



Recursos nº 515-528/2018

Resolución nº 645/2018

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

En Madrid, a 6 de julio de 2018.

VISTO los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. J. P. C., en nombre y representación de ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., y D. A. S. A., en nombre y representación de STRYKER IBERIA, S. L., contra el acuerdo por la que se le excluye del procedimiento de licitación del *“Acuerdo Marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado”* (Exp. AM 2017/136), Lotes números 4, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 21, 22, 23, 33, 34, 35 y 37, licitado por Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Entidad Gestor de la Seguridad Social dependiente de la Administración General del Estado, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 16 de octubre de 2017, el Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), dispuso la aprobación del procedimiento de licitación así como de los pliegos del acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado, expediente AM 2017/136.

El 26 de octubre de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector público, el 27 de octubre en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 31 de octubre en el Boletín Oficial del Estado (BOE) se publican los anuncios de la licitación del acuerdo marco.

El contrato, calificado como de suministros, nomenclatura CPV 33184100-4 y 33141770-8, tiene un valor estimado de 20.723.438 euros, excluido el IVA, estando dividido en 39, lotes, y licitándose por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Contra los pliegos que rigen la contratación se interponen los siguientes recursos.

Recurso nº 1170/2017, interpuesto por JOHNSON & JOHNSON, S. A., desestimado por nuestra Resolución nº 1212/2017, de 22 de diciembre.

Recursos nº 1171/2017, interpuesto por ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., igualmente desestimado por nuestra Resolución nº 25/2018, de 12 de enero.

Recurso nº 1267/2017, interpuesto por STRYKER IBERIA, S. L., inadmitido por Resolución nº 11/2018, de 9 de enero.

La prescripción 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) “CARACTERÍSTICAS REFERENTES A LOS MATERIALES” en los apartados 2.2.1 a 2.2.3 establece lo siguiente.

“2.2.1. En las aleaciones metálicas se debe especificar si hay un componente de níquel en la aleación.

2.2.2 Se considerará una superficie lisa aquella con rugosidad $Ra \leq 0.5$ micras, y rugosa aquella con Ra entre 2–2.5 micras.

2.2.3 En el caso de los Implantes con recubrimiento:

- El tamaño de los debe oscilar entre 1 00 y 400 micras

- Porosidad entre el 20 y 40 %

- *En el caso de recubrimiento con Hidroxiapatita, el espesor del recubrimiento no debe ser superior a 150 micras."*

Por su parte la prescripción 3.4, recoge detalladamente las especificaciones técnicas de los componentes que constituyen cada lote.

Segundo. Entre los licitadores presentados se encuentran ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., que concurre a los lotes 4, 5, 7 8, 10, 13, 14, 21, 22, 33 y 37, y STRYKER IBERIA, S. L., que concurre, entre otros, a los lotes 7, 8, 9, 23, 34 y 35.

La mesa de contratación el 23 de enero de 2018 examina la documentación de requisitos previos de las empresas y se procede a la apertura de la oferta técnicas para su análisis por los servicios correspondientes.

Se emiten informes técnicos sobre las ofertas Instituto y se solicitan distintas aclaraciones a las empresas desarrollaron por acuerdos de la mesa de 1 de marzo, 2 de marzo y 23 de marzo de 2018.

La mesa el 12 de abril de 2018, realiza el análisis de las respuesta recibidas y excluye algunas empresas que no cumplían los requisitos mínimos establecidos en la documentación contractual con relación a determinados lotes a los que licitaron.

Acuerda excluir a ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U. de los siguientes lotes y alternativas:

Lote 3, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 4, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 5, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 7, soluciones 1 y 2, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 8, exclusión de los insertos con espesor menor de 6 mm, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 10, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT

Lote 13, exclusión de los insertos con espesor menor de 6 mm, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 14, exclusión de los insertos con espesor menor de 6 mm, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 15, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 16, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 21, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 22, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 33, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 37, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 38 por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Acuerda igualmente excluir a STRYKER IBERIA, S. L. de los siguientes lotes y alternativas:

Lote 7, soluciones 2, 5 y 8, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 8, soluciones 2, 5 y 8, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 9, soluciones 2, 5 y 8, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 15, solución 1, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 16, solución 1, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 23, oferta base, por incumplimiento de la prescripción 2.2.3 PPT.

Lote 28, por incumplimiento de la prescripción 3.3 PPT.

Lote 34, oferta base y solución 1, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 35, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 36, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

Lote 39, por incumplimiento de la prescripción 3.4 PPT.

