

Recurso 6/2017**Resolución 23/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 3 de febrero de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **STRYKER IBERIA, S.L.** contra la resolución, de 2 de diciembre de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otras, las agrupaciones de lotes 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares SU.PC.SANI.04.06 (rodilla) para los centros sanitarios que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de la provincia de Cádiz” (Expte. 144/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 15 de abril de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 30 de abril de 2016 en el Boletín Oficial del Estado nº 104.



El valor estimado del contrato asciende a 4.807.153,65 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, el 2 de diciembre de 2016 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato.

La citada resolución fue remitida a los licitadores y publicada en el perfil de contratante el 13 de diciembre de 2016.

CUARTO. El 4 de enero de 2017, la entidad STRYKER IBERIA, S.L. (STRYKER, en adelante) presentó en el Registro del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, recurso especial en materia de contratación contra la resolución citada en el antecedente previo, en lo que se refiere a la adjudicación de las agrupaciones de lotes 1 y 2 del contrato.

QUINTO. El 13 de enero de 2017 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado del recurso interpuesto, así como del expediente de contratación, informe sobre el recurso, alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión instada por la recurrente y listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.



SEXTO. El 24 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en el plazo concedido las entidades ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. (ZIMMER BIOMET, en adelante) y JOHNSON & JOHNSON, S.A. (JOHNSON, en adelante).

SÉPTIMO. El 27 de enero de 2017, este Tribunal comunico a la entidad recurrente que, mediante Resolución de 19 de enero de 2017, se acordó, con ocasión de otro recurso especial interpuesto contra el mismo acto aquí impugnado, el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto de las agrupaciones 1 y 2 del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El escrito de impugnación se deduce frente a la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. En



consecuencia, procede el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“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”*

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 13 de diciembre de 2016, presentándose el recurso el 4 de enero de 2017 en el registro del órgano de contratación, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Una vez examinados los requisitos de admisión del recurso, hemos de entrar en el examen de sus motivos que se ciñen a la adjudicación de las agrupaciones de lotes 1 y 2 a las entidades ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. y JOHNSON & JOHNSON, S.A., respectivamente.

Comenzamos con el examen del recurso respecto a la adjudicación de la agrupación 1. La recurrente insta la anulación de la adjudicación respecto de esta agrupación, a fin de que se revoque la exclusión de su oferta y se acuerde la exclusión de la proposición adjudicataria. Funda su pretensión en dos motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En primer lugar, esgrime que su oferta ha resultado indebidamente excluida de la agrupación 1 por considerar la comisión técnica que no había presentado datos de estar inscrita en ningún Registro. A su juicio, esta apreciación es incorrecta al haber aportado un documento-resumen con datos sobre el seguimiento de la prótesis TRIATHLON PKR correspondientes al Registro Sueco de Artroplastia de Rodilla. Por tanto, estima que, al constar el seguimiento de esta prótesis en el Registro durante diez años, el órgano de



contratación debió haberla tomado en consideración para realizar una ponderación comparativa con la oferta de la adjudicataria, de ahí que inste la anulación de la adjudicación con revocación de la exclusión de su oferta para que la misma sea valorada técnicamente.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación aduciendo que en ninguno de los documentos aportados por la recurrente en la licitación se menciona la prótesis ofertada (TRIATHLON PKR prótesis parcial de rodilla), que es diferente a la prótesis TRIATHLON la cual sí viene recogida en aquellos documentos y se refiere a una prótesis total de rodilla.

En tal sentido, manifiesta que STRYKER acompaña al recurso un documento que no presentó en la licitación, referido a una página del informe anual de 2012 del Registro sueco de artroplastia en el que figuran, entre otros datos, que en 2011 se implantaron 25 prótesis de la marca TRIATHLON PKR, dato que, a juicio del órgano de contratación, tampoco es indicador de la calidad técnico científica de la prótesis pues no puede conocerse su tasa de revisión, de ahí que considere que la valoración de la comisión técnica fue correcta.

