



Recurso nº 162/2020

Resolución nº 475/2020

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

En Madrid, a 2 de abril de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por DL. J.S.M., en representación de MEDCOMTECH, S.A. en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Suministro material osteosíntesis clínicas*”, expediente N201901751, en relación con los lotes 5 y 6, convocado por MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MCSS Nº 1, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 16 de enero de 2020, se notificaron los acuerdos de adjudicación de los Lotes 5 y 6 del expediente de licitación N201901751 a la entidad licitadora STRYKER IBERIA, S.L., adoptados por el órgano de contratación, siendo asimismo objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Conforme al informe de valoración, publicado en la Plataforma el 2 de enero de 2020 y ratificado por el Servicio Técnico de Valoración, la entidad STRYKER IBERIA, S.L. presentó la mejor oferta calidad-precio en los LOTES 5 y 6, obteniendo en ambos casos 100 puntos, resultando clasificada en segundo lugar MEDCOMTECH, SA, obteniendo 90,94 y 90,32 puntos respectivamente en cada uno de los citados lotes.

Con carácter previo a la adjudicación, el Órgano de contratación cursó a STRYKER requerimiento de “mejor oferta”, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 17.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y en aplicación del artículo 150 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.



De entre los medios de solvencia técnica exigida, en el apartado 2.b) del ANEXO E del PCAP, figura el siguiente:

B) Descripción de los artículos a suministrar mediante aportación de ficha técnica de todos los elementos a suministrar y relacionados en la tabla del Formulario de Oferta Económica y su elemento ofertado correspondiente, con detalle de fotografías que muestren inequívocamente el artículo y su descripción. En caso de artículos de la misma familia y que la única diferencia entre todos sea el tamaño, será suficiente con la presentación de un solo artículo como ejemplo representativo.

MC Mutual se reserva la posibilidad de solicitar al licitador con la mejor oferta, que aclare algún/os aspectos relativos a los productos ofertados, mediante la presentación de muestras para la verificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas y descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, para lo que le otorgará un plazo de 5 días naturales para su presentación.

Las muestras, de requerirse su presentación, deberán estar en perfecto estado y presentarse correctamente embaladas con el objeto de evitar su pérdida o deterioro. Las muestras presentadas serán sin cargo alguno para Clínica MC Mutual.

El número de cajas presentadas y una breve descripción del contenido de las mismas deberán relacionarse en un documento, en el que se haga constar el número de expediente de licitación, así como los datos de la empresa y de su representante, documento que se presentará junto con las muestras. Las cajas se numerarán con el mismo número que se corresponda con la relación.

Todos los gastos ocasionados en la entrega de muestras serán a cargo del/de la licitador/a.”

El órgano de contratación, amparándose en el apartado e) del artículo 89.1 de la LCSP, que recoge como posible medio de solvencia técnica las muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, contempló en el Pliego la necesidad de aportar en fase de “mejor oferta” la ficha técnica de todos los elementos a suministrar, relacionados tanto en la tabla del Formulario de Oferta Económica como en la cláusula 5ª del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT).



Así, tras la correspondiente revisión técnica de la documentación presentada por STRYKER en acreditación de la solvencia técnica y profesional, además de la verificación del resto de requisitos de capacidad y solvencia, se tuvo por cumplimentado el trámite del artículo 150 de la LCSP, procediendo a la adjudicación de los LOTES 5 y 6 en favor del mencionado licitador.

Segundo. Disconforme con la adjudicación y tras acceder al expediente relativo a ambos lotes en fecha 29 de enero de 2020 a fin de revisar la documentación presentada por STRYKER, la hoy recurrente (MEDCOMTECH, S.A.) interpuso ante el TACRC recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Suministro material osteosíntesis clínicas*”, expediente N201901751, en relación con los lotes 5 y 6.

