

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

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña A.S.A., en nombre y representación de Stryker Iberia, S.L., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de fecha 4 de julio de 2016, por la que se adjudica el lote 2 del contrato de “Suministro de prótesis de traumatología con destino al Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: 244/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 23, 27 y 30 de octubre de 2016, se publicó respectivamente en el BOCM, BOE y DOUE, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en catorce lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 1.308.221,38 euros.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), respecto del lote 2, “*Clavo endomedular para tratamiento de fractura de cadera*” establece entre otras, las siguientes especificaciones técnicas:

- “- Sistema de cerrojo diafisario*
- Disponible en acero inoxidable y en Titanio (pacientes alérgicos)”.*

A la licitación del lote 2 se presentaron cuatro empresas entre ellas la recurrente.

Tercero.- Tras la realización de los trámites oportunos, con fecha 4 de julio de 2016, se dictó Resolución del Director Gerente del Hospital por la que se adjudica el contrato, en la que consta, respecto del lote 2, que la adjudicación ha recaído en la empresa Biomet Spain Orthopaedics, S.L., al haber obtenido la mayor puntuación en aplicación de los criterios de adjudicación.

La Resolución de adjudicación fue notificada con fecha 6 de julio de 2016 a todos los licitadores.

Cuarto.- Con fecha 23 de julio de 2016, tuvo entrada en el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación por parte de la empresa Stryker Iberia, S.L., contra la adjudicación del lote nº 2. El recurso había sido anunciado al órgano de contratación ese mismo día.

El recurso alega la falta de motivación de la Resolución de adjudicación ya que solo incluye la puntuación otorgada a la adjudicataria y además la incorrecta admisión de la oferta de la misma al lote, ya que presenta unos productos que no están compuestos de acero inoxidable y tampoco cuentan con el sistema de cerrojo diafisario. Sin embargo, consideran que lo exigido por el PPT es que se disponga de tal sistema y que estén disponibles en acero inoxidable y en titanio, por lo que deberían haber sido excluidos. Respecto de las demás licitadoras al lote, admitidas y valoradas, alega que también incumplen las mencionadas especificaciones por lo que deberían haber sido excluidas igualmente. Aporta como prueba de sus alegaciones catálogos y documentación técnica relativa a los productos ofertados por cada una de las empresas.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 1 de agosto de 2016, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Se indica en el mismo que, con fecha 29 de julio de 2016, se emitió Informe por el Jefe de Sección de Traumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón sobre el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas de las empresas objeto del recurso, añadiendo que *“del contenido del referido informe, debe concluirse que las ofertas presentadas al lote 2, por las empresas SMITH & NEPHEW, S.A.U., CMM, S.L.U. y BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS, S.L., no cumplen las características mínimas solicitadas en el PPT respecto al lote 2, ya que en el mismo se solicitan que sean de acero inoxidable y titanio, solicitado en los pliegos técnicos, por lo que deberían ser excluidas del procedimiento de licitación, resultando por tanto adjudicataria la empresa STRYKER IBERIA, S.L.”*.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da 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 la empresa Zimmer Biomet Spain, S.L.U. en el que manifiesta que con fecha 1 de agosto de 2016, Biomet Spain Orthopaedics, S.L.U., ha vendido y Zimmer Biomet Spain, S.L.U., ha comprado la rama de actividad correspondiente al negocio de Traumatología General, como consta en la escritura de compraventa de rama de actividad, que acompañan y que con motivo de la situación expuesta, computándose como fecha efectiva el 1 de agosto de 2016, la empresa Zimmer Biomet Spain, S.L.U., se subrogará automáticamente en las obligaciones asumidas por Biomet Spain Orthopaedics, S.L.U., al amparo del artículo 85 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto a los motivos del recurso alegan la extemporaneidad del mismo ya que la Resolución de adjudicación fue publicada en la Plataforma de Contratación del

