



Recurso nº 435/2014 C.A. Galicia nº 057/2014

Resolución nº 519/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 4 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D^a A.S.A., en representación de STRYKER IBERIA, S.L, frente al acuerdo de exclusión, en relación con el Lote nº 5, del contrato de “Suministro sucesivo de prótesis de cadera y de rodilla para los Hospitales dependientes de la Estructura de Gestión Integrada de Pontevedra y O Salnés” (expediente MS-EIP1-13-020) convocado por el Servicio Gallego de Salud, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Gallego de Salud convocó, mediante anuncios publicados en el DOUE y en el BOE los días 25 de octubre de 2013 y 9 de noviembre de 2013 respectivamente, licitación para la contratación del “Suministro sucesivo de prótesis de cadera y de rodilla para los Hospitales de la Estructura de la Gestión Integrada de Pontevedra y O Salnés”, mediante acuerdo marco, con un único empresario utilizando el procedimiento abierto y con tramitación ordinaria del expediente de contratación, con un valor estimado de 2.627.632,24 euros y dividido en 7 lotes.

La citada convocatoria fue, asimismo, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad de Galicia con fecha 6 de noviembre de 2013.

A dicha licitación, en sus Lotes 2 y 5, concurrió, entre otras, la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, en el Reglamento General de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y demás normas de desarrollo.

Tercero. Previos los trámites legales oportunos, la Mesa de Contratación, en su reunión de 25 de abril de 2014, a la vista del informe técnico emitido (criterios no automáticos) acuerda la exclusión del procedimiento de contratación de la oferta presentada por STRYKER IBERIA, al no cumplirse las prescripciones técnicas requeridas para los Lotes 2 y 5. Se emite notificación de la referida resolución el día 30 de abril de 2014, como alega la ahora recurrente.

Cuarto. Previo anuncio pertinente, la empresa, “STRYKER IBERIA, S.L.” interpuso ante el órgano de contratación, con fecha 20 de mayo de 2014, recurso especial en materia de contratación contra la resolución de exclusión, objeto del recurso que nos ocupa.

Quinto. El día 29 de mayo 2014 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso interpuesto, acompañado del informe al que se refiere el artículo 46.2 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 9 de junio de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen.

La entidad “GALLEGA DE SUMINISTROS, S.A.” haciendo uso del trámite concedido, presenta con fecha 20 de junio de 2014 las alegaciones que a su derecho estima pertinentes.

Séptimo. El día 13 de junio de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución acordando la concesión de la medida cautelar de suspensión derivada de la interposición del recurso respecto del Lote nº 5, defiriendo su levantamiento a la decisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia el 7 de noviembre de 2013 (publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013).

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello (artículo 42 TRLCSP), pues la entidad recurrente ha concurrido a la licitación. Ostenta, por ello, un interés legítimo al impugnar la resolución de exclusión.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 40.1.a) y 15 del TRLCSP.

El acto objeto de recurso, la exclusión del procedimiento de contratación, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.2 b) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2 TRLCSP, esto es, en el plazo de quince días hábiles desde la notificación de la resolución de adjudicación.

Quinto. Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 TRLCSP.

Sexto. Entrando en el fondo de la cuestión, considera el recurrente cumple las prescripciones técnicas en lo que al Lote número 5 afecta, no así la empresa “GALLEGA DE SUMINISTROS, S.A.”, solicitando se declara la nulidad del acuerdo de exclusión de “STRYKER IBERIA, S.L.”, en relación con el Lote nº 5, y se dicte acuerdo de exclusión de “GALLEGA DE SUMINISTROS, S.A”.

Séptimo. Ante todo y con carácter previo y dado el carácter cuanto menos “complejo” del suplico de contrario deducido, procede se concrete el objeto del recurso para así delimitar el análisis que compete a este Tribunal.

Pues bien, como se ha expuesto, es objeto del mismo el acuerdo de exclusión de la empresa “STRYKER IBERIA, S.L.”, adoptado por la mesa de contratación en su reunión de 25 de abril de 2014 referido al expediente MS-EIP1-13-020 y en relación con los Lotes 2 y 5.

No obstante, se aprecia cierta asimetría entre el objeto y el suplico del recurso que nos ocupa.

Así, “STRYKER IBERIA, S.L.” recurre el acto en cuya virtud se le excluye por incumplimiento de las prescripciones técnicas de la oferta en lo que a dos Lotes se refiere.

Ahora bien, muestra sólo su disconformidad con la exclusión referida al Lote 5 y consecuentemente, se aviene en lo que a la exclusión referida al Lote 2 afecta.

Por tanto, este Tribunal se ceñirá al análisis de las alegaciones referidas al Lote 5 y la distinta consideración en cuanto al cumplimiento de las especificaciones técnicas se refiere.

