



Recurso nº 128/2021 C.A. Cantabria 4/2021

Resolución nº 505/2021

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

En Madrid, a 30 de abril de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D^a. S.P.D., en representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra el acuerdo de exclusión de los lotes 8 y 42 del contrato de *“suministro de material fungible de artroscopia con destino a los órganos periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud mediante procedimiento abierto”*, referencia AM PA SCS 2019/78, convocado por el Servicio Cántabro de Salud, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Cántabro de Salud anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 17 de febrero de 2020 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 1.870.320 euros y cuyo objeto está dividido en cuarenta y cinco Lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los Pliegos para la tramitación del expediente, y abiertas las ofertas presentadas por los licitadores, se propone la adjudicación de los lotes 8 y 42 a la oferta presentada por la empresa SMITH & NEPHEW, SAU en acta de 16 de septiembre de 2020, y se realiza el requerimiento al que se refiere el artículo 150 LCSP.



Cuarto. El día 22 de octubre de 2020 se recibe escrito de alegaciones por correo electrónico, remitido por la empresa CONMED IBERIA, S.L. en relación a la adjudicación de los lotes nº 8 y 42, en el que se manifiesta que los productos ofertados incumplen las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). Se pone de manifiesto en relación con el lote nº 8 que el material de los tornillos interferenciales no es el previsto en el PPT, de mayor calidad, ni tampoco se ofertan tornillos pequeños con una longitud aproximada de 15 mm. En relación con el lote nº 42, se dice que entre las cánulas de artroscopia de la oferta no hay ninguna de un diámetro de 6mm a la que se refiere el PPT, y que las ofrecidas con un diámetro de 4,5 o 5,5mm no son aptas para ciertas terminales de artroscopia con un diámetro de 7mm, es to es, un 1mm mayor en caso de querer realizar un portal de pequeñas dimensiones.

Quinto. El día 28 de octubre de 2020 se realiza adenda al informe de valoración de la documentación técnica por los servicios técnicos, indicando que este queda rectificado y que los productos ofertados por la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U., para los lotes 8 y 42 no cumplen con lo exigido por el PPT. El día 4 de noviembre de 2020 la Mesa de Contratación da plazo de alegaciones a la mercantil con el fin de presentar las alegaciones oportunas en relación con el incumplimiento del PPT por el producto ofertado.

Las alegaciones de la empresa son recibidas el día 26 de noviembre de 2020, y el día 22 de diciembre de 2020 se ratifica por los técnicos la adenda realizada el día 28 de octubre al informe de valoración.

En atención a dicho informe se acuerda la exclusión de la oferta presentada a los lotes 8 y 42 por la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U., y se propone la adjudicación a la sociedad CONMED IBERIA, S.L. en sesión de la mesa de contratación del día 23 de diciembre de 2020. No consta la notificación del acuerdo de exclusión en el expediente administrativo.

Sexto. El día 1 de febrero de 2021 tiene entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda recurso especial en materia de contratación, presentado por la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra el acuerdo de adjudicación.

Séptimo. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación. Por la secretaria del Tribunal se dio traslado del recurso



interpuesto a las otras licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase alegaciones, habiendo hecho uso de su derecho la empresa adjudicataria, CONMED IBERIA, S.L. que defiende la legalidad del acuerdo de adjudicación.

Octavo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Noveno. Mediante resolución de la Secretaría de este Tribunal de 12 de febrero de 2021, se concedió la suspensión provisional de la ejecución del acto impugnado, hasta su levantamiento por la resolución que resuelva sobre el recurso presentado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 y 57.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Resultan de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)



Tercero. Se impugna el acuerdo de exclusión dictado en el procedimiento para la adjudicación de un contrato de suministros, regulado en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto impugnado son susceptibles de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”.

Quinto. Impugna el recurrente el acuerdo de exclusión de su oferta a los lotes 8 y 42 del contrato de suministro en base a las alegaciones que se resumen a continuación:

Alega el recurrente que el producto ofertado se ajusta a las exigencias del PPT, tal y como se dictaminó en el primer informe técnico que se presentó a la mesa de contratación, de fecha de 3 de agosto de 2020. Que las alegaciones presentadas por CONMED IBERIA, SL motivan que se aporte a la mesa un nuevo informe de 28 de octubre de corrección de la valoración de los lotes 8 y 42. Ahora bien según la literalidad del PPT los productos ofertados se ajustan a sus especificaciones, pues en ellas no se establece unas medidas estándar o patrón, sino que los tornillos (lote 8) y las cánulas (lote 42) quedan afectos a los términos de aproximados o aproximadamente, lo que determina que la exigencia es de que



se acerque el producto a las medidas señaladas en el PPT aunque no coincida con exactitud. Por ello, se concluye que la decisión de la mesa no se ajusta a la dicción de las palabras empleadas en el PPT, y que los productos si se ajustan a lo exigido tal y como se acordó en un primer momento. Se rechaza que no ofrecer una medida de 15 mm en los tornillos, o no presentar una cánula de 6mm de diámetro constituya un incumplimiento.

