

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

En Madrid, a 1 de marzo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña S.P.D., en representación de la empresa Smith & Nephew, S.A.U. contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Gregorio Marañón de fecha 16 de enero de 2017, por la que se adjudica el lote 11 del contrato “Suministro de implantes de cadera y rodilla para el Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: PAPC165/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 5 de octubre de 2015, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Gregorio Marañón se convocó procedimiento abierto, con pluralidad de criterios y dividido en quince lotes, para la contratación del suministro mencionado, pudiendo presentar oferta los licitadores a todos los lotes. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM y en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid de 23 de octubre de 2015 y en el BOE del día 27 de octubre de 2016. El valor estimado del contrato asciende a 6.324.016,08 euros.

Segundo.- Al lote 11 presentaron oferta 4 empresas, la recurrente resultó clasificada en segundo lugar.

El 19 de enero de 2017 se publicó la Resolución de adjudicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, siendo notificada la recurrente el día 20 siguiente.

Tercero.- El 9 de febrero de 2017, previo anuncio ante el Hospital el día 7, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Smith & Nephew S.A.U., en el que solicita que *“se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas, y se tome en consideración el hecho de que la oferta presentada EXACTECH IBÉRICA, S.L.U. al expediente y lote de referencia, no cumple con las exigencias previstas en los pliegos rectores de la convocatoria, debiendo ser por tanto excluida del Lote nº 11”*. Subsidiariamente, se declare la anulabilidad de la Resolución de Adjudicación, al no haberse motivado adecuadamente ni en la misma ni en el Informe Técnico de Valoración la puntuación otorgada respecto del criterio *“Compatibilidad y versatilidad de los implantes que facilite realizar cualquier montaje inherente a la patología a tratar.”*

El 15 de febrero de 2017 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 15 de febrero de 2017, 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 Exactech Ibérica que se opone al recurso señalando que su oferta cumple las prescripciones técnicas y defiende la correcta adjudicación.

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 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP) ya que la eventual estimación del recurso le coloca en posición de poder obtener la adjudicación del contrato.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución de adjudicación fue adoptada el 17 de enero de 2017, notificada el 20 e interpuesto el recurso el 9 de febrero de 2017, 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.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación pretendiendo su anulación por dos motivos, por incumplimiento de las prescripciones técnicas por la oferta de la empresa que ha resultado adjudicataria y subsidiariamente por falta de motivación del informe técnico en que aquella se basa.

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.

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 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. 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.

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 Exatech Ibérica.

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.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece para el lote 11 objeto del recurso las siguientes condiciones:

“Lote 11 Prótesis de rodilla híbrida estabilizada posterior.

- Componente femoral, aleación cromo-cobalto y Molibdeno con malla porosa para la osteointegración. Superficies articulares aplanadas tanto en plano como en frontal. Cóndilos con radios de curvatura diferente. Surco rotuliano de forma anatómica. Siete tamaños anatómicos con medidas A/P de 48,5 a 70, 5 mm.

- *Platillo tibial o bandeja de tetones o quilla cementada. Material Tivanium. Ocho tamaños con medidas M/L de 58 a 82 mm. Dos opciones:*
 - Cementado
 - No cementado.
- *Componente polietileno o superficie tibial articulada polietileno de Ultra Alta Densidad. Con 6 tamaños y 6 alturas para cada tamaño.*
- *Componente rotuliano o Patela de polietileno de Ultra Alta densidad con tres tetones. Siete tamaños de diferentes grosores”.*

Según la recurrente, en el lote 11, la empresa adjudicataria incumple el PPT porque no dispone:

- de cóndilos con radios de curvatura diferente, sino que aun siendo los ofertados multirradio, son simétricos entre sí; es decir, no hay diferencia entre el cóndilo medial y el lateral.
- presenta un sistema de prótesis de rodilla con 6 componentes femorales, en lugar de los 7 requeridos.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, expone que: *“Efectivamente, y de acuerdo con el Pliego de Condiciones Técnicas que rige el expediente de contratación P.A. 1651 2016, para este lote se especificaba que la prótesis de rodilla híbrida estabilizada posterior, debe disponer de cóndilos con radios de curvatura diferente. Con siete tamaños anatómicos. Tras el examen de la documentación presentada por EXACTECH IBERICA S.L.U., y por SMITH & NEPHEW a este lote, se puede comprobar que efectivamente la adjudicataria EXACTECH IBERICA S.L.U., no oferta un implante femoral con radios de curvatura diferentes y ni el componente femoral, ni el tibial ofrecen el número de tamaños requeridos, por lo que no cumple con las especificaciones del pliego.*

Por lo que respecta a la recurrente, informamos que el modelo presentado en este lote, tampoco se ajusta a las especificaciones del pliego ya que no tiene las medidas solicitadas para el componente femoral ni tibial y solo presenta 5 grosores para el polietileno de la tibia y 4 de la rótula, cuando se pedían 6.”

Según el escrito de alegaciones de Exactech Ibérica el sistema ofertado Optetrak presenta unos radios de curvatura diferentes para cada componente femoral con el objeto de garantizar que la congruencia articular de 0,96 disminuya conforme se flexiona, para permitir un mayor grado de libertad en flexión, y así que el fémur realice la rotación externa fisiológica que se da en una rodilla sana, minimizando el stress de contacto y reproduciendo la cinemática real de una rodilla sana. Asimismo señala que el sistema Optetrak cuenta con tallas femorales, que cubren ampliamente las necesidades del mercado, abarcando todo el espectro de medidas en cuanto a AP y ML que el cirujano requiere alineándonos con el resto de casas comerciales. Además, el componente femoral del Sistema Optetrak LOGIC presenta 7 tallas femorales, desde la 0F hasta la 6F, siendo perfectamente compatible con el sistema Híbrido PS requerido por el pliego de características técnicas, ya que el sistema Optetrak es perfectamente compatible e intercambiable, siendo uno de sus sellos de identidad. A mayor abundamiento, Exactech Ibérica, S.L.U., señala en su catálogo la posibilidad de elaborar, con un “t”, a través de un pedido especial sobre la referencia 244-02-00 o 244-03-00, una prótesis a medida que abarque cualquier tamaño que pueda requerir el hospital o la anatomía de cualquier paciente. No existiendo siquiera margen de discrecionalidad técnica en la valoración del mismo, pues es un criterio objetivo, ser compatible o versátil, que se cumple o no se cumple.

No nos encontramos ante un criterio sujeto a juicio de valoración en el cual sí es pertinente que el órgano de contratación justifique las puntuaciones otorgadas a través de la debida motivación y amparadas en el margen de discrecionalidad técnica del que goza la administración.

Comprueba el Tribunal, que en el folleto constan los incumplimientos alegados por la recurrente y reconocidos por el órgano de contratación. En consecuencia la oferta presentada por Exactech Ibérica incumple ambas prescripciones técnicas consignadas en el PPT por lo que su oferta debió ser

excluida. No es obstáculo a la anterior conclusión la posibilidad de obtener a través de un pedido especial una prótesis a medida sobre algunas referencias, pues la prescripción técnica pide siete tamaños anatómicos con unas determinadas medidas.

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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Smith & Nephew, S.A.U. contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Gregorio Marañón de fecha 16 de enero de 2017, por la que se adjudica el lote 11 del contrato “Suministro de implantes de cadera y rodilla para el Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: PAPC165/2016, retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las ofertas debiendo ser excluida la de Exactech Ibérica, S.L.U. y proseguir el procedimiento adjudicando el lote a la oferta económicamente más ventajosa que cumpla las condiciones técnicas.

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.