El 7 de mayo de 2018 se notifica la exclusión a ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., y STRYKER IBERIA, S. L., por correo electrónico.

Tercero. El 23 de mayo de 2018 ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U. anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la exclusión.

El 28 de mayo de 2018, a las 11:04:05 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación.

El *petitum* del recurso, numerado 115/2018, 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 por ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U. respecto de los Lotes nº 4, 5, 7, 8, 10, 13, 14, 21, 22, 33 y 37 cumple todas los requerimientos técnicos obligatorios contenidos en el PPT de la convocatoria, procediéndose a su readmisión al procedimiento de licitación y a la valoración de la misma en igualdad de condiciones con respecto al resto de competidores”*

Solicita la suspensión del procedimiento.

El 29 de mayo de 2018, a las 21:13:28 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, contra el acto de exclusión en lo que se refiere a los lotes 7, 8, 9, 23, 34 y 35.

El *petitum* del recurso, numerado 528/2018, solicita “se dicte resolución en la que se acuerde lo siguiente: 1) En cuanto al motivo referente a la improcedencia de la exclusión de las variantes de los Lotes 7, 8, 9 y del lote 23, que se acuerde la anulación de la resolución de exclusión de Stryker Iberia respecto de esas variantes y lotes en los que se incluyen los cotilos de Tritanium. 2) En cuanto al motivo referente a la improcedencia de la exclusión de los Lotes 34 y 35, que se acuerde la anulación de la resolución de exclusión de Stryker Iberia respecto de estos lotes.”

Solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación, el 1 y 5 de junio de 2018, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de sus informes.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 7 de junio de 2018, dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulase las alegaciones, haciendo uso de dicha facultad STRYKER IBERIA, S. L. en el recurso 515/2018.

Sexto. La Secretaria, por delegación del Tribunal acuerda, el 7 de junio, la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, en relación con los lotes 4, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 21, 22, 23, 33, 34, 35 y 37, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los recursos números 515 y 528/2018, presentan entre si identidad sustancial de objeto y fundamento, de modo que existe entre ellos identidad sustancial e íntima conexión, por lo que se acuerda su acumulación, al amparo tanto del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) como del artículo 13 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 Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC)

Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.1 del TRLCSP y 45.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), y 22.1.1º 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 Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. Hemos de examinar ahora la legitimación de las recurrentes.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

En relación con el concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 o 2 de octubre de 2001, declara que por *interés* debe entenderse toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, siendo *interés legítimo* el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso las recurrentes, excluidas del procedimiento de licitación, están legitimada para interponer los recursos conforme a los artículos 42 del TRLCSP y 22.1.2º del RPERMC.

Tercero. Se recurren los actos de exclusión de un acuerdo marco calificado como de suministros, con un valor estimado superior a los 135.000 euros.

El acto impugnado, de 30 de abril de 2018, ha sido dictado después de la entrada en vigor de la LCSP, el pasado 9 de abril de 2018, no obstante el expediente de contratación se inició antes aquella fecha y, por tanto, de la entrada en vigor de la nueva LCSP.

Así, por aplicación de la disposición transitoria primera, apartados 1 y 4, de la LCSP, si bien el expediente de contratación se rige por el TRLCSP, al haberse dictado los actos recurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, puede interponerse el recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 de la LCSP contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía conforme a dicho precepto de la LCSP.

Ello ha sido interpretado por este Tribunal en su Resolución nº 437/2018, de 27 de abril, en el sentido de que *“se aplica la Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 para determinar los contratos susceptibles de recurso, que serán en los expedientes iniciados con anterioridad, los del TRLCSP, artículo 40.1. Y se aplicará la Transitoria Primera,4, párrafo segundo, para la determinación de los concretos actos susceptibles de recurso en expedientes iniciados con anterioridad, pero dictados después de la vigencia de dicha Ley, actos que son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017”*

Así por lo que se refiere a si el contrato es susceptible de recurso se aplica el artículo 40.1 del TRLCSP

Ahora bien, sobre el ámbito de competencias de este Tribunal tuvo incidencia el transcurso, el 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DN) y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DSE).

Dicha transposición se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global por la LCSP, que si bien ha entrado en vigor con posterioridad a dictarse los actos recurridos no lo fue respecto del expediente administrativo que por ello se rige por el TRLCSP.