Se indica que por este motivo el acuerdo de exclusión es nulo, debiendo tomarse por el órgano de contratación el contenido del informe de fecha de 3 de agosto de 2020, pues los pliegos son ley entre las partes, según resolución del TACRC 385/2018, de 12 de diciembre, debiendo interpretarse las cláusulas oscuras de los Pliegos de modo que no favorezca a la parte que ocasiona esa oscuridad (Resolución 1338/2019, de 25 de noviembre del TACRC). También se rechaza que la decisión adoptada goce de la llamada discrecionalidad técnica al no respetar la dicción del Pliego.

Por último, se alega causa de nulidad de pleno derecho, o la anulabilidad, al apartarse el procedimiento de los cauces previstos para la selección de los proveedores de la Administración.

Sexto. Por su parte el órgano de contratación defiende la legalidad de la decisión adoptada, señalando que la argumentación realizada debe ser rechazada de plano, pues tras la rectificación del informe técnico de valoración y el plazo de alegaciones conferido a la empresa SMITH&NEPHEW S.A.U., la exclusión acordada no incurre en ningún vicio de nulidad de pleno derecho o anulabilidad.

Se indica que el recurrente aceptó incondicionalmente los Pliegos con la presentación de su oferta, y que en estos se emplea la expresión “*aproximado*” o “*aproximadamente*” con el fin de evitar la inclusión de unas medidas exactas para los productos que restringieran de manera excesiva la oferta. Ahora bien, se cuestiona que las medidas ofertadas puedan permitir un uso médico adecuado, tal y como concluyeron los técnicos y alegó la empresa CONMED IBERIA, SL en su escrito de 22 de octubre.

En relación con la longitud de los tornillos, donde se exige un tamaño aproximado de 5 a 11 mm, y una longitud de 15 mm a 35, se indica que la longitud ofrecida, de 20 mm, dista enormemente del mínimo exigido como aproximado, lo que impediría la inserción de



tendones pequeños en rodilla al no contar la oferta con tornillos coros de la referida dimensión. La composición del tornillo (PLGA) también difiere de la señalada en el PPT (PLLA-BTCP), teniendo la ofrecida una mayor tasa de degradación y menor dureza, y por ello menor estabilidad.

Por otro lado, en relación con la cánula, se ratifica el incumplimiento del PPT al no presentar una de un diámetro aproximado de 6 mm que se pedía en los Pliegos (8,4mm y 6mm de diámetro) ofreciendo la más cercana con un diámetro de 5,5 mm, lo que no es apto para ciertas terminales de artroscopia en el caso de querer realizar un portal de pequeñas dimensiones, debiendo insertarse la cánula en el hombro.

Por todo ello, se dice que la desviación es ostensible, de un 33,3% en el lote 8 y un 8,33% en el lote 42, por lo que no nos encontramos ante productos aproximados sino diferentes.

Séptimo. Entrando a examinar el fondo del recuso, debemos traer a colación el artículo 157.6 LCSP en el que se indica que *“la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración”* y que incluso el órgano de contratación puede no adjudicar el contrato de acuerdo con la propuesta formulada solo con motivar su decisión. La toma en consideración del artículo indicado es preciso hacerla al inicio de este fundamento, toda vez que el precepto habilita la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten a los Pliegos aun cuando tal circunstancia sea detectada con posterioridad a la valoración técnica de la oferta. Así las cosas, si a la vista expediente remitido con ocasión del presente recurso resulta acreditado que las ofertas presentadas por el recurrente a los Lotes 8 y 42 no se ajustan al PPT, ninguna crítica se puede hacer sobre el momento del expediente en el que el informe técnico fue corregido por los autores del mismo, una vez ya propuesto el adjudicatario, corrección que a la postre ha justificado la exclusión que ahora se impugna. Adoptar la postura contraria daría lugar a validar que resulte adjudicataria una oferta que incumpla lo exigido en los PPT, lo que se erige en una solución contraria a Derecho.