Sector Público, el 4 de julio de 2016, por lo que el recurso interpuesto el día 23 de julio estaría fuera de plazo. En cuanto a la composición de los productos ofertados manifiestan que *“procede aclarar ya que mi representada oferta un sistema de clavos intramedulares fabricados en su totalidad de componentes en aleación de Titanio Ti 6AL 4Va, material usado de forma común en la fabricación de dispositivos médicos de ortopedia y que cuenta con unas bondades y propiedades biomecánicas en términos de biocompatibilidad, módulo de elasticidad, resistencia mecánica, peso liviano, que hacen de esta aleación un material de prestaciones ampliamente superiores al acero inoxidable pudiéndose implantar en la totalidad de los pacientes a tratar y no solo en los pacientes alérgicos. De esta forma ZIMMER BIOMET SPAIN S.L.U. suministra un producto de prestaciones superiores implantable en el 100% de los pacientes cumpliendo íntegramente lo estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*. Por todo ello, considera que la valoración ha sido correcta y que debe desestimarse el 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 presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Stryker Iberia, S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote nº 2 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* ya que se trata de una licitadora clasificada en cuarto lugar y que pretende la exclusión de las tres primeras en la clasificación, por lo que la estimación del recurso la colocaría en posición de ser adjudicataria.

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 sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 4 de julio de 2016, practicada la notificación el 6 de julio e interpuesto el recurso el 23 de dicho mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, sin que la publicación tenga eficacia en cuanto al cómputo del plazo cuyo *dies a quo* se sitúa en la remisión de la notificación.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de Biomet Spain Orthopaedics, S.L., debió ser admitida a la licitación del lote nº 2, por considerar que el producto ofertado cumple las prescripciones técnicas exigidas, en cuanto a su composición y prestaciones.

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 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 en primer lugar si los productos ofertados tienen la composición exigida, acero inoxidable y titanio.

El Informe Técnico de la Jefe de Sección de Traumatología del Hospital emitido con ocasión del recurso explica lo siguiente:

“De las distintas propuestas presentadas por las empresas SMITH & NEPHEW, BIOMET, CMM Y STRYKER, el único licitador que cumple con las prescripciones técnicas sería éste último ya que:

SMITH & NEPHEW, el modelo requerido por el centro hospitalario es de acero inoxidable y titanio. Sin embargo, licitador presenta dos modelos distintos uno en acero y otro en titanio. Por lo tanto no es el mismo clavo y no cumple

BIOMET, no aporta documentación que acredite el clavo está fabricado en acero inoxidable. Por lo que entendemos que no cumpliría esta prescripción tampoco CMM. Tampoco presenta el modelo en acero inoxidable”.

El Tribunal comprueba que efectivamente la documentación de los productos y las propias alegaciones de la adjudicataria muestran que el modelo ofertado no está disponible en acero inoxidable, requisito exigido expresamente por el Pliego de Prescripciones Técnicas, no siendo suficiente que sea de una aleación con prestaciones superiores al acero inoxidable. Como indica el órgano de contratación, esto significa que incumple una de las prescripciones establecidas en el PPT que conlleva la exclusión.

Respecto de las otras tres ofertas se comprueba que tampoco cumplen la prescripción técnica indicada.

En consecuencia, el recurso debe estimarse por este motivo.

El incumplimiento de una de las prescripciones técnicas exigidas supone la necesaria exclusión de las ofertas y la estimación del recurso por lo que no procede analizar el otro incumplimiento alegado por la recurrente.

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 Stryker Iberia, S.L., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de fecha 4 de julio de 2016, por la que se adjudica el lote 2 del contrato “Suministro de prótesis de traumatología con destino al Hospital Universitario Gregorio Marañón”, anulando la adjudicación recaída, debiendo ser excluidas las ofertas de Biomet Spain Orthopaedics, S.L., Smith &

Nephew y CMM y previas las actuaciones a que se refiere el artículo 151.2 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.