El hecho de que el Estado miembro no hubiera transpuesto las Directivas, no impidió su aplicación directa, al darse los requisitos fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, iniciados con posterioridad al 18 de abril de 2016 y antes de la entrada en vigor de la nueva LCSP, el 9 de abril de 2018, están sujetos al efecto directo de la DN. Este es el caso del procedimiento que nos ocupa cuya convocatoria se publicó con posterioridad a la fecha antes citada y antes de la entrada en vigor de la LCSP.

A tal efecto ha de tenerse en cuenta los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016. Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

La DN fija el umbral económico de los contratos de suministro en 135.000 o 209.000 euros, en función del poder adjudicador, igual que en el vigente artículo 15 del TRLCSP, sin que sea de aplicación el Reglamento (UE) número 1336/2013 de la Comisión, de 13



de diciembre de 2013, que modifica aquellos umbrales para los expediente iniciados después de 1 de enero de 2018.

En el presente caso, el acuerdo marco de suministros excede de 135.000 euros, por lo que se trata de un contrato armonizado a cuyo conocimiento se extiende la competencia de este Tribunal.

Por otro lado el acto de exclusión de la licitación es expresamente recurrible es expresamente recurrible conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP.

En consecuencia el acto es recurrible, conforme a los artículos 15.1.a, y 40.1.a) del TRLCSP, 44.2.b) de la LCSP, y 22.1.3º y 4º del RPERMC.

Cuarto. La notificación del acto de exclusión se remitió el 7 de mayo por correo electrónico, presentándose los recursos especiales contra dicho acto el 23 de mayo de 2018, precedido de su anuncio al órgano de contratación en el caso del recurso 515/2018, y sin él en el caso del recurso 528/2018.

El artículo 44, apartados 1 y 2ª, del TRLCSP señala.

“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. (...).”

Hemos dicho reiteradamente que el incumplimiento del requisito formal establecido por el TRLCSP –y suprimido en la LCSP– del anuncio previo al órgano de contratación es una mera irregularidad no invalidante, y ello por cuanto la ausencia del anuncio no coloca al

órgano de contratación en una situación de indefensión, pues tiene conocimiento del recurso por la solicitud del expediente de contratación y la oportunidad de informar exponiendo los argumentos que estime conveniente en defensa del acto impugnado.

De conformidad con dicho precepto, y teniendo en cuenta las reglas de computo establecidas en el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los recursos se han interpuesto en tiempo y forma.

Quinto. En cuanto al recurso 515/2018, los argumentos de la recurrente se desglosan según los distintos lotes.

En relación a los lotes integrados por prótesis traumatológicas de cadera, el motivo de exclusión es el incumplimiento del PPT en lo relativo al porcentaje de porosidad del recubrimiento de los implantes, y al espesor mínimo del inserto.

En cuanto a los lotes 8, 13 y 14 se excluye la oferta porque el PPT requiere que el inserto tenga un espesor mínimo de 6 mm. Frente a ello aduce la recurrente que ha ofertado un producto superior al requerido por el PPT, pues los requerimientos del acuerdo marco no han tenido en cuenta los últimos avances tecnológicos.

En cuanto a los lotes 4, 5, 7, 10, 21 y 22, la exclusión se ha producido porque en los implantes con recubrimiento, éste no tiene una porosidad entre el 20% y el 40%, requerido por el pliego. En contra alega que los implantes ofertados suponen una mejora a lo solicitado por las características técnicas del concurso, apoyada por la literatura científica.

Por último en cuanto a los lotes 33 y 37, en que el motivo de exclusión es el incumplimiento por la oferta del requerimiento del PPT que el cemento tenga un tiempo de fraguado lento, 10-15 minutos de iniciada la mezcla, aduce que, tanto en mezcla manual, como al vacío, a temperaturas de trabajo estándar en quirófano, los tiempos de fraguado están dentro del rango permitido.

En el informe del órgano de contratación al recurso, como consideraciones previas señala.