Expuestas las alegaciones de las partes procede examinar ahora si la oferta de STRYKER en la agrupación 1 -compuesta por los lotes 1, 2 y 3- debió o no ser excluida de la licitación, al no alcanzar el umbral mínimo de puntuación establecido para el subcriterio de adjudicación *«calidad científico técnica acreditada por Registros Nacionales de Artroplastia»* dentro del criterio de evaluación no automática *«valoración funcional»*.

El citado subcriterio viene recogido en el Anexo A al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) y está ponderado para la agrupación 1 con un máximo de 20 puntos, siendo 6 el umbral mínimo de puntuación. Su tenor literal es el siguiente: *«Se valorará cada oferta conforme a la presentación de un certificado en el que se compruebe estar inscrito en al menos uno de los Registros de Artroplastia de los siguientes países: Suecia, Dinamarca,*



Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Inglaterra y Gales, que acredite el número de años de seguimiento del producto ofertado con una tasa de revisión inferior al 1%. Se valorará comparativamente cada una de las ofertas presentadas, otorgando la mayor puntuación a la oferta que presente documentación que acredite un seguimiento durante un mayor número de años, con un máximo de 10 años y un menor índice de incidencias.

3.4.1. Ponderación para agrupaciones 1 y 3

Ponderación de 0 a 20 puntos.

UMBRAL MÍNIMO: 6 PUNTOS. Si la puntuación obtenida por una oferta en este criterio de adjudicación es inferior al umbral mínimo, dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.»

En el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al único criterio de evaluación no automática, se indica lo siguiente respecto a la oferta de STRYKER en el subcriterio citado: *«presenta para esta agrupación 1 (denominación técnica: rodilla unicondilar cementada) la prótesis TRIATHLON PKR. Examinada toda la documentación presentada por la mercantil, resulta que en su declaración no presenta datos de Registro alguno para la rodilla unicondilar cementada ofertada, por lo que tal criterio no puede valorarse.»*

Tal motivación implicó que la oferta de la recurrente no alcanzase el umbral mínimo de 6 puntos previsto para el subcriterio, quedando excluida del proceso selectivo de conformidad con lo previsto en el pliego.

Frente a tal exclusión, STRYKER alega en su escrito de recurso que aportó datos sobre el seguimiento de la prótesis TRIATHLON PKR correspondientes al Registro Sueco de Artroplastia de Rodilla y que el órgano de contratación debió tomar en consideración su oferta para realizar una ponderación comparativa con la oferta adjudicataria.

No obstante, como señala el informe al recurso, la recurrente ofertó, según consta en el Anexo II-A por ella cumplimentado, la prótesis TRIATHLON PKR,



(prótesis parcial de rodilla), mientras que los documentos presentados en la licitación se refieren en general a la prótesis TRIATHLON (prótesis total de rodilla). Asimismo, como se indica en el informe al recurso, la referencia concreta a la prótesis ofertada (TRIATHLON PKR) se contiene en un documento que se adjunta ahora al recurso pero que no se incluyó en la licitación, por lo que no pudo ser en su momento valorado. De todos modos, como señala el órgano de contratación, tal documento referido a las prótesis implantadas en 2011 tampoco arroja datos sobre la tasa de revisión que es el elemento a valorar en el subcriterio examinado.

En definitiva, pues, los argumentos esgrimidos en el recurso no desvirtúan el criterio adoptado por la comisión técnica al examinar la oferta recurrente en la agrupación 1.

Procede, pues, la desestimación del motivo examinado.

SEXTO. En un segundo alegato, STRYKER manifiesta que la oferta de ZIMMER BIOMET (empresa adjudicataria de la agrupación 1) ha vulnerado la exigencia establecida en el PCAP para el subcriterio ya expuesto en el anterior fundamento, relativa a que el producto ofertado presente una tasa de revisión inferior al 1%.

Alega que la prótesis de ZIMMER BIOMET, según el informe técnico, presenta una tasa de revisión del 12,42% a los diez años de seguimiento, tasa que, distribuida entre esos diez años, supone un porcentaje anual del 1,242%, superior por tanto al 1% previsto como máximo en el pliego. A su juicio, la comisión técnica no puede inaplicar este requisito de los pliegos, excusando su cumplimiento a la oferta adjudicataria por apreciar que el índice de incidencias de las rodillas unicongilares cementadas es superior al de otras prótesis primarias.



