



Recurso nº 477/2014 C.A. La Rioja 009/2014

Resolución nº 533/2014

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

En Madrid, a 11 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. C. T. en representación de la mercantil ZIMMER, S.A., contra la resolución del órgano de contratación de la Fundación Hospital Calahorra por la que se adjudica el contrato de "Suministro de prótesis de rodilla", expediente núm. SPO 02/2014, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 17 de febrero de 2014, se anunció en el Boletín Oficial del Estado la solicitud pública de ofertas 02/2014 para la contratación del "Suministro de prótesis de rodilla" para Fundación Hospital Calahorra, integrada en la Administración de la Comunidad Autónoma de la Rioja, por el procedimiento abierto y un valor estimado de 596.844,31 euros

Segundo. Tras los trámites correspondientes, y la propuesta de valoración de Mesa de Contratación de 6 de mayo de 2014, el órgano de contratación de la Fundación Hospital Calahorra, declaró con fecha 20 de mayo de 2014 que la oferta de EXACTECH IBÉRICA, S.L.U. (EXACTECH, en adelante) es la económicamente más ventajosa,

Tercero. Mediante escrito fechado el 11 de junio de 2014, la mercantil ZIMMER, S.A. (ZIMMER o la recurrente, en adelante) presentó anuncio de recurso especial en materia de contratación administrativa, con entrada en el registro de la Fundación Hospital Calahorra el día 11 de junio de 2014, contra la resolución citada en el antecedente precedente. Posteriormente, mediante escrito fechado el 17 de junio de 2014, la mercantil ZIMMER presentó recurso especial en materia de contratación administrativa, con entrada en el registro de este Tribunal el día 18 de junio de 2014, contra la misma

resolución, solicitando asimismo la suspensión del procedimiento de formalización del contrato adjudicado a su amparo.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La empresa EXACTECH, adjudicataria del contrato, ha formulado alegaciones.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 27 de junio de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer de este recurso por tratarse de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, licitado por un poder adjudicador, la Fundación Hospital de Calahorra, integrada en la Administración de la Comunidad Autónoma de la Rioja, de acuerdo con el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de La Rioja el 30 de julio de 2012 y publicado en el BOE el día 18 de agosto.

Segundo. La empresa recurrente está legitimada por haber participado en la licitación del contrato, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto de adjudicación es un actor recurrible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma, de acuerdo con las exigencias del artículo 44 TRLCSP.

Quinto. La empresa recurrente impugna el acto de adjudicación del contrato por dos tipos de razones: en primer lugar, considera que la empresa que ha resultado

adjudicataria debió ser excluida del contrato por no cumplir su oferta las prescripciones técnicas de la licitación. Subsidiariamente, considera que la puntuación otorgada a su oferta técnica es inferior a la que le corresponde, y que tampoco es correcta la atribuida a la adjudicataria.

Pues bien, por lo que se refiere a la primera cuestión, en el recurso se afirma que la empresa EXACTECH, ha incumplido las prescripciones técnicas. Se fundamenta en que en el Anexo I Prescripciones Técnicas, apartado 2 Características técnicas de "Prótesis de Rodilla", los productos ofertados en el número de orden 4 "Guías personalizadas con TAC o con RM" debían de cumplir las siguientes características técnicas mínimas: 4.1 guías personalizadas con TAC y/o con TAC para las prótesis de rodilla primarias y unicodilares. Recuerda que, según el pliego, *"las ofertas que no cumplan las especificaciones técnicas propuestas serán excluidas"*.

A continuación, la empresa recurrente concreta las diferencias que existen entre el uso de las guías personalizadas y la técnica del navegador.

Frente a esta argumentación se explica en el informe del órgano de contratación que la Fundación ha escogido el sistema de la empresa adjudicataria porque *"incluye un sistema que evita la necesidad de realizar un TAC o Resonancia Magnética, con el consiguiente beneficio desde el punto de vista asistencial para el paciente y económico para Fundación Hospital Calahorra y, en todo caso, este Órgano de Contratación considera que se han observado los requisitos contenidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la citada SPO 02/2014, de acuerdo con lo que seguidamente se detalla"*.

Se sigue afirmando en el informe del órgano de contratación que *"en el punto 3 del Anexo 1 de Prescripciones Técnicas (página 17 del pliego) de la SPO 02/2014 se indica que **"Las características técnicas descritas se entiende que son mínimas. Se aceptarán como válida cualquier proposición técnica que iguale o supere las prestaciones indicadas, siempre que no supere el precio unitario máximo indicado para cada artículo"**. A este respecto, es preciso indicar que la oferta presentada por Exactech Ibérica, S.L.U. detalla un sistema de navegación, denominado "Exactech GPS" (Guided Personalized Surgery), de cirugía guiada y personalizada. Se trata de un sistema diseñado para conseguir los objetivos de precisión y reproductividad que persigue la*

*artroscopia total de rodilla. Algunas de las características de este sistema son las dos indicadas a continuación: en primer lugar, que está basado en un sistema informático diseñado para ofrecer una visualización rápida y precisa en el campo estéril y, en segundo lugar, que ocupa un espacio mínimo en quirófano. La pantalla táctil de la que dicho sistema está acompañada pone al alcance de la mano del facultativo que realiza la intervención la verificación de los puntos de referencia anatómicos y el sistema ayuda al cirujano a localizar puntos clave de referencia anatómica, al tiempo que alinea el implante total de rodilla a partir de esas referencias, por lo que el producto ofertado por Exactech Ibérica, S.L.U. cumple con los requisitos de adaptación tanto a los requerimientos de la cirugía a practicar como de las indicaciones que afectan al paciente. **Dicho sistema permite, además, la artroplastia de rodilla, evitando la necesidad de realizar un TAC o RM, con el consiguiente beneficio desde el punto de vista asistencial para el paciente y económico para Fundación Hospital Calahorra**".*

Sexto. Pues bien, este Tribunal no está constituido por peritos en la materia por lo que solo puede analizar el criterio técnico seguido por el órgano de contratación, como ha dicho en muchas ocasiones, desde la perspectiva de la corrección de su motivación y la ausencia de arbitrariedad.

