

**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 A.H.S., en representación de Johnson & Johnson, 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 2 y 12 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 licitar a todos los lotes. El envío del anuncio al DOUE se realizó el 20 de octubre de 2015 y 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 asciende a 6.324.016,08 euros.

Segundo.- A la licitación al lote 2 presentaron ofertas 4 empresas, quedando la recurrente clasificada en tercer lugar y al lote 12 licitaron 2 resultando excluida por superar el precio máximo de la licitación.

El PPT establece para cada lote objeto del recurso las siguientes características técnicas:

Lote 2: Prótesis con metafisis modular de cadera (Displasia)

- *Vástago de aleación de titanio, diversas longitudes y diámetros.*
- *Cabeza de aleación cromo-cobalto o cerámica*
- *Vaina titanio, con recubrimiento poroso*
- *Cotilo*
- *Núcleo*
- *Tornillos*

Lote 12. Prótesis de rodilla con inserto articular móvil

- *Radio Femoral Progresivo*
- *Componente rotuliano anatómico*
- *Posibilidad de componentes no cementados. Componente femoral microporoso”.*

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, y fue notificada a la recurrente el día siguiente.

Del lote 2 resultó adjudicataria Lima Implantes, clasificada en segundo lugar Stryker Iberia y en tercer lugar la recurrente. En el lote 12 resultó adjudicataria Exactech Ibérica y excluida la recurrente, no habiendo más ofertas.

Tercero.- El 9 de febrero de 2017, previo anuncio ante el Hospital el día 1, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Johnson & Johnson, 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 Exactech Ibérica, S.L.U., lote nº 12, y Lima Implantes, S.L.U., lote nº 2, así como la no exclusión de la oferta presentada por Stryker Iberia, S.L., lote nº 2, al expediente de referencia, no cumplen con las exigencias previstas en los pliegos rectores de la convocatoria, declarándose la exclusión de las mismas de la licitación” y solicita se acuerde el mantenimiento de la suspensión del procedimiento.

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 Lima Implantes, adjudicataria del lote 2, que alega que la recurrente no acredita que una posible anulación de la resolución de adjudicación le produjera beneficio alguno por lo que carece de interés legítimo.

Asimismo ha formulado alegaciones Exactech Ibérica que en primer lugar señala la falta de legitimación de la recurrente dado que ha sido excluida del lote 12 al encontrarse excluida.

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 tercer 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 contra los dos anteriores en el orden de clasificación le coloca en posición de poder obtener la adjudicación del contrato en el lote 2.

Debe admitirse la legitimación de la recurrente que ha sido excluida de la licitación por superar el precio de licitación para impugnar la adjudicación del lote 12, conforme a la doctrina sentada por los tribunales administrativos en materia de contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en numerosas resoluciones de este Tribunal, valga por todas la Resolución 68/2016, de 21 de abril de 2016, toda vez que queda acreditado un interés directo y cierto al tratarse de la licitación para la adquisición de un suministro imprescindible para la realización de la práctica médica. En este caso *“la posibilidad de que con la estimación del recurso el procedimiento quede desierto y se lleve a cabo una nueva licitación cuando se trata de una hipótesis real o bastante probable es un motivo adicional para reconocer legitimación activa. Ante esa hipotética nueva licitación el recurrente podría obtener el beneficio de concurrir presentando una nueva oferta que se adapte a las condiciones exigidas en los pliegos y finalmente obtener el contrato.”* En este caso la adquisición de las prótesis guarda relación con la actividad principal y esencial del Hospital y la necesidad de su adquisición no solo es probable sino obligada. Que la declaración de desierto comportaría un nuevo procedimiento de las mismas características excede la mera suposición de lo posible toda vez que hay suficientes razones para creer que así sucederá, lo que nos lleva a reconocer legitimación a la recurrente.

En el mismo sentido cabe mencionar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, dictada en el asunto C-355/15,

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, que en el apartado 36 dice *“procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.”*

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 16 de enero de 2017, practicada la notificación el 20 de enero (previamente había sido publicada en el perfil del contratante el día 19) 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 por varios motivos todos ellos relativos al incumplimiento de las prescripciones técnicas requeridas en cada lote.

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 2007 (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.

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.

En relación al lote 2 según la recurrente, tanto la empresa adjudicataria como la clasificada en segundo lugar incumplen el PPT porque no disponen, como se exige, de una *“Vaina titanio con recubrimiento poroso”*, sino que el suministro ofertado incluye en sus características una prótesis de cuerpo cónico que *“contienen un componente proximal en el que disminuye el diámetro de manera constante y armónica con una angulación (a diferencia de la vaina), normalmente la angulación se sitúa en torno a los 2,5° - 3°. El recubrimiento de estas prótesis es de tipo granallado, es decir, presenta un recubrimiento muy poco poroso frente al recubrimiento de las vainas con un recubrimiento de Porocoat con un tamaño medio de poro de 250 micras”*.

El órgano de contratación, en su informe al recurso explica que la resolución se adoptó de acuerdo a lo previsto en los artículos 138 y 151 del TRLCSP. Conforme indica en su informe de 13 de febrero de 2017, el Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón *“para este lote*

se especificaba que el vástago debe de constar de vaina de titanio con recubrimiento poroso. Revisadas las ofertas, se constata, en cuanto a las vainas que ni la empresa Lima Implantes SLU y ni la empresa Stryker, cumplen con esta especificación técnica. Tampoco los productos ofertados permiten usar distintas vainas de diferentes grosores. Por lo que respecta al recubrimiento poroso, no cumplen ninguna con esta especificación. El recubrimiento ofertado en ambos casos es irregular, (no presenta poros interconectados), como se solicitaba expresamente en los Pliegos Técnicos”.