Como consecuencia de lo anterior, la recurrente alega que la oferta adjudicataria debió haberse excluido o, al menos, debió someterse a una ponderación comparativa con la suya que fue indebidamente excluida.

El informe al recurso señala que en la definición del criterio de adjudicación no se utiliza el término anual para determinar la tasa de revisión de la prótesis, ya que el PCAP no indica si el porcentaje es un valor total, medio o si debe ser cumplido en cada uno de los años de seguimiento de la prótesis. Por ello, ante la oscuridad del pliegos y teniendo en cuenta que este tipo de prótesis tiene una tasa de revisión elevada en relación con los otros modelos licitados en el resto de agrupaciones, se optó por valorar la prótesis ofertada.

Finalmente, ZIMMER BIOMET formula alegaciones al recurso esgrimiendo, entre otras razones de oposición, la falta de legitimación de la recurrente para impugnar la adjudicación de la agrupación 1, al haber sido excluida su oferta de la licitación respecto a la citada agrupación.

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de examinar, en primer lugar, si, como señala la entidad interesada, concurre falta de legitimación en la recurrente por los motivos expuestos. Sobre tal cuestión se ha de indicar que STRYKER impugna no solo la adjudicación de la agrupación 1 a ZIMMER BIOMET, sino también la indebida exclusión de su oferta. Así formulado el recurso, no puede sostenerse la falta de interés legítimo de la recurrente para combatir la adjudicación efectuada, pues una eventual estimación total de su pretensión determinaría que pudiera resultar adjudicataria de la agrupación 1. Por otro lado, en caso de prosperar la pretensión de STRYKER respecto a la exclusión de ZIMMER BIOMET, el procedimiento quedaría desierto en lo relativo a la agrupación 1, siendo con toda probabilidad convocada una nueva licitación en la que podría participar la recurrente. Esta es otra razón adicional a la ya señalada que ampara su interés legítimo en formular la pretensión de exclusión de la oferta adjudicataria. En tal sentido, se ha pronunciado este



Tribunal en resoluciones anteriores; v.g. en la Resolución 103/2013, de 2 de agosto.

Realizada la anterior apreciación, el análisis del motivo expuesto en este fundamento exige partir del dato de que la única oferta valorada en el subcriterio «*calidad científico técnica acreditada por Registros Nacionales de Artroplastia*» es la de ZIMMER BIOMET, toda vez que las otras dos proposiciones realizadas a la agrupación 1 -entre ellas, la de la recurrente- no superaron el umbral mínimo establecido en el PCAP para el citado subcriterio.

Dice así el informe técnico respecto a la oferta de BIOMET “*presenta para esta agrupación 1 (denominación técnica: rodilla unicondilar cementada) la prótesis «OXFORD».*

De toda la documentación presentada, se ha escogido el dato que resulta más favorable a los efectos de valoración. En concreto, se toma en consideración Declaración emitida certificando que en el Registro de Inglaterra y Gales del año 2014 se acredita un número de 10 años de seguimiento del producto ofertado con una tasa de revisión de un 12,42%.

El criterio establece que se valorará comparativamente cada una de las ofertas presentadas, otorgando la mayor puntuación a la oferta que presente documentación que acredite un seguimiento durante un mayor número de años, con un máximo de 10 años y un menor índice de incidencias, teniendo en cuenta que el índice de incidencias de las rodillas unicondulares cementadas es superior al de otras prótesis de primaria (los valores suelen oscilar a 10 años entre un 9 y 20%, superándose incluso en determinados casos.)

Ocurre en este caso que es la única oferta que se puede valorar conforme a la documentación presentada, por lo que no se puede comparar. Sin embargo, se estima que la tasa de revisión e incidencias es elevada, por lo que se pondera con 6 puntos (superando el umbral mínimo)”.