La parte recurrente solicita la anulación de la adjudicación en los LOTES 5 y 6 de la licitación y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior, con el fin de que se proceda a la exclusión de la adjudicataria STRYKER IBERIA, SL. Fundamenta la exclusión en el incumplimiento por parte de la adjudicataria de la cláusula 5ª del PPT, al no ofrecer la totalidad de artículos previstos con arreglo a los requisitos técnicos exigidos, según las comprobaciones de las fichas y descripciones de productos aportadas por STRYKER como solvencia técnica.

Tercero. El órgano de contratación emite en fecha 11 de febrero de 2020 el informe al que se refiere el artículo 56 de la LCSP, solicitando la estimación del presente recurso.

En este sentido, advierte que, tras haber realizado un segundo examen (el primero tuvo lugar con ocasión de la verificación del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia) de las fichas y documentos de productos aportados por STRYKER, se ha comprobado la falta de disposición de la totalidad de los productos exigidos para esta contratación en los LOTES 5 y 6, cuya discordancia en algunos casos con respecto a los artículos previstos en los pliegos ciertamente pasó desapercibida al órgano de contratación en su primera revisión habiendo sido después, tras las alegaciones esgrimidas por MEDCOMTECH, cuando se han advertido las inconsistencias con la consiguiente falta de acreditación de uno de los requisitos de solvencia técnica exigidos en el apartado 2.b) del ANEXO E del PCAP, cuya existencia debe concurrir, por mandato del artículo 140.4 de la LCSP y también del PCAP en su cláusula 17.1 (advertencia de la página 38), en la fecha final de presentación de ofertas. También supone



la inobservancia del PPT, cuya cláusula 5ª describe las características individuales de cada uno de los productos objetos de suministro.

Cuarto. Conferido por este Tribunal traslado del recurso interpuesto a las otras empresas participantes en la licitación, STRYKER IBERIA, S.L. ha presentado escrito de alegaciones en fecha 20 de febrero de 2020, en el cual se opone e interesa la desestimación del recurso sobre la base de considerar que la recurrente en modo alguno justifica y razona que la técnica, marcas y productos ofertados no respondan al estándar de calidad y sean inferiores pretendiendo, en suma, excluir a toda empresa licitante que no disponga, como producto, de una placa con la denominación plantar, sin reparar en que las placas ofertadas por STRYKER, que la propia recurrente admite que son “placas universales”, sean aptas para las distintas zonas del pie.

Quinto. Con fecha 24 de febrero de 2020, la Secretaría del Tribunal ha acordado mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer de él, al amparo del artículo 45 de la LCSP.

Segundo. La legitimación activa de la entidad recurrente deriva de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, en cuanto concurrió al procedimiento de licitación resultando clasificada en segundo lugar.

Tercero. Los acuerdos de adjudicación son susceptibles de recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 44.2.c) de la LCSP siendo así que se trata de un acto adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato de suministro por importe superior a cien mil euros, conforme al artículo 44.1.a) de la LCSP.

En efecto, de conformidad con el artículo 44 de la LCSP:



“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso previsto en el artículo 44 del texto refundido de la LCSP puesto que, habiéndose notificado el acuerdo de exclusión en fecha 16 de enero, el recurso se interpuso el día 5 de febrero.

Quinto. Respecto a la cuestión de fondo planteada, como ya se ha apuntado, el presente recurso basa la impugnación en el incumplimiento por parte de la adjudicataria de la cláusula 5ª del PPT, al no ofrecer la totalidad de artículos previstos con arreglo a los requisitos técnicos exigidos, según las comprobaciones de las fichas y descripciones de productos aportadas por STRYKER como solvencia técnica. En su virtud, la parte recurrente solicita la anulación de la adjudicación en los LOTES 5 y 6 de la licitación y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior, con el fin de que se proceda a la exclusión de la adjudicataria STRYKER IBERIA, SL.

