



Recurso nº 151/2013 C.A. Cantabria 013/2013

Resolución nº 158/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 18 de abril de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. G. C. O., en representación de BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS SL, contra la resolución de adjudicación adoptada por el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 18 de enero de 2.013 en el expediente de contratación P.A. 2012.2.CC.02.3.0009, acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de componentes para prótesis primaria de rodilla, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Cántabro de Salud convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, Boletín Oficial del Estado, Boletín Oficial de Cantabria y en el perfil del órgano de contratación, la licitación mediante procedimiento abierto de un acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de los componentes necesarios para implante de prótesis primarias de rodilla para tres centros dependientes del Servicio Cántabro de Salud.

El contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada, pues su valor estimado supera los 200.000 euros en concreto, sin IVA, éste es de 3.267.115,00 euros.

El contrato se estructura en diferentes lotes contemplando la posibilidad de concurrir a la totalidad o sólo a alguno de ellos con un máximo de tres adjudicatarios por lote.

El pliego de cláusulas administrativas particulares establece como criterios de adjudicación los que se enumeran en su letra "B" -*"calidad y diseño de los materiales ofertados; facilidad en la instrumentación; facilidad en la técnica del implante y servicio postventa"*- y cuya valoración, a continuación, se detalla en su letra "M".

La duración prevista para el contrato es de treinta y seis meses.

Segundo. Con fecha 18 de enero de 2013 el Director Gerente del Servicio Cántabro resuelve adjudicar el contrato a una serie de empresas y por los precios que se indican en la propia resolución.

La resolución se adopta de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación alcanzada por unanimidad en sesión de 19 de diciembre de 2.012, con base en el informe técnico que se incorpora al acta y figura aportado en el expediente de contratación.

Dicha resolución excluye del procedimiento a una serie de empresas, entre ellas a la ahora recurrente, BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS S.L, indicando como motivo para ello: *el no haber superado el umbral mínimo de 20 puntos establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para esta primera fase.*

La citada resolución es notificada a una serie de empresas el 20 de febrero de 2.013 mediante correo electrónico dirigido a cada una de ellas y, en particular, además, mediante la publicación en el perfil del órgano de contratación ese mismo día de la resolución de adjudicación.

La recurrente recibe la notificación de la resolución de adjudicación, que al mismo tiempo acuerda su exclusión y los motivos para ello el día 28 de febrero de 2.013.

Tercero. Con fecha 8 de marzo de 2013 (registro de entrada en el Servicio Cántabro de Salud), D. J. G. C. O., en representación de BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS S.L, anuncia la interposición del recurso especial de revisión en materia de contratación frente a la resolución de adjudicación, adoptada por el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud.

Cuarto. Con fecha 15 de febrero de 2013, D. J. G. C. O., en representación de BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS S.L, interpone ante el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales recurso especial en materia de contratación, impugnando la exclusión de dicha empresa de los lotes 1, 2, 3 y 4.

Dicho recurso se registra y numera como el 151/2013.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 21 de marzo este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Además, este Tribunal comunicó el recurso interpuesto a los interesados, concediéndoles plazo de cinco días hábiles para que realizaran las alegaciones que consideraran oportunas, sin que ninguno haya evacuado el trámite conferido.

El órgano de contratación ha remitido a este tribunal informe sobre el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria el 28 de noviembre de 2.012.

Segundo. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, el recurrente se encuentra legitimado para interponer el recurso, por tratarse de licitador disconforme con la adjudicación del contrato.

Además, el representante de la empresa recurrente acredita dicha condición dada la amplitud con la que han de interpretarse sus facultades, conforme literalmente recoge la escritura de apoderamiento de fecha 24 de mayo de 2.010 que aporta con su escrito de recurso, en particular, la expresamente delegada recogida en el "I" in fine, la cual le habilita para: *formular en su caso las oportunas reclamaciones y protestas.*

Tercero. El acto frente al que se interpone el recurso especial se dicta para resolver la licitación mediante procedimiento abierto de un acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de los componentes necesarios para implante de prótesis primarias de rodilla para tres centros dependientes del Servicio Cántabro de Salud. El contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada, pues su valor estimado supera los 200.000 euros en concreto, sin IVA, éste es de 3.267.115,00 euros.

En consecuencia, el acuerdo marco se encuentra sujeto a regulación armonizada y por ello es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 a) del TRLCSP.

Asimismo, el acto objeto de recurso es la resolución de adjudicación de un contrato, que al mismo tiempo acuerda la del licitador ahora recurrente, cuya impugnabilidad se encuentra expresamente prevista en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se interpone con fecha 15 de marzo de 2013 ante este Tribunal (sello registro de entrada) frente a la resolución, que acuerda la adjudicación publicada en el perfil del órgano de contratación el 20 de febrero de 2.013.

