

**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 don L.T.G., en nombre y representación de Zimmer, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Gregorio Marañón de fecha 16 de enero de 2017, por la que se adjudican los lotes 3, 6 y 11 del contrato “Suministro de implantes de cadera y rodilla para el Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: 165/2016, 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 licitar a todos los lotes. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE, el 31 de octubre de 2015, en el BOCM y en el perfil de 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.- A la licitación se presentaron un total de once empresas, de las cuales al lote 3 licitaron 4, al lote 6 licitaron tres y al lote 11 licitaron 4, resultando la recurrente clasificada en tercer lugar en los lotes 3 y 6 y en cuarto lugar en el lote 11.

El 19 de enero de 2017 se publicó la Resolución de adjudicación del referido expediente en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, siendo notificada el día 20, resultando la siguiente clasificación:

LOTE	ADJUDICATARIA	2ª CLASIFICADA	3ª CLASIFICADA	4ª CLASIFICADA
3	DIACEX SERVICIOS MÉDICOS	STRYKER IBERIA	ZIMMER	SMITH & NEPHEW
6	STRYKER IBERIA	LIMA IMPLANTES	ZIMMER	
11	EXATECH IBÉRICA 100 puntos	SMITH & NEPHEW 93,61 puntos	MBA INCORPORADO 49,02 puntos	ZIMMER 46,21 puntos

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 Zimmer, S.A., 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 las ofertas presentadas por las empresas DIACEX SERVICIOS MÉDICOS, S.L., STRYKER IBERIA, S.L., LIMA IMPLANTES S.L.U., EXATECH IBÉRICA, S.L.U. y MBA INCORPORADO, S.L., al expediente y lotes de referencia, no cumplen con las exigencias previstas en los pliegos rectores de la convocatoria, siendo excluidas del mismo a los lotes nº 3, 6 y 11, respectivamente. Además, en relación al lote nº 11, ha sido inapropiada la ponderación del criterio de valoración contenido en los pliegos, en perjuicio de mi representada”*.

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 Smith & Nephew en las que solicita la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la recurrente para impugnar el lote 11 y subsidiariamente su desestimación respecto del criterio impugnado por ser correcta la valoración de su oferta.

Asimismo ha formulado alegaciones Lima Implantes, S.L.U., que señala que no ha resultado adjudicataria de ninguno de los tres lotes impugnados y sin embargo se solicita que su oferta sea excluida. Al no acreditar que una posible exclusión de Lima Implantes procure beneficio alguno a la recurrente, ésta carece de interés legítimo. Respecto del lote 6 presenta alegaciones que serán tenidas en cuenta al analizar el fondo del recurso.

También ha presentado escrito Exatech Ibérica que alega inadmisibilidad del recurso respecto del lote 11 y niega los incumplimientos achacados a su oferta.

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 artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación a las personas físicas y jurídicas “cuyos

derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso". El reconocimiento de legitimación requiere que la posible estimación del recurso contra la resolución impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre.

En el caso que nos ocupa, en relación a los lotes 3 y 6, el recurso se formula contra el adjudicatario y segundo en el orden de clasificación, siendo el recurrente quien ostenta la tercera posición le otorga legitimación activa ya que la eventual estimación del recurso le coloca en posición de poder obtener la adjudicación del contrato.

En cambio, en cuanto a la impugnación del lote 11 la recurrente, que se encuentra en el lugar 4º, pretende la exclusión del procedimiento de contratación de Exactech (1º) y MBA Incorporado (3º). Respecto de Smith & Nephew (2º) pretende no su exclusión, sino una nueva ponderación del criterio de adjudicación *"evidencia científica de los resultados desarrollados por equipos multinacionales aleatorizados"*, sin que concrete la puntuación que reclama o la que deba restarse a Smith & Nephew. La legitimación activa de la recurrente le vendría dada por la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato si con la estimación del recurso consigue el rechazo de las ofertas de los competidores mejor clasificados o la mejora de su puntuación en el orden de clasificación final de ofertas.