Que el acuerdo marco es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación, ni de un procedimiento de adjudicación. Que los productos que se han licitado son de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud (SNS), que por sus características y consumo han sido considerados por los responsables de los servicios de salud adheridos al procedimiento, como idóneos para una adquisición agregada. Que el acuerdo marco no es un procedimiento de compras por indicación (no se seleccionan productos para abordar una patología), simplemente pretende seleccionar unos productos que en la actualidad son de uso generalizado en el SNS y sobre los cuales los responsables sanitarios han considerado su idoneidad para abordar una agregación en su aprovisionamiento y cuyas características técnicas han sido concretadas y consensuadas con los profesionales sanitarios que realizan la práctica clínica diaria. Así el objetivo no es incorporar al acuerdo marco todas las soluciones del mercado, sino sólo aquellas para las que por su uso clínico, se ha considerado que el acuerdo marco puede ofrecer mayor eficiencia, sin que ello cierre el mercado para el resto de alternativas existentes, que pueden seguir accediendo al SNS por los procedimientos habituales de contratación. Así el acuerdo marco no tiene carácter de exclusivo respecto a los productos, ni excluyente en los procedimientos. La definitiva adquisición, en función de las necesidades clínicas específicas del paciente, se formalizará mediante contratación derivada del acuerdo marco o, en su caso, fuera de éste mediante los procedimientos habituales de contratación. No existe por tanto limitación alguna de la competencia.

Que todo ello ha sido ratificado en la resolución 1212/2017 de este Tribunal sobre los Pliegos del contrato.

En cuanto a las concretas alegaciones de la recurrente señala, respecto al espesor mínimo del inserto, que teniendo en cuenta los avances tecnológicos, los expertos sugirieron, ante resultados compatibles con los estudios y revisiones bibliográficas, que un espesor de 6 mm sería el indicado como requisito a exigir como espesor mínimo del inserto de polietileno altamente entrecruzado. En cuanto al porcentaje de porosidad del

recubrimiento de los implantes, que el rango de porosidad que se exige como requisito en el PPT no constituye un mínimo para ser cumplido en la oferta, se trata del rango de porosidad que se ha demostrado como patrón de oro para una buena osteointegración, por lo que no es cierto que la empresa mejore la oferta ya que, no se puede afirmar que a mayor porosidad de los recubrimientos, exista mayor osteointegración.

Respecto a los lotes 33 y 37, que el tiempo de fraguado constituye el mínimo (10 min.) y el máximo (15 min.) como clara e inequívocamente se expone en el PPT, y que la oferta de la recurrente consiste en el cemento HI Fatigue 1x40 que tiene un tiempo de fraguado a 18º C, mezcla al vacío: de 7 a 11.5 minutos, y mezcla a mano: de 8.2 a 14.3 minutos, por lo que no cumple el tiempo de fraguado exigido por el PPT, y que en modo alguno la temperatura ha tenido que ver con las causas de exclusión.

En cuanto a la alegante, se opone a la admisión del recurso en lo que se refiere a la exclusión por el incumplimiento del espesor mínimo del inserto y se muestra favorable en cuanto la exclusión por el incumplimiento del porcentaje de porosidad del recubrimiento de los implantes.

Respecto del recurso 528/2018, los argumentos de la recurrente se desglosan según los distintos lotes.

En relación a los lotes 7, 8, 9 y 23, la causa de exclusión es que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.2.3 del PPT, en relación con el punto V.2 del mismo, se requiere que el cotilo tenga recubrimiento cerámico o de metal poroso en su superficie externa. Además se requiere que el tamaño de los poros oscile entre 100 y 400 micras y la porosidad oscile entre el 20 y 40%, y el cotilo ofertado no lo cumple. La causa de exclusión de las soluciones y ofertas de los lotes referidos radica en que el cotilo Trinanium tiene más porosidad de la que exige el PPT, siendo así que la existencia de porcentajes de porosidad y poros de dimensiones similares a la de los PPT (y más cercanas a esto de las del Metal Trabecular, del que es un producto similar) en modo alguno es un indicativo de una calidad inferior o que pueda suponer alguna desventaja durante el procedimiento quirúrgico o en el resultado del mismo. Así los PPT contendrían una contradicción, al haber requerido el cotilo de Metal Trabecular (es decir, la marca de

Zimmer Biomet) o similar, para, posteriormente, describir unas características de dimensiones de poros y de porosidad que no se corresponden con las del Metal Trabecular, pidiendo otras más reducidas.

En relación a los lotes 34 y 35, el motivo de exclusión es que de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3.4 del PPT, en relación con el punto XIII.2 del mismo, se requiere un tiempo de fraguado rápido, menos de diez minutos de iniciada la mezcla, y que el cemento ofertado tiene un tiempo de fraguado de diez minutos. Por el contrario afirma la interpretación de la mesa de contratación es excesivamente rigurosa, considerando que es inadecuado y no cumple las prescripciones técnicas los cementos ofertados, por un solo segundo, considerando que el tiempo de fraguado de los cementos no cumplen los requisitos, al apreciar que inferior a 10 minutos, no incluye el último segundo para llegar a 10 minutos.