En este sentido, tal como advierte el propio informe del órgano de contratación, tras la recepción del recurso, se ha vuelto a realizar la pertinente revisión técnica y, si bien es cierto que la mayoría de artículos satisfacen las exigencias del PPT, se han detectado algunos casos en los que no es así.

En particular, con relación al Lote 5 (mano/muñeca), de acuerdo con las características exigidas en la tabla de la cláusula 5ª del PPT, de la documentación aportada por STRYKER se advierten los siguientes incumplimientos:

- 1) Las placas ofrecidas no satisfacen las medidas requeridas de 2.0 MM para los productos nº 1 y 2;
- 2) En cuanto a los artículos nº 89, 90 y 95, respecto de los que el PPT exige un sistema de artrodesis de la mano consistente en un tornillo sobre otro tornillo en angulaciones de 30º



y 45° (configurándose como un sistema de artrodesis útil que permite fijar la articulación con unos grados de flexión), la oferta de STRYKER no incluye dichos artículos y únicamente se describe un tornillo canulado recto que obliga a dejar la artrodesis prácticamente recta y que no responde a las necesidades de la Mutua expuestas en el PPT.

Finalmente, con relación al Lote 6 (pie/tobillo), respecto del que la cláusula 5ª del PPT exigía, entre otros, el producto “41 FLTSV1 PLACA ARTRODESIS PLANTAR LAPIDUS T.1 - 3R”, el citado informe señala expresamente que no se aprecia en la documentación aportada por STRYKER que disponga del artículo indicado disponiendo únicamente de placa dorsal para esta artrodesis.

De este segundo examen de las fichas y documentos de productos aportados por STRYKER (el primero, señala el informe, tuvo lugar con ocasión de la verificación del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia), el órgano de contratación constata la falta de disposición de la totalidad de los productos exigidos para esta contratación en los lotes 5 y 6, lo que determina, en consecuencia, la falta de acreditación de uno de los requisitos de solvencia técnica exigidos en el apartado 2.b) del ANEXO E del PCAP (cuya existencia debe concurrir, por mandato del artículo 140.4 de la LCSP y también del PCAP en su cláusula 17.1 en la fecha final de presentación de ofertas) y, asimismo, la inobservancia del PPT, cuya cláusula 5ª describe las características individuales de cada uno de los productos objeto de suministro.

En este sentido, debe estarse a la cláusula 1.2 del PCAP que, bajo la rúbrica de *“Requerimientos técnicos y personales”* indica expresamente que *“las condiciones específicas de la prestación vendrán detalladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y serán de carácter obligatorio”* y que *“el incumplimiento de las prescripciones establecidas en el presente Pliego y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, tanto en lo relativo a los requerimientos generales como en los requisitos técnicos, supondrá la exclusión de la oferta del proceso de valoración”*.

Así, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 150 de la LCSP y la cláusula 17.2 del PCAP, de no cumplimentarse adecuadamente el trámite de “mejor oferta” se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.



Frente a lo anterior, el escrito de alegaciones de la adjudicataria invoca la cláusula 3ª del PPT, conforme a la cual:

“Las características técnicas de cada producto están definidas en la Cláusula 5ª del presente Pliego mediante un ejemplo de denominación comercial del producto solicitado a efectos meramente orientativos, constituyendo el mismo, no obstante, el estándar de calidad, usabilidad y adecuación a los procedimientos habituales de MC Mutual.

La mención de la equivalencia a un tipo de marca determinada tiene como función ayudar y orientar al licitador en la descripción de las características técnicas de los productos objeto de la licitación. En ningún caso se pretende favorecer o descartar ninguna marca comercial ni ningún producto. El licitador puede optar por otras marcas, siempre que la calidad técnica del producto sea igual o superior”.

En este sentido, señala la adjudicataria que “en esta misma cláusula 3ª, en las páginas 8 y 9 de los PPT, se establecen las características técnicas del material de osteosíntesis de todos los lotes y, entre ellas, las de los correspondientes a los lotes 5 (para mano y muñeca) y del lote 6 (para pie)”, siendo así que “la oferta de la adjudicataria STRYKER IBERIA, S.L., cumple escrupulosamente estas características técnicas que indican los procedimientos habituales que precisa MC MUTUAL”.