Tal como se ha expuesto la obtención de dicho beneficio supondría la necesidad de estimación del recurso contra las dos ofertas que se pretenden excluir y que la modificación de la puntuación en el criterio de adjudicación le otorgue una puntuación suficiente como para ser adjudicataria. Tal como hemos hecho constar en los hechos, la oferta de Smith & Nephew tiene 93,61 puntos y la de la recurrente 46,21 puntos. La puntuación máxima otorgable al criterio de adjudicación recurrido son 15, habiendo obtenido todas las ofertas admitidas dicha puntuación. Por tanto la recurrente no puede obtener mayor puntuación. El recurso no invoca motivo de

supresión de la calificación otorgada a Smith & Nephew, solo pretende una modulación. Aun suponiendo la estimación del motivo de recurso la diferencia de puntuación entre ambas ofertas es muy superior a 15 puntos por lo que no podría obtener la condición de adjudicatario. Tampoco la conseguiría con la exclusión de Exatech y Zimmer, que implicase una nueva valoración de las ofertas económicas, puesto que la puntuación de Smith & Nephew es superior a la suya y sería a esta empresa a quien beneficiaría (empresa que ha defendido sus intereses interponiendo el recurso 47/2017). Por esta razón carece de legitimación activa respecto del lote 11 y procede inadmitir el recurso respecto del mismo.

El artículo 22 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone:

“Artículo 22 Requisitos de admisión.

1. Solo procederá la admisión del recurso cuando concurran los siguientes requisitos:

(...).

2º. Acreditación de la legitimación y de la representación del recurrente mediante poder que sea suficiente a tal efecto”.

Queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 19 de enero de 2017, siendo notificada el 20.

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.- 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 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. 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.

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.

Sexto.- El PPT establece para el lote, 3 objeto, del recurso las siguientes características técnicas:

“Lote 3. Prótesis totales de cadera no cementada y cementadas. Prótesis cúpula biarticular.

- Vástago no cementado con recubrimiento micropórico. Anclaje metafisario. Malla de Titanio incorporada. Variantes progresivas de diámetro.

- Vástago cementado. Pulido en cromo-cobalto. En caso de implantación sustituiría al vástago no cementado.

- Cotilo con sistema de impactación y recubrimiento en fibra de Titanio puro con posibilidad de atornillado. Diámetros variables.

- Núcleo de polietileno altamente entrecruzado.

- Cabeza con posibilidad de diámetro: 22 y 28 mm con diferentes largos de cuello.

- Cúpula Biarticular con inserto. En caso de implantación sustituiría al Cotilo.

• 0,00 Tornillos en los casos que se precise.

- Se estudiarán otras tecnologías similares”.

Según la recurrente, en el lote 3 la empresa adjudicataria Diacex incumple el PPT porque presenta en su oferta técnica:

- Un vástago “PAVI” fabricado en acero inoxidable con alto contenido en nitrógeno (según indica su propio catálogo).
- Un núcleo de polietileno con alto peso molecular (UHMWPE) pero que no dispone de enlaces entrecruzados.
- Una cabeza femoral de dimensiones 22,2 mm y 28 mm.
- La documentación técnica está redactada en francés, en lugar de en castellano.

En cuanto a la oferta clasificada en segundo lugar, Stryker, el incumplimiento consiste en ofertar un vástago cementado “Exeter” fabricado en acero inoxidable.

El órgano de contratación, en su informe al recurso explica que conforme indica en su informe de 13 de febrero de 2017, el Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, *“Tras la revisión de las documentación técnica que obra en el expediente de licitación, hemos de concluir que efectivamente ni el modelo presentado por Diacex, ni el presentado por la licitadora Stryker Iberia S.L. presentan en su vástago un recubrimiento poroso en titanio para el vástago no cementado, ni está fabricado en cromo cobalto el vástago de la opción no cementada.*

Finalmente el inserto de polietileno que ofrece la casa Diacex no puede considerarse “altamente entrecruzado” como se pedía. Por lo tanto, ninguna cumple con las especificaciones técnicas del Pliego”.

Siendo el material exigido para el vástago cementado y no cementado de obligado cumplimiento y resultando como alega la recurrente y reconoce el órgano de contratación que conforme a la documentación relativa a las ofertas presentadas Diacex y Stryker han ofertado unos modelos cuyo material difiere del solicitado, se debe estimar el recurso por este motivo.

Séptimo.- Como prescripción técnica del lote 6 se establece:

“Lote 6: Componente acetabular de rescate. Cotilo altamente poroso. Fabricado en metal trabecular de tantalio. Compatible con cuñas y aumentos de tantalio”.