En cuanto al alegado incumplimiento de las prescripciones técnica, señala Lima Implantes en su escrito de alegaciones que se pretende una nueva valoración sin que el Tribunal tenga competencia para ello ya que afecta a la discrecionalidad técnica. Entiende que el PPT responde a una solicitud de un modo genérico del producto que se desea adquirir para facilitar la mayor participación de licitadores y que la condición de las vainas es una simple forma de referirse al componente metafásario de la prótesis sin pretender excluir a quien no dispusiera de ellas. Señala que lo sustancial es que lo que se pretende adquirir no son “vainas”, sino tal como se refleja en el PPT, una “*PROTESIS (completa) CON METAFISIS MODULAR DE CADERA (para) DISPLASIA*”, que se subdivide en una serie de componentes (Vástago, Cabeza de aleación o cerámica, Vaina, Cotilo, Núcleo y Tornillos).

Comprueba este Tribunal que los productos ofertados por Lima Implantes y Stryker Iberia no cuentan con los requisitos de que uno de los componentes sea vaina y el recubrimiento poroso, sino que presentan una prótesis de cuerpo cónico y el recubrimiento no es poroso, siendo requisitos de carácter técnico exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, con carácter de mínimo, por lo que debe estimarse el recurso por este motivo.

Sexto.- Por lo que se refiere al lote 12 afirma la recurrente que la oferta del adjudicatario incumple el PPT porque ha ofertado:

- un radio femoral multiradio (con cuatro radios), en vez de progresivo.
- una rotula OPTETRACK que es hemisférica en lugar de anatómica.

Alega que con el radio femoral progresivo se consigue mayor estabilidad anteroposterior, mayor grado de congruencia a cada grado de flexión de la rodilla, mayor libertad rotacional en la máxima flexión comparado con el multirradio que es el de la adjudicataria. El mecanismo extensor de la rodilla, en términos de biomecánica, exige una rótula anatómica gracias a la cual se consigue la correcta autoalineación del sistema extensor y el correcto centraje de la rótula con un mantenimiento del ángulo Q más fisiológico, en comparación con la rótula hemisférica.

El órgano de contratación, en su informe al recurso explica que conforme al referido informe de 13 de febrero de 2017 *“las prótesis de rodilla con inserto articular móvil deben disponer de radio femoral progresivo, y componente rotuliano anatómico entre otras condiciones. Revisada la documentación presentada por la licitadora Exatech Ibérica, S.L.U. efectivamente oferta un componente femoral con varios radios de curvatura y no con un radio progresivo que es lo que se solicitaba en el Pliego de licitación. Tampoco dispone de un componente rotuliano anatómico como se solicitaba, siendo el ofertado simétrico.”*

Exactech Ibérica, S.L.U. alega que los presuntos incumplimientos del PPT en la oferta presentada por ella son rotundamente falsos. El sistema *Optetrak*® ofertado presenta unos radios de curvatura que cambian progresivamente de anterior a posterior para el mismo tamaño de componente femoral. Esta progresividad de la acción, efectivamente, mejora la alta flexión de la prótesis, manteniendo la estabilidad del sistema en altos rangos de flexión y facilitando el roll-back femoral. La transición entre radios se realiza de manera progresiva, aportando estabilidad en todo el rango de movimiento y, además, para cada componente femoral el radio posterior varía progresivamente con respecto al tamaño (mayor resección ósea de cóndilos posteriores a medida que vamos disminuyendo de tamaño), adaptándose, de esta manera, a la anatomía del paciente. En cuanto al componente rotuliano anatómico señala que el sistema de rodilla *Optetrak*® se adapta a esta anatomía, pues está configurado como una semiesfera con un surco femoral ancho, que permite articular optimizando la función del tracking patelar. El

amplio surco femoral y el diseño esférico patentado de la rótula, “*all-poly*”, le proporciona al paciente un deslizamiento rotuliano natural en flexión y extensión. Este aspecto del diseño ha demostrado ser de gran utilidad para reducir significativamente las tasas de liberación del retináculo lateral y la incidencia de fibrosis perirrotuliana. Defiende que su componente rotuliano es anatómico puesto que, además, cada implante aumenta en diámetro y en altura, adaptándose perfectamente a la anatomía del paciente y a sus necesidades, pudiendo elegir el cirujano el tamaño de patela que se requiera para conseguir el mejor tracking rotuliano y con la altura adecuada para que la tensión en los retináculos laterales sea mínima.

Siendo de obligado cumplimiento que el radio femoral sea progresivo y el componente rotuliano anatómico y resultando como alega la recurrente y reconoce el órgano de contratación que conforme a la documentación relativa a la oferta presentada por Exactech las características de sus modelos difieren del solicitado, se debe estimar el recurso por este motivo.

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 Johnson & Johnson, 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 2 y 12 del contrato “Suministro de implantes de cadera y rodilla para el Hospital Universitario Gregorio Marañón” retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las ofertas debiendo ser excluida las de Lima Implantes SLU y Stryker Iberia SL en el

lote 2 y la de Exatech Ibérica, SLU en el lote 12, y proseguir el procedimiento adjudicando 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.