Dicho lo anterior, deben examinarse las cláusulas del PPT de cuya interpretación depende la resolución del recurso interpuesto frente al acuerdo de exclusión, con el fin de determinar si hay o no incumplimiento de sus términos.



El objeto del contrato es la adquisición de material fungible de artroscopia, y en relación con el lote 8, el PPT ubica este lote en el apartado relativo a la “rodilla”, señalando:

LOTE 8: Sistema de fijación LCA y LCP. Fijación tibial biorreabsorbible.

Tornillos interferenciales biorreabsorbibles compuestos de ácido poli-l-láctico (PLLA) y ~ fosfato tri cálcico (BTCP). Tamaños aproximados desde 5 hasta 11 mm. y longitudes de 15mm hasta 35.

Como se puede observar en el apartado se recogen las especificaciones técnicas que deben reunir los tornillos que se suministran en este lote, y se hace evidente que entre estos se deben suministrar tornillos de longitud variable, esto es, tornillos con unos tamaños diferenciados que se extiendan desde los 15 mm hasta los 35 mm.

Ahora bien, si se examina la ficha técnica del tipo de tornillo ofrecido por la recurrente para el lote nº 8, se constata que únicamente se ofrecen tres longitudes de tornillos interferenciales: 20, 25 y 35 mm, y que la composición no es de ácido poli-l-láctico (PLLA), sino PLGA (ácido poli(láctico-co-glicólico). De este modo, queda acreditado que la oferta presentada es, por un lado incompleta, pues entre los tornillos interferenciales ofrecidos no se ha presentado ninguno cuya longitud sea de aproximadamente 15 mm, sin que pueda suplir esta ausencia un tornillo de 20mm de longitud, dado que, una diferencia de 5 mm en este tipo de productos es relevante y trascendental para los fines en los que se emplea. Y, por otro lado, incumple la composición que se exige por el PPT y que fue puesta de manifiesto por CONMED IBERIA, SL. Sobre el incumplimiento de la composición nada dice el recurrente, por lo que debe entenderse que consiente que su oferta no se ajusta en este punto al PPT. La exclusión del lote nº 8 es por ello ajustada a Derecho.

En relación con el lote nº 42, este se ubica dentro del apartado relativo a cánulas para artroscopia. Y, sus especificaciones técnicas son las siguientes:

“LOTE 42: Cánulas para artroscopias. Rígidas

- *Cánulas roscadas transparentes rígidas de aproximadamente 8,4 mm y 6 mm de*

diámetro y 50 mm, 75 mm o 90 mm de longitud".

La diferencia entre los distintos diámetros a ofrecer es, al igual que en lote 8, de apenas milímetros, y en este caso incluso de distancias inferiores, por lo que la posible desviación en el tamaño ofrecido reviste de una mayor intensidad. Por ello, lo que pueda considerarse como aproximado debe entenderse en proporción a las magnitudes de los diámetros que se especifica en el lote. De este modo, una cánula con un diámetro de 5,5 mm, según la ficha técnica que presenta la recurrente que la ofrece, no es aproximada a una cánula de diámetro de 6 mm, al contrario de lo que si puede ocurrir entre una cánula de 8,4mm y 8,5mm. Tales diferencias en las medidas del diámetro de las cánulas son relevantes, si como dice CONMED IBERIA,SL en su escrito de alegaciones, la cánula que se ofrece no tiene un tamaño en el que pueda ser utilizado un terminal de artroscopia para la práctica de una incisión o portal de pequeñas dimensiones en una artroscopia el hombro.

Nuevamente, el recurrente se esfuerza en ajustar su oferta a la literalidad de las medidas que son especificadas con carácter aproximado en el PPT, obviando, como ya se ha dicho, que en productos de dimensiones milimétricas la desviación apuntada de un 8,33% no es irrelevante, sino que implica dificultades técnicas en su uso, y no se ha realizado ninguna consideración sobre la habilidad de la cánula ofrecida para su adecuado empleo el fin al que se destina por el órgano de contratación, que al fin y al cabo es la necesidad a la que está llamada a satisfacer el contrato que se licita. Por ello también debe desestimarse la impugnación realizada de la exclusión del lote nº 42.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. S.P.D., en representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra el acuerdo de exclusión de los lotes 8 y 42 del contrato de *"suministro de material fungible de artroscopia con destino a los órganos periféricos de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud mediante*



procedimiento abierto", referencia AM PA SCS 2019/78, convocado por el Servicio Cántabro de Salud, de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Segundo. Levantar la suspensión de los lotes 8 y 42 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 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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 10.1. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.