En el informe del órgano de contratación al recurso, reitera las consideraciones previas arriba transcritas respecto del recurso 515/2018, y en cuanto a las concretas alegaciones de la recurrente señala, respecto a los lotes 7, 8, 9 y 23, las características técnicas referidas al recubrimiento de las superficies del cotilo ofertado por la empresa recurrente Cotilo Trident Tritanium, con diseño hemiesférico con un recubrimiento de titanio puro altamente poroso (porosidad 70%) y un alto coeficiente de fricción (1,01) sobre una carcasa de titanio. El tamaño del poro del recubrimiento es de 311-546 micras. El PPT exige un cotilo primario de aleación de titanio, metal trabecular, o similar con recubrimiento cerámico o de metal poroso en su superficie externa, y en el caso de los implantes con recubrimiento, el tamaño de los poros debe oscilar entre 100 y 400 micras; Porosidad entre el 20 y 40 %. Por lo cual queda claro y está explícitamente reconocido por la empresa que el producto ofertado no cumple las características que se exige de forma obligatoria en el PPT porque el recubrimiento del producto ofertado no cumple con los requisitos del punto 2.2.3 del PPT, pues lo excede en cuanto a la porosidad y se sale del intervalo requerido en cuanto al tamaño del poro. Los requisitos no se exigen al cotilo, sino al recubrimiento, y en ningún momento la causa de exclusión se refiere al material que compone el cotilo, se refiere exclusivamente al recubrimiento de metal poroso del cotilo.

Es importante resaltar, que el rango de porosidad que se exige como requisito en el PPT no constituye un mínimo para ser cumplido en la oferta, se trata del rango de porosidad que se ha demostrado como patrón de oro para una buena osteointegración, por lo que no es cierto que la empresa mejore la oferta ya que, no se puede afirmar que a mayor porosidad de los recubrimientos, exista mayor osteointegración. Así no se puede afirmar que la porosidad del recubrimiento de titanio propuesta por la empresa recurrente sea un valor añadido por parte del cotilo.

Respecto a los lotes 34 y 35, que el tiempo de fraguado constituye el mínimo (10 min.) y el máximo (15 min.) como clara e inequívocamente se expone en el PPT, y que la oferta de la recurrente consiste en cementos que según reconoce expresamente la empresa no cumplen el tiempo de fraguado exigido.

Sexto. En cuanto a la hipotética vulneración de los pliegos, hemos señalado que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al PCAP que se extiende al PPT (Resoluciones 4/2011, de 19 de enero, 535/2013, 22 de noviembre).

En cuanto al PPT, si bien, como señalamos en la Resolución 250/2013, de 4 de julio, aquel se refiere fundamentalmente a las condiciones que afectan a la ejecución del contrato, que sólo pueden exigirse al adjudicatario en el momento de su ejecución, sino también al elaborar su oferta, por lo que no serán admisibles las ofertas en las que la descripción técnica no se ajusta a las características requeridas en el PPT.

Ahora bien, para excluir a un licitador por incumplimiento del PPT, como dispone el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, las exigencias deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas

recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato.

Además el incumplimiento ha de ser expreso y claro, sin que pueda exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato; y en caso de omisiones debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al PPT, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

Aquí sin embargo, bajo la especie de estar impugnando la exclusión por incumplimiento de los pliegos, lo que en realidad se ataca en ambos recursos es el PPT mismo.

Así en el recurso 515/2018, la recurrente aduce en el grueso de su recurso, referido a los lotes 8, 13 y 14 –porque el inserto no tiene un espesor mínimo de 6 mm–, y a los lotes 4, 5, 7, 10, 21 y 22 –porque el recubrimiento de los implantes no tiene una porosidad entre el 20% y el 40%–, no que su oferta cumple el PPT, pues implícitamente declara su incumplimiento, sino que los bienes que oferta aun no cumpliendo el PPT son mejores que aquellos que lo cumplen. Solo en los lotes 33 y 37 no pone en cuestión el PPT.

Pues bien, los pliegos que rigen la contratación fueron declarados por este Tribunal conformes a derecho por sendas resoluciones números 1212/2017, de 22 de diciembre y 25/2018, de 12 de enero, esta además resolviendo el recurso número 1171/2017, interpuesto por la propia recurrente. Resoluciones que, además de definitivas en la vía administrativa, son firmes al no haber sido objeto de recurso contencioso–administrativo.