Asimismo, el Anexo A al cuadro resumen del PCAP, al definir el subcriterio examinado, señala que «*se valorará cada oferta conforme a la presentación de un certificado en el que se compruebe estar inscrito en al menos uno de los Registros de Artroplastia de los siguientes países: Suecia, Dinamarca, Finlandia, Australia, Nueva*



Zelanda, Canadá, Inglaterra y Gales, que acredite el número de años de seguimiento del producto ofertado con una tasa de revisión inferior al 1% (...)» Es decir, el PCAP establece que se valorará el producto ofertado cuando se acredite que su tasa de revisión es inferior al 1%. Se trata, pues, de un requisito mínimo que debe cumplir la oferta para proceder a su valoración.

Ya hemos visto que, según señala el informe técnico, ZIMMER BIOMET ofertó un producto con 10 años de seguimiento y una tasa de revisión del 12,42%; tasa superior, por tanto, al porcentaje máximo de revisión establecido en el PCAP (1%) para poder valorar la oferta; y ello es así, ya se tome el porcentaje del 12,42% como valor total en cada uno de los años de seguimiento de la prótesis, ya como valor a distribuir entre los diez años de seguimiento, lo que arrojaría un porcentaje anual del 1,242 %.

En consecuencia, constando en el informe técnico que las ofertas de las otras dos empresas licitadoras a la agrupación 1 (entre ellas, la de STRYKER) no superaron el umbral mínimo de 6 puntos por no ser valorables, la oferta de ZIMMER BIOMET debió correr, en principio, la misma suerte por cuanto no podía valorarse al superar aquel porcentaje máximo.

El extremo anterior es un dato objetivo que no exige conocimientos específicos para su apreciación. Una lectura del subcriterio y del informe técnico permiten constatar lo expuesto. Y si bien el órgano de contratación, en su informe al recurso, señala que en la redacción del criterio no se indica el término anual para determinar la tasa de revisión de la prótesis y discrepa del cálculo efectuado por la recurrente, lo cierto es que tampoco realiza un cálculo alternativo que permita demostrar que la tasa de revisión del 12,42% que presenta la oferta adjudicataria respeta el porcentaje máximo del 1% previsto en el PCAP.

Asimismo, tampoco la oscuridad de los pliegos ni el hecho de que este tipo de prótesis tenga una tasa de revisión elevada en relación con los otros modelos



licitados en el resto de agrupaciones -argumentos que esgrime el órgano de contratación en su informe al recurso- pueden ser justificaciones válidas para valorar la oferta adjudicataria, pues no permiten enervar el dato objetivo de que dicha proposición incumplía lo exigido en el PCAP.

Si en este tipo de prótesis de la agrupación 1 la tasa de revisión es más alta que en el resto de agrupaciones, este dato debió tenerse en cuenta a la hora de redactar el subcriterio de adjudicación en el PCAP, sin que quepa subsanar el posible error padecido en aquel momento previo con la admisión de una proposición que no se ajusta a lo exigido en los pliegos.

Las condiciones de la licitación vinculan, no solo a los licitadores, sino también a la entidad adjudicadora redactora de las mismas, quien viene obligada a respetarlas durante todo el proceso selectivo. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)”*.

Procede, pues, estimar el motivo analizado, debiendo el órgano de contratación proceder a la exclusión de la oferta adjudicataria de la agrupación 1, la cual no



debió ser valorada ni superar el umbral mínimo establecido en el subcriterio para continuar en el proceso selectivo.

SÉPTIMO. La recurrente impugna, igualmente, la adjudicación de la agrupación nº2 a JOHNSON & JOHNSON, S.A., y funda su pretensión de anulación en dos motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En primer lugar, STRYKER aduce que su oferta no ha sido ponderada correctamente con arreglo al subcriterio de adjudicación «*calidad científico técnica acreditada por Registros Nacionales de Artroplastia*» dentro del criterio de evaluación no automática «*valoración funcional*». En tal sentido, manifiesta que en el informe técnico se han tenido en cuenta los datos del Registro de Australia, en lugar de los que obran en los Registros de Suecia o de Nueva Zelanda que son más favorables.