En este caso, el propio órgano de contratación explica que las razones de la no exclusión de la oferta de la empresa adjudicataria se deben a que entiende que supone una mejora, por las razones expresadas, a la técnica de implantación de prótesis con guías TAC o RM. Por su parte, tanto en el expediente como en sus alegaciones, la empresa adjudicataria afirma que la técnica que ofrece no es la de guías TAC o RM sino la del navegador. En las alegaciones afirma que:

Segunda: "Guías personalizadas con TAC o con RM".

Entiende el recurrente que es un requisito imprescindible de las prótesis con arreglo al Pliego de Prescripciones Generales y Técnicas contar con las referidas guías y que, dado que el sistema de EXACTECH no las utiliza, eso debería haber dado lugar a su exclusión del procedimiento de contratación.

Es evidente que dicho criterio no es compartido por la Mesa de Contratación que, al interpretar el pliego, no acordó la exclusión de EXACTECH sin que, por cierto, la recurrente ZIMMER alegara nada al respecto hasta que no tuvo conocimiento de que era precisamente EXACTECH la adjudicataria.

Interpretar el pliego como pretende la recurrente, esto es, en el sentido de excluir a todos los licitadores que no utilicen un determinado sistema que incluya guías personalizadas con TAC o con RM, esto es, el sistema que en concreto utiliza ZIMMER, lo haría incurrir en causa manifiesta de nulidad por cuanto que impondría las características técnicas específicas de un determinado fabricante, impidiendo, en consecuencia, a otros fabricantes el acceso en condiciones de igualdad y dando origen a un trato discriminatorio de las empresas licitadoras, con flagrante vulneración, no ya de lo dispuesto en los artículos 117.2 y 139 del TRLCSP, sino de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores reconocidos en el propio art. 1 del citado texto legal, como manifestación específica, todo ello, en el ámbito de la contratación administrativa, del artículo 14 de la Constitución.

Séptimo. Sin embargo, la mención a las guías se encuentra presente a lo largo de todo pliego de prescripciones técnicas, no solo en el punto alegado por la recurrente sino también a la hora de valorar ofertas económicas, o al establecer criterios técnicos (cláusulas 2.2, 16 y anexo I relativo a las prescripciones técnicas). En todas ellas aparece la expresión “guías personalizadas con TAC o RM”. Es doctrina reiterada de este Tribunal que *“los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho”* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), *“con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto”* (Resolución 502/2013, de 14 de noviembre), siendo así que, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, *“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 el mismo

sentido, Resoluciones 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, ó 172/11, de 29 de junio, entre otras muchas). Pues bien, dado que el pliego, en este caso de prescripciones, es la Ley del contrato, parece que éste estaba configurado a favor de la solución técnica de implantación de prótesis con guías TAC o RM y no con un sistema de navegación como el ofrecido por la empresa adjudicataria. No corresponde a este Tribunal valorar la oportunidad de esta configuración, ni si esta solución técnica si es mejor o peor que la otra. Lo único que aquí se puede concluir es que la oferta de la empresa adjudicataria no se adapta a los requisitos del pliego, que no ha sido impugnado; por otra parte, no aprecia el Tribunal que se acrediten en el recurso los vicios que se alegan sobre la invalidez del pliego por la afirmación, no probada de que sea sólo la empresa ZIMMER la que fabrica este tipo de colocación de prótesis.

La cláusula del pliego alegada por el órgano de contratación, ya citada, según la cual cumpliéndose con un mínimo, las ofertas pueden ser mejoradas, es contradictoria con la propia estructura del pliego que cita constantemente el sistema de colocación de las prótesis a través de las guías RM o TAC. Por otra parte, no se comprende, aunque ésta puede ser una limitación técnica de este Tribunal, que, sin ofrecer esta opción la oferta de la empresa adjudicataria fuera valorada tanto técnica como económicamente.

Por lo tanto la solicitud formulada por la empresa ZIMMER de que se excluya la empresa adjudicataria debe ser estimada.

En consecuencia, procede la anulación la resolución del órgano de contratación de la Fundación Hospital Calahorra por la que se adjudica el contrato de referencia, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior de valoración de las ofertas en el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos exigibles, al objeto de que se proceda a excluir del procedimiento, por incumplimiento del PPT, a la empresa EXACTEC, y se adjudique el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Resuelto así el recurso no es preciso entrar a analizar la comparación entre la puntuación atribuida a la empresa recurrente y a la adjudicataria.

Finalmente, debe recordarse que, como hemos destacado en reiteradas ocasiones (valga por todas la Resolución 62/2012, de 29 de febrero), este Tribunal tiene exclusivamente

una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, de forma específica, el artículo 45.2 del TRLCSP. Por tanto, de apreciar la concurrencia de los tales vicios, sólo cabe proceder a la anulación del acto impugnado, ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en el que el vicio se produjo, sin que, en ningún caso (so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical, ex artículo 62.1.b) LRJPAC) pueda el Tribunal sustituir la competencia propia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación.

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 recurso interpuesto por D. A. C. T., en representación de la mercantil ZIMMER, S.A., contra la resolución del órgano de contratación de la Fundación Hospital Calahorra por la que se adjudica el "Suministro de prótesis de rodilla", expediente núm. SPO 02/2014, anulando la resolución de adjudicación dictada y debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior de valoración de las ofertas en el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos exigibles.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del 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 La Rioja, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1 998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.