



Recurso nº 752/2017

Resolución nº 939/2017

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

En Madrid, a 19 de octubre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D.L.T.G., en representación de SIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de 5 de julio de 2017, del procedimiento de licitación del *“Acuerdo Marco de suministro de prótesis de rodilla y prótesis de cadera para su utilización común por los centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Expte. SC/15-16”*, convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de agosto de 2016 y en el Boletín Oficial del Estado de 30 de agosto de 2016, el inicio de la licitación del Acuerdo Marco de suministro de prótesis de rodilla y prótesis de cadera para su utilización por los centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

El Acuerdo Marco se encuentra dividido en catorce lotes, ascendiendo el valor estimado a del mismo a 30.438.675 euros.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

La mesa de contratación, en su reunión del día 5 de julio de 2017, con carácter previo a la apertura de los sobres que contenían la oferta económica, comunicó la exclusión de aquellos licitadores cuyas ofertas técnicas no podían ser admitidas por no cumplir con las

prescripciones que para los diferentes productos se exigían en el pliego de prescripciones técnicas.

Así, con respecto a ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. (Zimmer, en lo sucesivo), de conformidad con el contenido del informe de valoración de las ofertas técnicas, incorporado al acta de la citada reunión de la mesa de contratación del 5 de julio de 2017 como Anexo I, se disponía lo siguiente:

*“Examinada la documentación, se concluye que las empresas que a continuación se relacionan no cumplen los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas por los motivos que se detallan, **por lo que se propone su EXCLUSIÓN:***

(...)

- LOTE 6:

*. **MBA:** Por ofertar dos vástagos distintos cuando no se admiten variantes en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la contratación, indicándose así expresamente en el Anexo 6, modelo de oferta económica. Si se admitieran se habría indicado en el pliego de cláusulas administrativas particulares el número de variantes admitidas, los elementos sobre los que recaerían y las condiciones.*

Además una de las ofertas presentadas no cumple la exigencia de contar al menos con 6 tallas de medidas de vástago, al ofrecer solamente 5.

*. **ZIMMER:** Por ofertar solamente 5 tallas de vástago cuando se exige un mínimo de 6.*

(...)

- LOTE 8: MBA y ZIMMER *por no describir las características necesarias para valorar el producto ofertado. No describe material de composición, ni diámetro”.*

El día 11 de julio de 2017 se publica la mencionada acta, interponiendo frente a la misma Zimmer el presente recurso especial en materia de contratación, que se circunscribe a los dos lotes de los que ha sido excluido, el lote 6 y el lote 8.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 31 de julio de 2017.

De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas la mercantil STRYKER IBERIA, S.L., por escrito de fecha 17 de agosto de 2017.

Cuarto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 24 de agosto de 2017 acordó conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP, de forma, que según lo previsto en este mismo precepto, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias el 3 de octubre de 2013, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 28 de octubre de 2013 por Resolución de la Subsecretaría de 4 de octubre de 2013.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, apartados 1.a) y 2.b), el recurso se interpone frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, en concreto, contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación para la contratación de suministros mediante acuerdo marco, sujeto a regulación armonizada por razón del valor estimado del mismo.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, el recurrente formula sus alegaciones relativas a la exclusión de los dos lotes del acuerdo marco al que concurría, el lote 6 y el lote 8.

Con respecto al lote 8, antes de proceder al examen de los fundamentos en los que el recurrente sostiene su oposición a la exclusión, resulta preciso tener en consideración que el órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal, expone que procede la estimación de la pretensión del recurrente, de modo tal que nos referiremos exclusivamente a las alegaciones formuladas con respecto al lote 6.

Sexto. Como se ha expuesto en los antecedentes fácticos de esta resolución, el motivo en el que se fundó la exclusión de Zimmer de este pliego fue el que sólo ofertó cinco tallas de vástago, siendo seis las que se exigían en los pliegos.

Así, en el pliego de prescripciones técnicas (documento nº 8 del expediente administrativo), en el apartado 2, rubricado “Tipo de prótesis. Prescripciones técnicas de los productos”, se dispone con respecto al lote de referencia:

“Lote nº 6. Implante de fijación cementada para artroplastia de cadera total.