Seguidamente, se opone también la recurrente a la admisión de la oferta de otra licitadora -pretendiendo su exclusión- (propuesta como adjudicataria del Lote nº 5), “GALLEGA DE SUMINISTROS, S.A”, con base en un presunto incumplimiento del PPT, en concreto, del requisito referido al lote 5.1 (componente femoral) “cóndilo femoral de radio variable equivalente a radio único”, cuestión ésta negada tanto por el órgano de contratación como por la propia empresa en sus alegaciones. No obstante, en cuanto que se trata de un acto de trámite no cualificado, tal y como hemos señalado en otras resoluciones (entre otras, Resoluciones 57/2014, 106/2014, 141/2014, 265/2014 o 275/2014), procede al inadmisión del acto objeto de impugnación.

En consecuencia, delimitamos así el objeto del recurso a la conformidad o no del acuerdo de exclusión de la empresa recurrente en cuanto al Lote 5, disconformidad que el recurrente pretende se manifieste mediante una declaración de nulidad sin que, no obstante, invoque o aluda a motivo de nulidad legalmente previsto.

Octavo. Pues bien, a la vista de la pretensión de contrario deducida y su fundamentación, debe tomarse en consideración, con carácter previo, la doctrina de este Tribunal acerca de la denominada “discrecionalidad técnica” que asiste a la Administración en lo que a la valoración de los requisitos técnicos afecta.

En este sentido, procede traer a colación la resolución de este Tribunal, dictada en el expediente 168/2013, de 8 de mayo, en la que afirmamos lo siguiente:

“Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por este tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de esta valoración.”

Esta doctrina se contiene también, entre otras muchas, en la Sentencia del T.S.J de las Islas Canarias de 14 de enero de 2008, que por resultar especialmente ilustrativa en cuanto a la aludida doctrina sobre la discrecionalidad técnica, resulta oportuna su mención, afirmando cuanto sigue:

“Esta discrecionalidad de las Comisiones de valoración es intangible frente a los Tribunales de Justicia en cuanto se refiere al núcleo de la discrecionalidad, es decir, el criterio puramente técnico del órgano de valoración, pero admisible en relación a lo que la sentencia del tribunal Constitucional número 40/1999, denominó los “aledaños” del núcleo material de la decisión técnica, en alusión a la posibilidad de apreciar una actuación arbitraria o ausente de criterio objetivo (en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 1991, 2 de marzo de 1998, y del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999 y 10 de marzo de 1999). En definitiva, la demandante pretende una valoración que atienda casi exclusivamente a los aspectos que a ella le interesan y obvió

de todo punto los aspectos en los que su oferta se vio superada, realizando, en consecuencia, una valoración subjetiva sin apoyatura en pericial alguna, que no tiene entidad suficiente para desvirtuar la valoración efectuada por los técnicos de informática de la administración”.

Noveno. Expuesto cuanto antecede y a la vista del recurso interpuesto, en la medida en que las alegaciones del recurrente no versan sobre la corrección técnica de la propia valoración sino que se refieren o afectan al cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas, por lo que entiende debió no ser excluida de la licitación, entrará el Tribunal a examinar la cuestión suscitada.

Décimo. Para el análisis de la referida cuestión, procede se tome en consideración las previsiones del Pliego cuyo cumplimiento se invoca de contrario.

Ante todo y con carácter previo, destacar que, como hemos declarado en una multitud de resoluciones (entre otras, la resolución 270/2013) los pliegos que elabora la Administración y que acepta expresamente el licitador al hacer su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan, según reiterada y constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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, y por tanto, la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en aquéllos. Respecto a estos últimos supone que, a menos que previamente los impugnen, si deciden licitar voluntariamente deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos.

La mención al pliego de cláusulas administrativas particulares se extiende al pliego de prescripciones técnicas, como ha afirmado este Tribunal en reiteradas ocasiones, como en la Resolución 47/2011 de 19 de enero (cuando se afirma que: *“es indudable que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación tienen en ésta valor de ley, aunque no debe olvidarse la obligatoriedad de que en él se observen tanto las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público como de la legislación complementaria y de desarrollo de la misma. El artículo 129 –actual artículo 145.1 TRLCSP- de la mencionada Ley recoge la primera de las cuestiones indicadas, al decir*

que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones , sin salvedad o reserva alguna”.

En consecuencia, no cabe dudar de que las causas de exclusión previstas en el pliego son de aplicación obligatoria para los órganos de contratación, pero de ello no debe extraerse la conclusión de que fuera de ellas no existe ninguna otra que pueda o deba tomarse en consideración. En particular, todos aquellos supuestos que impliquen falta de cumplimiento de las disposiciones que rigen la contratación pública y el contenido de las mismas, deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta hecha por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos tanto por el pliego de cláusulas administrativas particulares como por el de prescripciones técnicas o por la normativa que rige las licitaciones.