La notificación a la recurrente se remite el 28 de febrero de 2.013, conforme resulta de la documentación obrante en el expediente remitido a este Tribunal. Dicho extremo es, además, reconocido por el órgano de contratación en los informes emitidos a efectos de este recurso.

Sentado lo anterior, visto que el plazo transcurrido entre la fecha en la que tuvo lugar la remisión de la notificación de la adjudicación (28/02/2013) y la fecha de interposición del recurso (15/03/2013) no supera el legal de quince días hábiles establecidos en el artículo 44.2 del TRLCSP, procede admitir el recurso en cuanto que ha sido interpuesto en plazo.

Quinto. El recurso 151/2013 se interpone por D. J. G. C. O., en representación de BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS S.L, impugnando la exclusión de dicha empresa de los lotes 1, 2, 3 y 4.

Los motivos invocados para ello son:

- I. Indebida valoración de la oferta.
- II. Utilización de criterios para la valoración diversos a los que figuran en los Pliegos
- III. Vulneración de los principios de igualdad y transparencia como consecuencia de la utilización de criterios diversos a los que figuran en los Pliegos, los cuales eran por ello desconocidos por el recurrente.

IV. Causas de nulidad.

En primer lugar, indebida valoración de la oferta.

La recurrente sostiene que los productos por ella ofertados no han sido debidamente valorados, en particular, al considerar que no se han tenido en cuenta una serie de características que constituirían valor añadido con relación al mínimo exigido en el pliego de prescripciones técnicas y, además, que no se han valorado las mejoras, las facilidades que ofertaba con relación a la instrumentación y de la técnica del implante.

Con dicho planteamiento, el recurrente cuestiona la puntuación obtenida, en definitiva la valoración que ha realizado el órgano de contratación de su oferta, confirmando la propuesta elevada por la mesa de contratación y que ésta había realizado tomando en consideración un informe técnico de valoración.

Por lo que se refiere al criterio a seguir respecto de la valoración que ha de hacerse del informe técnico obrante en el expediente administrativo con motivo del recurso interpuesto, este Tribunal en sus resoluciones 87/2012, de 11 de abril, recurso 65/2012 y en su resolución 176/2011, de 29 de junio, recurso 139/2011, entre otros, se ha manifestado en los siguientes términos: *“A juicio del Tribunal, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.*

Este Tribunal viene considerando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal

sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

La jurisprudencia a la que se hace referencia en las resoluciones anteriormente citadas se encuentra compuesta, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero y 30 de junio de 2000 discurren sobre el alcance de la discrecionalidad de la Administración en cuanto a los criterios básicos de valoración de las ofertas concurrentes y, en particular, por la Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000, que señala que *"la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto."*

Por ello, aplicando la doctrina expuesta al caso presente, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetando los principios de la contratación, y que no existe un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.

Pues bien, acorde al contenido del pliego de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, aprobados y que rigen la presente licitación, para poder resultar adjudicataria, los productos ofertados por la empresa licitadora han de reunir unos requisitos mínimos, que se establecen en el pliego de prescripciones técnicas y, además, obtener una puntuación mínima de 20 conforme a los criterios de valoración no matemáticos para poder permanecer en la licitación.

En particular, con relación a los lotes 1, 2, 3 y 4, el pliego de prescripciones técnicas establece los requisitos mínimos que debe reunir la prótesis, de forma que, sólo si el

material ofertado los reúne, sólo entonces se entraría a valorar conforme a los criterios expresados en el pliego de cláusulas administrativas, letra M, la existencia de mejoras y la puntuación correspondiente a las ofertadas por los licitadores.

En efecto, el pliego de prescripciones técnicas exige para los productos ofertados al LOTE 1:

LOTE 1: Cotilo esférico "press-fit" con cubierta de titanio puro, o en aleación:

Versión sin agujeros, con tres agujeros o con múltiples agujeros para posibilidad de insertar en los mismo tornillos de titanio.

Tallas de 2mm en 2mm desde 40 a 72

LOTE 2: Cotilo esférico "press-fit" con cubierta de titanio y recubierto en su totalidad de una capa de hidroxiapatita

Versión sin agujeros, con tres agujeros o con múltiples agujeros para posibilidad de insertar en los mismo tornillos de titanio.

Tallas de 2mm en 2mm desde 44 a 62

Pestañas periféricas circunferenciales de apoyo auxiliar

LOTE 3: Cotilo cementado de polietileno con ceja antiluxación

Tallas de 2mm en 2mm desde 40 a 72

Tetones de anclaje y alambre testigo radiológico

Están indicadas para cabezas de 28 mm.

LOTE 4: Cotilos roscados

Cotilo primario y de revisión para uso no cementado roscado

Cotilo de formas bicónica-autoroscante

Fabricado en titanio puro grado 4

Tallas de crecimiento de 2mm en 2mm desde 40 a 72

A continuación, la letra M del pliego de cláusulas administrativas particulares señala en su punto 2º los aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, precisando la existencia de un umbral mínimo: deberán obtenerse, al menos, 20 de 40 puntos en esta fase, para poder pasar a la siguiente.