Por tanto es improcedente de todo punto hacernos volver contra nuestras propias resoluciones y además que la recurrente venga contra sus propios actos, pues no recurriendo pudiendo hacerlo contra nuestras resoluciones que confirmaron los pliegos, y

presentado subsiguientemente su oferta, aceptó pura y simplemente y sin reserva ni condición alguna el PPT. Todo ello, so pretexto de pretender implicarnos en un debate científico sobre las bondades del PPT en el que no podemos entrar materialmente, pues nos faltan los conocimientos para ello, ni debemos hacerlo formalmente, pues en este punto solo cabe enjuiciar si en las actuaciones del órgano de control se cumplieron los pliegos, no si estos eran o no conformes a Derecho, ni menos aún si eran mejores o peores técnicamente, pues tales cuestiones son extemporáneas al haber sido por nosotros resueltas.

Así respecto de los lotes 4, 5, 7, 8, 10, 13, 14, 21 y 22, el propio reconocimiento por la recurrente de su incumplimiento del PPT, amén de los argumentos del órgano de contratación en el informe técnico de la licitación y en su informe al recurso, ponen de manifiesto una vulneración por la oferta del PPT que es expresa y clara, por lo que la exclusión de tales lotes de la oferta de la recurrente es plenamente válida.

Lo mismo cabe decir de los lotes 33 y 37, pues las alegaciones de la recurrente relativa a la temperatura, no alteran el hecho de que la oferta incumple los requerimientos del PPT en cuanto al tiempo de fraguado, por lo que la exclusión es igualmente conforme a Derecho.

Igualmente respecto del recurso 528/2018, la recurrente aduce en su recurso, no que su oferta cumple el PPT, pues explícitamente declara su incumplimiento, sino que los bienes que oferta aun no cumpliendo el PPT son mejores que aquellos que lo cumplen.

Pues bien, como dijimos los pliegos que rigen la contratación fueron declarados por este Tribunal conformes a derecho por sendas resoluciones números 1212/2017, de 22 de diciembre y 25/2018, de 12 de enero, si bien el entonces interpuesto por la recurrente fue inadmitido por extemporáneo. Por lo que procede igualmente reiterar la improcedencia de hacernos volver contra nuestras propias resoluciones y de que la recurrente venga contra sus propios actos, pues presentados su oferta, aceptó pura y simplemente y sin reserva ni condición alguna el PPT.

Así el propio reconocimiento por la recurrente de su incumplimiento del PPT, amén de los argumentos del órgano de contratación en el informe técnico de la licitación y en su

informe al recurso, ponen de manifiesto una vulneración por la oferta del PPT que es expresa y clara, por lo que la exclusión de tales lotes de la oferta de la recurrente es plenamente válida.

En consecuencia se desestiman ambos recursos y se confirma la validez de los actos recurridos.

Séptimo. Las recurrentes conocían las resoluciones de este Tribunal sobre la validez de los pliegos, conocían también la firmeza de nuestras resoluciones, pues no hubo contra ellas impugnación judicial por aquellas, en fin, eran conscientes de la vinculación a los pliegos que suponía la presentación de sus ofertas y, por tanto, la improcedencia de volver contra ellos con motivo de la impugnación de los actos producidos en el procedimiento de adjudicación.

Puede por tanto concluirse que las recurrentes han actuado con manifiesta mala fe, con el propósito torticero de suspender el procedimiento de adjudicación, pues solicitaron su suspensión y la obtuvieron, con abuso de su derecho al recurso, para perjudicar con ello a los demás licitadores y al órgano de contratación.

Debemos pues declarar su mala fe y temeridad y, en consecuencia, conforme a los artículos 47.5 del TRLCSP y 31.2, teniendo en cuenta de que no se ha cuantificado concretamente el perjuicio producido, imponer a cada una de las recurrentes, la multa por tal conducta en su grado mínimo, es decir en el de 1.000 euros.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. J. P. C., en nombre y representación de ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., y D. A. S. A., en nombre y representación de STRYKER IBERIA, S. L., contra el acuerdo por la que se le excluye del procedimiento de licitación del *“Acuerdo Marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la*

Administración del Estado" (Exp. AM 2017/136), Lotes números 4, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 21, 22, 23, 33, 34, 35 y 37, licitado por Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Entidad Gestor de la Seguridad Social dependiente de la Administración General del Estado.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición de los recursos, por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, por importe de 1.000 euros a la recurrente ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., y otros 1.000 euros a la recurrente STRYKER IBERIA, S. L.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.