Añade, por lo demás, que “en la cláusula 5ª se establecen las especificaciones técnicas de los productos de cada lote. Pero, como explica la cláusula 3ª, las descripciones se hacen con carácter ejemplificativo, empleando denominaciones comerciales, es decir, marcas. Como estos productos tienen unas características concretas y exclusivas de la marca y responden a los métodos y sistemas propios de las casas comerciales respectivas, la cláusula 3ª aclara que tales productos y descripciones tienen un carácter orientador y que, en ningún modo pueden ser excluyentes de otras marcas y productos, siempre que respondan a las funcionalidades y necesidades de los procedimientos que precisa MC MUTUAL, con la misma o superior calidad”.

De acuerdo con ello, considera que las especificaciones o características técnicas establecidas en la cláusula 5ª (con referencia a marcas comerciales y productos específicos) a la luz de la indicación de la cláusula 3ª, tienen mero carácter orientativo, so pena de



considerar que los pliegos estarían favoreciendo o descartando alguna marca comercial o producto, lo que habría afectado a la validez de los propios pliegos.

Afirma, en este sentido, que “los PPT especifican expresamente que el licitador podría optar por otras marcas o productos siempre que la calidad técnica del producto sea igual o superior, siendo lo relevante el estándar de calidad usabilidad y adecuación de las marcas o productos a los procedimientos habituales de MC MUTUAL”.

Considera, en consecuencia, que “redactados los pliegos de prescripciones con la precisión contenida en la cláusula tercera, el recurso estaría atacando la discrecionalidad técnica de la entidad contratante, a la hora de valorar si las marcas y productos ofertados por STRYKER IBERIA, S.L., son conformes al ‘estándar de calidad, usabilidad y adecuación a los procedimientos habituales de MC MUTUAL’ o tienen una ‘calidad técnica igual o superior a la requerida’, para atender precisamente a tales procedimientos, según resulta de la puntuación técnica máxima que obtiene STRYKER IBERIA, S.L. en los informes de valoración”.

Considera la adjudicataria que, en modo alguno, la recurrente justifica y razona que la técnica, marcas y productos de STRYKER IBERIA, S.L. no respondan al estándar de calidad y sean inferiores, pretendiendo, en suma, “excluir a toda empresa licitante que no disponga, como producto, de una placa con la denominación plantar, sin reparar en que las placas ofertadas por STRYKER, que la propia recurrente admite que son “placas universales”, sean aptas para las distintas zonas del pie. La recurrente pretende inducir a error al órgano de contratación insistiendo en las denominaciones, pese a su admisión de que se trata de “placas universales” y, en consecuencia, aplicables a la planta, para la que, además, la entidad contratante solicita una sola placa”.

Pese a las razonadas alegaciones efectuadas por la adjudicataria en su escrito de alegaciones de 20 de febrero de 2020, lo cierto es que el órgano de contratación alude en su informe a la realización de una nueva revisión técnica de las fichas y documentos de productos aportados por STRYKER, de la cual se desprenden incumplimientos e inconsistencias que revelan la inobservancia de los estándares de calidad y de las atribuciones funcionales que se exige con respecto a algunos productos e, incluso, la propia falta de disponibilidad de la totalidad de los productos exigidos para la contratación en los lotes discutidos.



Por ello, resulta acertada la conclusión del informe del órgano en el sentido de que procede la estimación del presente recurso, debiendo anularse la adjudicación de los LOTES 5 y 6 y retrotraerse el procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior, para que se proceda a la exclusión de STRYKER IBERIA, SL.