Alega que el informe técnico toma en cuenta los datos del Registro australiano -por considerarlos más favorable a efectos de valoración- donde aparece un seguimiento de cinco años del producto. No obstante, a su juicio, ello es un error de apreciación porque los datos más favorables corresponden al Registro sueco de 2012 (con diez años) y al neozelandés (con 7 años) de los que se obtendrían unas valoraciones que determinarían la adjudicación a su favor de la agrupación 2.

Señala que, aplicando los resultados del Registro de Suecia de 2012, su oferta habría obtenido 15 puntos -en lugar de 9- en el subcriterio examinado con seguimiento de 10 años y una tasa de revisión inferior al 0,68%. Ello supondría una puntuación global de 27,5 puntos en los diferentes subcriterios sujetos a juicio de valor frente a los 21,5 obtenidos y una puntuación total en todos los criterios de 97,50 puntos frente a los 89,54 recibidos. Con tal puntuación, superaría a la oferta adjudicataria que pasaría a obtener 91,02 puntos frente a los 93,75 recibidos.



Asimismo, estima que, aplicando los resultados del Registro de Nueva Zelanda, su oferta habría recibido 12 puntos, con un seguimiento de 7 años y una tasa de revisión de un 0,985%. Ello supondría una puntuación global en los subcriterios de evaluación no automática de 24,5 puntos y una total en todos los criterios de 94,50 puntos, ponderación superior también a la de la adjudicataria que pasaría a obtener 93,14 puntos frente a los 93,75 recibidos.

Concluye manifestando que, tomando los datos de cualquiera de aquellos dos Registros, su oferta resultaría adjudicataria de la agrupación 2, de ahí que inste la anulación de la adjudicación de dicha agrupación para que la misma se declare a su favor o, subsidiariamente, se retrotraiga el procedimiento y se efectúe la valoración de su oferta del modo efectuado en su escrito de recurso.

En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que la comisión técnica ha utilizado los datos del Registro donde estaba consignada la información necesaria para la valoración de la oferta.

En tal sentido, respecto a los datos del Registro sueco mencionados en el recurso, señala que la documentación presentada en la licitación no incluye la página 21 del Registro sueco -la cual se aporta ahora con el recurso-, ni dicha página contiene la información que se transcribe en el mencionado escrito de impugnación. Asimismo, en cuanto al Registro de Nueva Zelanda, manifiesta que la información solicitada en el subcriterio no aparece ni en el resumen comercial de la oferta, ni en el registro de dicho país que se aporta completo, y que el gráfico que aparece en el escrito de recurso carece de utilidad para la valoración del subcriterio puesto que no se proporcionan los datos para elaborarlo y por ello no es posible calcular la tasa de revisión que es el dato a valorar.

Pues bien, en el examen de la cuestión suscitada procede partir de la motivación contenida en el informe técnico al valorar la oferta de STRYKER. Dice así:



«Presenta para esta agrupación 2 (denominación técnica: rodilla primaria cementada con plataforma fija) la prótesis “TRIATHLON”.

De toda la documentación presentada, se ha escogido el dato que resulta más favorable a los efectos de valoración. En concreto, se toma en consideración declaración emitida certificando que en el Registro de Australia del año 2012 se acredita un número de 5 años de seguimiento del producto ofertado con una tasa de revisión de un 2,5%. El total de prótesis implantadas es de 8226 y el total de prótesis revisadas es 132.

Teniendo en cuenta el número de años y la tasa de revisión ofertada, se pondera con 9 puntos (...)»

Al respecto, debe indicarse que en esta materia rige el principio de discrecionalidad técnica del órgano evaluador, cuyo juicio de valor, según abundante y reiterada doctrina jurisprudencial acogida por los distintos Tribunales de recursos contractuales incluido el nuestro, goza de una presunción de certeza y razonabilidad salvo prueba en contrario. En este sentido, solo el error patente y manifiesto, la falta de motivación o la arbitrariedad del informe técnico juegan como límites de aquel principio, debiendo probarse su concurrencia para destruir aquella presunción.