Alega la recurrente el incumplimiento de los requerimientos técnicos exigidos en el lote, consistente en que tanto la empresa adjudicataria, Stryker Ibérica, como la clasificada en 2º lugar, Lima Implantes, presentan en su oferta técnica un cotilo que no está fabricada en Metal Trabecular de Tantalio, sino Tritanium el de aquella y Titanio el de la otra, en todo caso más barato que el Tantalio.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, explica que conforme al referido informe de 13 de febrero de 2017 del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón *“En el Lote núm. 6 se exigía que el componente acetabular fuera fabricado en Tantalio. Examinadas las ofertas de los licitadores, hemos de informar que ni la adjudicataria Stryker ni la licitadora Lima, cumplen con este requisito, ofertando un componente acetabular fabricado en metales distintos al tantalio que es el que se solicitaba expresamente en el pliego”.*

El escrito de alegaciones de Lima Implantes mantiene que *“solo Zimmer Biomet Spain, S.L. comercializa en el mercado el referido metal trabecular de tantalio”* y añade *“Es cierto que el PPT señala que el producto a suministrar debe tener Componente Acetabular de Rescate. Cotilo Altamente Poroso. Fabricado en Metal Trabecular de Tantalio. El primer implante de este tipo (Metal Trabecular Altamente Poroso) lo fabricó la marca ZIMMER y es de Tantalio. Por ello, de alguna forma se ha convertido en el “genérico” de ese tipo de implantes. A posteriori, otras empresas, incluida LIMA IMPLANTES S.L.U. han desarrollado Cotilos de Metal Trabecular Altamente Poroso de otros metales, básicamente Titanio.*

Las prestaciones sanitarias que uno y otro material desarrollan son exactamente las mismas, sin que uno sea más eficaz que el otro, ni más duradero ni resistente. Ello lo demuestra el hecho incontestado de que la adjudicación del referido Lote nº 6 haya recaído en otra empresa licitadora, Stryker Iberia, S.L., cuyo cotilo tampoco es de titanio.

Por lo tanto, la referencia que se hace en el PPT a la composición del cotilo debe entenderse como genérica y en ningún caso literal, ya que lo verdaderamente importante a la hora de valorar el material ofertado es que cumpla con la misión médico-sanitaria que tiene asignada”.

Siendo el material exigido para el cotilo el Tantalio, el órgano de contratación ha determinado que la fabricación de las prótesis en este metal es la mejor manera de satisfacer el interés público que se pretende satisfacer con su adquisición. De no resultar ajustada a derecho dicha prescripción debió ser impugnada, pero no lo fue. Como hemos expuesto los pliegos se convierten en ley contrato y la presentación de oferta supone su aceptación incondicional y son de obligado cumplimiento. Si Lima Implantes u otro licitador comprobó que su producto no se ajustaba a lo requerido y entendió que la condición técnica era limitativa de la competencia debió formular recurso contra los pliegos o contra la convocatoria del procedimiento de adjudicación.

Por lo tanto, Lima Implantes, actúa contra sus propios actos, ya que no puede pretender ahora hacer valer que es indiferente el material de fabricación, en titanio u otro diferente, cuando con la formulación de oferta y no impugnación del PPT ha asumido que el mismo no podía competir por no fabricar en tantalio sino en otro tipo de metal trabecular altamente poroso como el titanio.

No se trata de una cuestión de discrecionalidad técnica donde entran a valorarse cuestiones técnicas sino de la mera comparación de lo exigido en el PPT con la oferta presentada sin necesidad de hacer ninguna valoración de su contenido.

Resultando como alega la recurrente y reconoce el órgano de contratación que conforme a la documentación relativa a las ofertas presentadas Stryker y Lima Implantes han ofertado unos modelos cuyo material difiere del solicitado, se debe estimar el 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.- Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por Zimmer, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Gregorio Marañón de fecha 16 de enero de 2017, en cuanto a los lotes 3 y 6 del contrato “Suministro de implantes de cadera y rodilla para el Hospital Universitario Gregorio Marañón”, anulando la adjudicación y debiendo retrotraer el expediente al momento en que se debieron excluir las ofertas que no cumplían los requisitos del Pliego.

Segundo.- Inadmitir el recuso respecto del lote 11 por carecer de legitimación activa.

Tercero.- 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.

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.