A este respecto, debe ponerse de manifiesto que, si bien el artículo 145.1 del TRLCSP se refiere tan sólo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, no debe circunscribirse al contenido de éstos la exigencia de que se ajusten a ellos las proposiciones. Por el contrario, de la presunción de que las proposiciones implican la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

De acuerdo con lo expuesto, hemos de analizar lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en concreto, las prescripciones cuyo cumplimiento se cuestiona) junto con la valoración contenida en el correspondiente informe técnico, con el fin de dilucidar si la proposición realizada por el recurrente cumple con el mismo y todo ello en relación con el Lote nº 5.

Con carácter previo, el apartado 11 del cuadro de las denominadas, en este caso, “hojas de especificaciones” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), prevé como criterios de adjudicación los siguientes:

“11.1.1 CRITERIOS NO VALORABLES DE FORMA AUTOMÁTICA (SOBRE B):

1.- *Calidad Técnica:*

- a) *Diseño del implante.*
- b) *Características de la instrumentación.*

2.- *Otros ítems:*

- a) *Consumibles y accesorios.*
- b) *Otros materiales sin cargo.*

11.1.2. *CRITERIOS VALORABLES DE FORMA AUTOMÁTICA
(SOBRE C)*

4.- *Oferta económica*

5.- *Plazo de entrega*

(...)"

Expuesto lo anterior, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) prevé, en lo que al presente nos interesa, cuanto sigue:

*"Lote 5: PRÓTESIS TOTAL DE RODILLA CONDILAR CON PLATAFORMA FIJA
(...)*

5.2 COMPONENTE TIBIAL:

Componente tibial de Cromo-Cobalto (Cr-Co), cementado con anclaje estable tipo quilla o similar y con compatibilidad rotatoria.

Disponibilidad de material antialérgico.

Disponibilidad de 9 tallas totalmente intercambiables con cualquiera tamaño de componente femoral".

Pues bien, atendiendo al informe técnico de las ofertas presentadas en el procedimiento abierto de acuerdo marco objeto del presente, y en lo que al Lote 5 afecta , entre otros acuerdos, propone la exclusión de la oferta presentada por la ahora recurrente y ello, tal y como literalmente se expresa: *por incumplimiento del PPT en su apartado 5.2 COMPONENTE TIBIAL, ya que se exige un mínimo de 9 de tallas totalmente intercambiables con cualquier tamaño de componente femoral la empresa sólo dispone de 8 tamaños.*

Motivo que fundamenta el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación y que es objeto del recurso.

Frente a tal argumentación, entiende la parte actora, cumple las especificaciones técnicas alegando en el escrito de recurso que *“la propuesta de STRYKER IBÉRICA, S.L, cumple sobradamente el pliego de prescripciones técnicas en cuanto al lote 5, dado que la oferta comprende dos tibias del sistema Triathlon primaria y universal, lo que suponía 16 tibiales o tallas distintos, superando sobradamente el requisito de las 9 tallas establecido en el pliego de prescripciones técnicas, puesto que efectivamente supone la existencia de 16 tallajes que permiten adaptarse a todo tipo de pacientes”*.

No obstante lo expuesto por la empresa recurrente, es lo cierto que, tal y como a juicio de este Tribunal, acertadamente entiende el órgano de contratación, con fundamento en el informe técnico pertinente, de la oferta presentada por la parte recurrente se desprende el incumplimiento por la misma de las especificaciones técnicas correspondientes al punto 5.2 ya referidas anteriormente.

Así, en la descripción técnica se hace referencia a que el número de tallas es de 8 (de la 1 a la 8) contraviniendo en consecuencia, el PPT en su apartado 5.2 relativo al Lote 5 y, concretamente, al Componente Tibial. Lo que puede variar es el diseño del componente tibial, pero no el número de tallas. Prueba de la falta de fundamentación de la alegación de la parte actora es que no consta en la oferta, referencias de tallaje con los números 9, 10, 11, etc.

En consecuencia, queda acreditado el incumplimiento del PPT por la empresa recurrente, siendo ajustado a derecho el acuerdo de exclusión objeto del presente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a A.S.A., en representación de la empresa “STRYKER IBERIA, S.L.”, contra la resolución de exclusión de la ahora recurrente confirmando la misma, e inadmitirlo respecto de la admisión de la oferta de la empresa “GALLEGA SUMINISTROS, S.A.”, del contrato de “Suministro sucesivo de

prótesis de cadera y rodilla para los Hospitales de la Estructura de Gestión Integrada de Pontevedra y O Salnés” (Lote 5).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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.