látex, con conexiones al suero y a la bomba, reutilizable”*.

También se incluye en el lote como equipo en cesión: Motor y bomba de irrigación y en este caso interesa el siguiente requisito: *Provisto de un Pieza de Motor de Artroscopia integrada y controlada de manera automática.*

En la Resolución se afirma: *“No aporta set de día”*.

La recurrente alega: *“Stryker Iberia, S.L. presentó “set de un día”, como puede comprobarse en la documentación relativa al Lote número 3. En efecto, el documento denominado “Ficha técnica Bomba Artroscopia Crossflow” del Lote número 3 acredita este requisito en la página 5, la cual transcribimos a continuación: “Cartucho de tubo de entrada de uso diario (azul: exclusivo para uso en un solo día) 0450-000-110 Transmite fluidos desde las bolsas de solución salina a la cánula de entrada en el lugar de la intervención quirúrgica a través del tubo para uso en un paciente. Los cartuchos de tubos de entrada de uso diario se utilizan en casos de un único día (en no más de 10 casos, 8 horas de uso activo o 24 horas después del primer uso”*.

Por su parte el órgano de contratación señala en su informe, en relación con esta cuestión que *“en el Pliego de Prescripciones Técnicas se especifica que este sea reutilizable, sin embargo, el que aporta Stryker Iberia es para utilizar en un único día. También especifica el PPT que deberá estar provisto de una pieza de mano de motor de artroscopia integrada y controlada de manera automática. Esto no ha sido aportado por la casa”*.

Examinada la ficha técnica de los productos del lote 2, se comprueba que incluye el set de día. Es cierto que no se indica si dicho set es o no reutilizable, pero

al no haberse incluido esta apreciación en la Resolución de adjudicación, la recurrente no ha podido hacer alegaciones sobre ella por lo que no puede admitirse.

En todo caso, respecto de la pieza de mando de motor a la que también se hace referencia en el informe, se ha comprobado que está incluida en la oferta, en el apartado descripción del producto consta: *“Fórmula Shaver es una pieza de mando eléctrica la cual es utilizada con los diferentes terminales artroscópicos...”* incluyéndose las características de la misma.

En consecuencia, considerando cumplidas las especificaciones mencionadas, el recurso debe estimarse respecto del lote 3.

3º.- Lote 4, Terminales de motor agresivos para artroscopia de rodilla.

En dos de los productos se exige: *“posibilidades de terminales de motor maleables”* y en otro se exige una *“fresa esférica de 130x4,5 mm aprox”*.

La Resolución recoge como causa de exclusión del lote 4: *“No aporta terminales maleables”*.

La recurrente alega que: *“sí aporta terminales maleables como se desprende del documento denominado “Ficha Técnica Motor Artroscopia Fórmula Shaver” (Lote 4), que se aportó con la documentación del concurso. En concreto, dicho extremo aparece reflejado en la página 11 de la Ficha Técnica Motor Artroscopia Fórmula Shaver que transcribimos a continuación para facilitar la tarea al juzgador: La nueva tecnología “puzzle piece” presente en los terminales angulados garantiza maleabilidad en los terminales incrementando la performance de corte y disminuido el riesgo de generar partículas de metal”*.

Se comprueba que efectivamente que en la documentación consta esa característica.

El informe del órgano de contratación señala que *“se pide en el PPT fresa esférica de 4,5 mm aproximadamente. Los terminales presentados por Stryker superan en más de un 5% de diferencia el tamaño requerido en el PPT”*.

Nos encontramos por tanto en este lote, igual que expondremos respecto del lote 5, con un incumplimiento que no se incluyó en la Resolución recurrida y que se refiere a una medida que en el PPT aparece como aproximada y respecto de la que no se ha indicado qué grado de aproximación se considera aceptable y cuál no.

Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su Resolución 9 /2012 de 25 de enero, cuando la medida no es clínicamente relevante, a fin de admitir la máxima concurrencia, las dimensiones de los productos a suministrar pueden ser aproximadas, es decir, dentro del baremo que se establezca o en un rango de aproximación a la medida establecida.

Lo que sucede en este caso es que esa variable queda relativamente indefinida, al indicar que se trata de longitudes aproximadas, por lo que hay que recurrir a criterios interpretativos para determinar si el producto ofertado por Stryker, S.L., cumple la prescripción técnica exigida relativa a las medidas (130x4,2; 130x3,5 y 130x4,5 mm aprox).

En cuanto a la interpretación de dicha prescripción técnica, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define aproximadamente: “Con proximidad, con corta diferencia.” Y aproximado como “lo que se acerca más o menos a lo exacto”.

Debe tenerse en cuenta también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada en Sentencias de 14 de mayo, 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 4905 y 7558) cuando establece que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, doctrina ésta ya fijada en las

Sentencias de 24 noviembre 1987 (RJ 1987, 8240) y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293).

Pues bien, a la luz de todo lo anterior este Tribunal considera que no puede apreciarse incumplimiento por parte de la recurrente de las prescripciones técnicas previstas en el PPT que justificase su exclusión del procedimiento de licitación, puesto que como consta en la ficha técnica de los productos del lote, ofertó unos productos con varias medidas, sin que se especifique cuál de ellos es el que incumple y cuál es el exceso considerado. Como consecuencia de ello este Tribunal considera que la exclusión de la recurrente por no cumplir el PPT no es ajustada a Derecho, sin perjuicio de la ulterior valoración del producto de acuerdo con los criterios de adjudicación, por parte de los técnicos a la vista de las medidas ofertadas.

Respecto del lote 5: Sistema de irrigación para la resección del tejido, la Resolución determina: *No aporta fresa esférica larga de 19 cm.* Siendo este uno de los requisitos del PPT para uno de los productos de lote.

La recurrente argumenta que *“de conformidad con el PPT las medidas exigidas eran de aproximadamente 19 cms, es decir, los PPT no exigían de manera taxativa la medida de 19 cms sino una medida aproximada de 19 cms. Evidentemente, las medidas más próximas a 19 cms son las de 18 y 20 cm. En efecto, Stryker Iberia, S.L., aporta fresa esférica larga de 18 cm. Aunque Stryker Iberia, S.L. no dispone de fresa esférica de 19 cm exactos, la fresa esférica aportada (18cm) es suficiente e idónea para realizar una artroscopia de cadera”.*

En el informe del órgano de contratación se especifica que *“al hablar de aproximación, se acepta +/- 5% siendo causa de exclusión cualquier medida por encima o debajo de este porcentaje. El PPT exige una medida de 19 cms. aproximadamente, con lo cual, si Stryker presenta una fresa de 18 cms, estaría por encima de ese 5%”.*

Debemos destacar que realizados los cálculos se comprueba que la diferencia existente entre la medida ofertada y el 5% de la requerida en el PPT, es prácticamente inapreciable.

En todo caso, caben en este supuesto las mismas argumentaciones realizadas para el lote 4, respecto de las medidas aproximadas que no constan especificadas en el PPT, por lo que procede igualmente la estimación del recurso por este motivo.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.-** Estimar el recurso especial, interpuesto por doña A.S.A., en nombre y representación de la empresa Stryker Iberia, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, de fecha 3 de marzo de 2015, por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el contrato convocado para el Suministro de Terminales de Motor y Vaporizadores para Cirugía Artroscópica con destino al citado Hospital, en cuanto a los lotes 2, 3, 4 y 5 Expediente: 2014-0-23, anulando la adjudicación recaída y retrotrayendo las actuaciones al momento de admisión de las ofertas, debiendo admitir la presentada por Stryker, S.L. y tras las actuaciones a que se refiere el artículo 151 del TRLCSP se adjudique el contrato a la oferta que cumpliendo los requisitos técnicos resulte mejor clasificada.

**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.-** 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.