En el supuesto analizado, la recurrente pretende demostrar que el juicio emitido por la comisión técnica es erróneo al tener en cuenta los datos del Registro australiano por considerar dicha comisión que eran los más favorables para la valoración de la prótesis ofertada con arreglo al subcriterio en examen.

STRYKER esgrime que la comisión técnica se equivocó porque son más favorables los datos aportados por los Registros sueco y neozelandés e intenta justificar esta afirmación en su escrito de recurso para llegar a la conclusión de que la puntuación de su oferta, con arreglo a cualquiera de estos dos Registros, hubiera sido superior a la recibida conforme a los datos del Registro australiano, todo lo cual hubiera determinado, en última instancia, la adjudicación de la agrupación 2 a su favor.



No obstante, del examen de la documentación que STRYKER presentó a la licitación no se extraen, con la claridad y contundencia que plasma en su recurso, los datos de seguimiento y revisión de las prótesis que, a su juicio, arrojan los Registros sueco y australiano.

Por lo que respecta al Registro sueco -y como ya señalamos en el fundamento de derecho quinto al analizar la impugnación de la agrupación 1-, debe darse la razón al órgano de contratación cuando señala que la documentación presentada en la licitación no incluye la página 21 del Registro sueco -que se aporta ahora con el recurso-. Por otro lado, dicha página está redactada en lengua inglesa sin traducción al castellano, señalando, además, el órgano de contratación que su contenido no arroja la información que la recurrente transcribe en el recurso.

Asimismo, en lo que se refiere al Registro de Nueva Zelanda, del examen de la documentación presentada en la licitación por STRYKER no se extrae la información solicitada en el subcriterio, tal y como manifiesta el órgano de contratación en su informe al recurso.

Lo anterior nos lleva a concluir que el pretendido error invocado por la recurrente no es tal, o al menos no se evidencia de modo tan patente y manifiesto como para destruir la presunción de acierto del juicio técnico emitido por la comisión al valorar la oferta de la recurrente. En tal sentido, ni el examen de la documentación presentada en la licitación permite llegar a la conclusión de que el órgano evaluador ha errado, ni los argumentos del recurso y documentación adjunta conducen inequívocamente a la apreciación de error en su juicio técnico. En tal sentido, procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) que afirma lo siguiente: *«La discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede*



desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)».

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

OCTAVO. En su último alegato, STRYKER argumenta que la oferta de JOHNSON (empresa adjudicataria de la agrupación 2) debió ser excluida porque, como se indica en el informe técnico, no presenta registros ni certificados, sino un folio con enlaces web a los Registros. Manifiesta que el PCAP exigía un certificado de inscripción en al menos un Registro de Artroplastia de determinados países, siendo así que JOHNSON ha incumplido esta obligación, impidiendo la comprobación de datos mediante la documentación aportada a la licitación.

Concluye, finalmente, que la exclusión de la oferta de JOHNSON determina la adjudicación inmediata de la agrupación 2 a su favor, aunque no se tuvieran en cuenta los errores de valoración de su oferta cometidos por la comisión técnica.

De otro lado, el órgano de contratación se opone al motivo expuesto señalando que la comisión técnica decidió adoptar un criterio antiformalista pues, en caso contrario, no hubiera sido posible valorar ninguna oferta y sobre todo porque la información solicitada en el subcriterio de adjudicación se encontraba recogida



en documentos de acceso público mediante los cuales era fácil comprobar la veracidad de las afirmaciones realizadas en las ofertas.

Asimismo, señala que la información aportada por JOHNSON, pese a ser sucinta, ha sido suficiente para localizar los datos objeto de valoración.

Finalmente, JOHNSON, se opone al recurso en su escrito de alegaciones, señalando que presentó documentación facilitando unos links de acceso a los Registros de Artroplastia de varios países, con el objeto de permitir al órgano de contratación la comprobación de su oferta.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar este último alegato del recurso. Para ello, debemos partir de la previsión del PCAP a la hora de detallar o describir el subcriterio de adjudicación que estamos examinando «calidad científico técnica acreditada por Registros Nacionales de Artroplastia».