La obtención de puntos responde a una serie de ítems a valorar:

- 1.- Calidad y diseño de los materiales ofertados, valorándose las mejores técnicas por encima de las prescripciones mínimas exigidas.
- 2.- Facilidad en la instrumentación, que pueden consistir en mejoras relacionadas con la aportación, cesión y/o donación de instrumental o aparataje que facilite la instrumentación durante el acto quirúrgico.
- 3.- Facilidad de la técnica de implante que pueden ser mejoras relacionadas con la formación inicial y continuada del personal sanitario
- 4.- Servicio postventa, como pueden ser las mejoras en plazo de entrega mínimo, compromiso de sustitución de material caducado, incorporación de innovaciones...

Pues bien, acorde con lo anterior, el informe técnico de fecha 19 de diciembre de 2.012 comienza señalando *que los criterios de valoración sólo se aplican a las ofertas que supongan mejoras sobre lo exigido en el pliego técnico, en caso contrario no obtendrán valoración.*

A continuación, los productos ofertados por la recurrente cumplen los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas y contrariamente a lo sostenido por la recurrente en su escrito, las mejoras que presenta merecen a juicio del informe técnico puntuación del máximo de 10 puntos a aplicar en concepto de calidad y diseño de los materiales ofertados.

La recurrente cuestiona también la puntuación de cero que obtiene en los apartados relativos a facilidad en la instrumentación y facilidad de la técnica de implante que pueden ser mejoras relacionadas con la formación inicial y continuada del personal sanitario.

En ambos casos justifica su planteamiento en la existencia de sendos compromisos que no ha concretado, esto es, que ofrecería todo el material que fuese necesario a criterio de médicos y cirujanos y además, la formación inicial y continuada igualmente necesaria sin concreción alguna.

Por el contrario, el informe técnico valora ambas mejoras con cero en los productos ofertados en los LOTES 1, 2, 3 y 4 y concluye indicando: *"9.- BIOMET: aporta mejoras en cuanto a calidad técnica, hace declaraciones genéricas sobre instrumentación y formación sin que suponga mejora de lo exigido, oferta urgencias de 24 y ordinario de 48"*.

A la vista de todo ello, debemos desestimar el motivo invocado de contrario, que cuestiona la aplicación de los criterios de valoración realizada por el órgano de contratación, pues la misma ha seguido los requisitos procedimentales y de competencia, ha respetado los principios de la contratación, no existe en ella un error material, se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y se alcanza con base en una motivación adecuada y suficiente.

En segundo lugar, sobre la utilización de criterios para la valoración diversos a los que figuran en los Pliegos.

La empresa recurrente sostiene que los criterios de valoración aplicados son diversos de los que figuran en los pliegos aprobados. En el motivo anterior, al valorar la aplicación de los criterios de valoración, este Tribunal ha partido de la consideración de que los tenidos en cuenta por el órgano de contratación eran los precisamente aprobados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas, pues como tales, se han recogido en la letra M del pliego de cláusulas administrativas particulares para posteriormente ser aplicados, manteniendo incluso su denominación e interpretación en el informe técnico emitido para la valoración de las ofertas.

Siendo ello así, hemos de desestimar el motivo invocado de contrario.

En tercer lugar, sobre la pretendida vulneración del principio de igualdad.

Sobre el argumento de que el órgano de contratación ha aplicado criterios de valoración diversos de los aprobados en los pliegos, publicitados y conocidos por el recurrente, éste desarrolla un tercer motivo de impugnación y denuncia la infracción del principio de igualdad. En dichos términos, desestimado el motivo relativo a los criterios aplicados por el órgano de contratación, al considerar este Tribunal que se han aplicado los aprobados en los pliegos, ha de decaer en consecuencia también el motivo relativo a la vulneración del principio de igualdad e incluso de falta de transparencia, invocado de contrario.

Por último, se citan diversos preceptos de la legislación de contratos y de procedimiento administrativo, que enumeran las causas de nulidad de actos administrativos sin acompañarse de la exposición de las concretas infracciones producidas, de los supuestos de hecho que encuadrados en los preceptos citados, determinarían la nulidad de la resolución impugnada.

Atendido lo anterior, este Tribunal debe desestimar el motivo invocado de contrario.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. G. C. O., en representación de BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS S.L contra la resolución de adjudicación adoptada por el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 18 de enero de 2013 en el expediente de contratación P.A. 2012.2.CC.02.3.0009, acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de componentes para prótesis primaria de rodilla, la cual se confirma en todos sus términos.

Segundo. Levantar la medida de suspensión adoptada por este Tribunal de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.