6.1 Vástago para fijación cementada, preferiblemente con tallo recto, autobloqueante, con o sin collarete, con al menos 6 tallas, de medidas correlativas, juego completo

6.2 Cabeza protésica metálica, con diámetros de 28-32 mm y al menos 3 longitudes de cuello

6.3 Cabeza protésica de cerámica, con diámetros de 28-32 mm y al menos 3 longitudes de cuello”

A este respecto lo que Zimmer alega en su recurso es que no es cierto que sólo ofertara cinco tallas, sino que ofertó seis tallas, señalando que en el Anexo 5 de su oferta, al referirse al implante de fijación cementada para artroplastia de cadera total, en concreto al vástago, se recogen las seis medidas del vástago standard y lateralizado, concretamente de 7 mm, 9 mm, 11 mm, 13 mm, 15 mm y 17 mm.

Sobre esto, el órgano de contratación señala que es cierto que en el anexo 5 de la documentación se relacionan seis tallas para el vástago cementado standard y seis tallas para el vástago cementado lateralizado.

Esto no obstante, lo que ocurre, continúa señalando el informe, es que el código EAN o código de barras que figura para las referencias de vástago estándar 50-152355, que es el vástago de medidas 15x155 (el de 15 milímetros), y el vástago estándar 20-152357,

que es el vástago de medidas 17x155 (el de 17 milímetros), es el mismo: 05019279557400.

Lo mismo ocurre con el vástago lateralizado. Así, el 15 milímetros, cuya referencia es el 650-1815, y el de 17 milímetros, con referencia 650-1817, tienen ambos dos el mismo código EAN o código de barras: 05019279117192.

El órgano de contratación, en apoyo de su decisión de exclusión del lote 6, señala que *“los códigos EAN sirven para identificar inequívocamente un producto, y así cuando se pasa por un lector poder volcar la información sobre los productos en las entradas y salidas de mercancías en control logístico de las mismas, no se entiende que distintas referencias, distintas medidas de un producto, tengan el mismo código EAN. Un lector no puede identificar más que con un mismo código EAN un mismo artículo”*.

Señala también que, no es cierto que esas mismas medidas consten además en la ficha técnica aportada junto a la oferta, toda vez que en la misma, para tanto el vástago estándar como para el lateralizado, únicamente se relacionan cinco tallas y cinco referencias.

Comprobado este extremo por el Tribunal, y partiendo de que efectivamente los códigos de barras o códigos EAN son un código exclusivo para un producto representado por barras legibles por escáner, se observa que efectivamente en la ficha técnica (aportada por el órgano de contratación junto a su informe) del denominado como “vástago femoral press-fit bi-metric”, si bien se señala “Disponible en tamaños de 7 a 17 mm. en aumentos milimétricos”, en los dos cuadros que aparecen a continuación, para el vástago standard y para el laterizado cada uno de ellos, únicamente son mencionadas cinco referencias:

Vastago Bi-Metric Cementado Standard

50-152347 Bi-Metric CoCr Std 7x115 mm (12-14)
50-152349 Bi-Metric CoCr Std 9x125 mm (12-14)
50-152351 Bi-Metric CoCr Std 11x135 mm (12-14)
50-152353 Bi-Metric CoCr Std 13x145 mm (12-14)
50-152355 Bi-Metric CoCr Std 15x155 mm (12-14)

Vastago Bi-Metric Cementado Lateralizado

650-1807 Bi-Metric CoCr Std 7x115 mm (12-14)

650-1809 Bi-Metric CoCr Std 9x125 mm (12-14)

650-1811 Bi-Metric CoCr Std 11x135 mm (12-14)

650-1813 Bi-Metric CoCr Std 13x145 mm (12-14)

650-1815 Bi-Metric CoCr Std 15x155 mm (12-14)

De conformidad con todo lo expuesto, y no obstante compartir este Tribunal los argumentos jurídicos del recurrente sobre que los pliegos son la ley del contrato, procede la desestimación del recurso, toda vez que ha quedado acreditado que el recurrente solo ofertó cinco tallas, y no seis, del producto del lote 6, tal y como así ha resultado efectivamente acreditado tanto a través de la propia oferta formulada por Zimmer, anexo 5, como de la ficha técnica del producto, incumpléndose por tanto las prescripciones técnicas establecidas en los pliegos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.L.T.G., en representación de SIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de 5 de julio de 2017, del procedimiento de licitación del *“Acuerdo Marco de suministro de prótesis de rodilla y prótesis de cadera para su utilización común por los centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Expte. SC/15-16”*, convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, de modo tal que se estima el recurso en relación con el lote 8 y se desestima en relación con el lote 6, en los términos expuestos, respectivamente, en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 del Principado de Asturias, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.