En efecto, en orden a la tramitación del expediente, la administración contratante se encuentra vinculada por las previsiones recogidas en el pliego y aceptadas por los licitadores en tanto concurren a la licitación y no impugnan el contenido de los documentos que rigen la licitación. Dicho principio general viene recogido en el artículo 139.1 LCSP, conforme al cual:

“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

Recoge dicho artículo el principio jurisprudencial recogido por los tribunales administrativos relativo a que los pliegos aprobados por la administración son la ley del contrato. En tal sentido se ha manifestado reiteradamente el TARC, en resoluciones como la de 29 de junio de 2011 del TACRC, que contiene los siguientes razonamientos: *“En este sentido reiterar que es sobradamente conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo que mantiene reiteradamente que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la Ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores.”*

Así, en el presente caso, con la presentación de sus proposiciones, los licitadores (entre ellos, la adjudicataria) aceptaron incondicionadamente la totalidad de las cláusulas de los pliegos, sin salvedad alguna, que se convirtieron en *lex contractus* con valor vinculante.



En este sentido, el informe cita una interesante resolución dictada por este Tribunal (resolución nº 272/2018, de fecha 23 de marzo de 2018) que guarda similitud con el caso que nos ocupa, al tratarse del cumplimiento de determinados aspectos técnicos y que transcribe parcialmente:

“De conformidad con todo lo expuesto, y no obstante compartir los argumentos jurídicos del recurrente sobre que los pliegos son la ley del contrato, procede la desestimación del recurso, toda vez que ha quedado a juicio de este Tribunal acreditado que, los productos ofertados por la recurrente MEDCOMTECH a los dos lotes a los que licitaba (el 2 y el 6), no cumplen, como ella misma reconoce, con las prescripciones técnicas establecidas en los pliegos, contra los que, en el supuesto de no haber estado de acuerdo por establecer una subdivisión de los lotes que ella considera innecesaria, debió haber en el momento oportuno haber interpuesto el correspondiente recurso especial en materia de contratación, debiendo en todo caso destacarse que por parte del órgano de contratación, de forma pormenorizada y detallada, se ha argumentado la necesidad y conveniencia de que las ofertas fueran presentadas en la forma especificada en los pliegos”.

Por lo demás, baste indicar que el informe técnico está dotado de una presunción de acierto y veracidad, no habiendo probado la adjudicataria que sea manifiestamente erróneo o se haya dictado en clara discriminación de los licitadores.

Debe traerse a colación, en este punto, el principio de discrecionalidad técnica de la Administración en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico, lo que supone que no son controlables desde el punto de vista jurídico, excepto en los casos en que se entienda que la administración ha actuado con discriminación entre el licitadores o ha incurrido en un error patente, falta de justificación del criterio adoptado, criterio arbitrario o desviación de poder, según es pacíficamente aceptado por la doctrina administrativa, lo que entendemos no ha ocurrido en este caso.

En este sentido, cabe citar la Resolución del TACRC nº 598/2015, de 29 de junio:

“A la vista de las anteriores consideraciones, procede que este Tribunal analice cada una de las alegaciones realizadas, siguiendo en todo caso la doctrina constante y reiterada según la cual las conclusiones técnicas alcanzadas por la mesa de contratación no pueden ser objeto de revisión por parte de los Tribunales competentes en materia de contratación pública, salvo



que de las mismas se deduzca algún tipo de arbitrariedad o error material, doctrina manifestada reiteradamente”.

En idéntico sentido, se pronuncian las Resoluciones del TACRC nº 161/2017, de 10 de febrero, y nº 379/2017, de 28 de abril.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el presente recurso interpuesto por DL. J.S.M., en representación de MEDCOMTECH, S.A. en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Suministro material osteosíntesis clínicas*”, expediente N201901751, en relación con los lotes 5 y 6, convocado por MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MCSS Nº 1, anular el acto recurrido y retrotraer el procedimiento al momento anterior al acuerdo de adjudicación, para que se excluya a la actual adjudicataria y se adjudique a quien corresponda.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

NOTA: Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo



que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.