Al respecto, se señala lo siguiente: *«Se valorará cada oferta conforme a la presentación de un certificado en el que se compruebe estar inscrito en al menos uno de los Registros de Artroplastia de los siguientes países: Suecia, Dinamarca, Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Inglaterra y Gales, que acredite el número de años de seguimiento del producto ofertado con una tasa de revisión inferior al 1% (...)»*

Asimismo, el informe técnico sobre valoración de las ofertas expone lo siguiente en cuanto a la evaluación de la oferta de JOHNSON en la agrupación 2: *«presenta para esta agrupación 2 (denominación técnica: rodilla primaria cementada con plataforma fija) la prótesis “RODILLA SIGMA CEMENTADA”.*

Ha de anotarse en este punto que la mercantil no ha presentado certificado ni declaración responsable ratificada por el representante de la mercantil, sino un único folio con un resumen de datos y enlaces. Ciertamente, del documento presentado puede deducirse información para valorar el criterio (...)».



A juicio de la recurrente, la oferta de JOHNSON debió ser excluida porque incumplió un requerimiento establecido en el PCAP para la valoración de la calidad científico-técnica de las prótesis, a saber, la presentación de un certificado que permita comprobar la inscripción en al menos un Registro de Artroplastia de algunos de los países antes señalados.

Al respecto, hemos de tener en cuenta que el requisito expuesto afecta a la acreditación de los datos objeto de valoración y no al cumplimiento en sí de los mismos como ocurría en el supuesto antes examinado de la oferta de ZIMMER BIOMET a la agrupación 1. Quiere ello decirse que, con independencia de lo previsto en el pliego en orden a la acreditación de determinados datos de las prótesis, lo determinante para la valoración de las ofertas debe ser la constatación de la veracidad de aquellos datos.

En el supuesto analizado, JOHNSON alude en su oferta a varios Registros nacionales donde, según menciona, la prótesis SIGMA ha sido de las más implantadas. De este modo, presenta las direcciones en internet para acceso a diversos Registros como los de UK 2015, de Australia 2015, de Suecia 2014, de Nueva Zelanda 2014, de Dinamarca 2015, y de Finlandia 2011 y señala la páginas de dichos registros que reflejan los datos requeridos.

A juicio de la comisión técnica, tal información facilitada en la licitación ha permitido extraer los datos necesarios para la valoración de la oferta, razón por la que esta ha sido evaluada. Considera este Tribunal que el criterio de la comisión es acorde a los principios de concurrencia y proporcionalidad, pues, pudiendo constatarse la autenticidad de los extremos sujetos a valoración mediante el acceso a registros que son públicos, la decisión de excluir y no valorar por el mero hecho de no aportarse la documentación y solo facilitarse el acceso a la misma hubiese sido excesivamente formalista y desproporcionada, sin que tampoco este proceder de la comisión haya producido quiebra del principio de igualdad de trato pues los datos existían con carácter previo a la licitación y, como señala el órgano de contratación en su informe y se desprende



del informe técnico, de no adoptarse aquel criterio antiformalista no hubiera sido posible valorar ninguna oferta.

Es más, señala dicho órgano que la propia recurrente tampoco habría cumplido con rigor las exigencias formales que ahora invoca para solicitar la exclusión de JOHNSON.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 289/2016, de 11 de noviembre, *«(...) en aplicación del principio de proporcionalidad propugnado por la jurisprudencia comunitaria y que se eleva al rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, hemos de tomar en consideración que los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiendo entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.»*

Procede, pues, la desestimación de este último motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **STRYKER IBERIA, S.L.** contra la resolución, de 2 de diciembre de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otras, las agrupaciones de lotes 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares SU.PC.SANI.04.06 (rodilla) para los centros sanitarios que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de la provincia de Cádiz” (Expte. 144/2015), y en consecuencia, anular



la resolución de adjudicación respecto de la agrupación 1 del contrato, de conformidad con lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta Resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

