

Recurso 343/2014**Resolución 202/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 26 de mayo de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER, S.A.** contra la resolución, de 6 de noviembre de 2014, de la Directora Gerente de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente (Almería), por la que se adjudica, entre otros, el lote 1 del contrato denominado “Suministro de prótesis de traumatología con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente” (Expte: PA 6/13), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 10 de septiembre de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 16 de septiembre de 2013 en el Boletín Oficial del Estado núm. 222, y el 10 de septiembre en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 1.980.263,24 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en el procedimiento figura la ahora recurrente.



SEGUNDO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 6 de noviembre de 2014 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato, que fue remitida a los licitadores el 13 de noviembre de 2014 y publicada en el perfil de contratante el 14 de noviembre.

TERCERO. El 28 de noviembre de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por ZIMMER, S.A. (ZIMMER) contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato a la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A. (JOHNSON)

Mediante sendos oficios de 28 de noviembre de 2014 de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió, de un lado, el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, y de otro lado, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento instado por el recurrente.

La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 4 de diciembre de 2014.

CUARTO. El 19 de diciembre de 2014, este Tribunal dictó Resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación en lo referente al lote 1 del contrato.

QUINTO. Mediante escritos de 23 de diciembre de 2014, se dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.



SEXTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

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

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto 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 a) 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.*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación del contrato fue remitida al recurrente el 13 de noviembre de 2014, habiendo tenido entrada el recurso en el Registro del Tribunal el 28 de noviembre de 2014, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, procede abordar el estudio de sus motivos, que se circunscribe a la adjudicación del lote 1 del contrato. Dicho lote se describe en el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) del modo siguiente:

LOTE 1: PRÓTESIS TOTAL DE RODILLA PRIMARIA ESTANDAR.

Posición	Código	Denominación	Unidades estimadas	Precio unidad	Precio total
1	33489	Prótesis total rodilla con conservación LPC (CR)	165	1.690,00 euros	278.850 euros
2	33490	Prótesis total rodilla sin conservación LCP (PS)	150	1690 euros	253.500 euros
3	33491	Suplemento femoral de rodilla	5	500 euros	2.500 euros
4	33492	Suplemento tibial de rodilla	5	500 euros	2.500 euros
5	33493	Vástago de extensión de rodilla	5	500 euros	2.500 euros
6	33494	P.T. Rodilla sin conservación LCP (PS)	15	2.340 euros	35.100 euros



En el primer motivo del recurso se denuncia que las entidades JOHNSON y BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS, S.L. (BIOMET) -empresas licitadoras junto con el recurrente al lote 1- no cumplen las características técnicas requeridas en las posiciones 1, 2 y 6 del lote 1.

En concreto, se alega que el modelo de prótesis ofertado por JOHNSON en la posición 2 del lote 1 no cubre la característica de <<diseño para favorecer la flexión>>, sin que tampoco cumpla para las posiciones 1 y 2 el requisito de <<posibilidad de vástagos en extensión en offset>>. Asimismo, el modelo de prótesis de BIOMET presenta diseño Flex, pero carece de características que permitan acomodar alta flexión.

De otro lado, el recurrente manifiesta que para la posición 6 se requiere material hipoalergénico, resultando que el modelo ofertado por JOHNSON es de material hipoalergénico pero no pertenece al mismo sistema de instrumentación y en el modelo de BIOMET no se observa la posibilidad de componente anti-alergénico.

Por su parte, el informe sobre el recurso del órgano de contratación pone de manifiesto lo siguiente:

- Respecto a la oferta de JOHNSON en las posiciones 1 y 2, el recurrente reconoce que el modelo ofertado cumple las características técnicas en la posición 1 y en la posición 2, el recurrente se remite a una página web de información sin tener en cuenta la documentación técnica aportada por JOHNSON donde se acredita que el modelo presenta características de flexión. Asimismo, continúa el órgano de contratación afirmando que *la posibilidad de vástagos en extensión de offset* es un requisito de las posiciones 3, 4 y 5 del PPT, pero no de las posiciones 1 y 2.



- La oferta de BIOMET en las posiciones 1 y 2 cumple con el requisito de disponibilidad de características que favorezcan la flexión, si bien la determinación del grado de flexión es un aspecto que corresponde evaluar al órgano de contratación en función de las necesidades del centro y de la práctica asistencial, sin que pueda evaluarse por un licitador.
- En cuanto al alegato del recurso sobre la oferta de JOHNSON en la posición 6, el órgano de contratación aduce que la necesidad de un sistema de instrumentación no es ningún criterio del PPT y en el caso de BIOMET, el material ofertado sí presenta características hipoalérgicas.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar este primer motivo del recurso, debiendo partir para ello de las características técnicas del lote 1 descritas en el apartado 2 del PPT. Estas son:

Posiciones 1 y 2:

- Cromo-cobalto.
- Cementada o no cementada.
- Componentes anatómicos, derechos e izquierdos.
- Se valorará diseños para favorecer la flexión.
- En sus diferentes tamaños y medidas.

Posiciones 3, 4 y 5:

- Vástagos de extensión para componente femoral y tibial en cromo-cobalto, en distintos diámetros y longitudes.
- Posibilidad de vástagos rectos o con offset.
- Bloques/cuñas de aumento metálicos, cementados o atornillados.
- Se valorará el rango de aumentos disponibles.



Posición 6:

- Material hipoalergénico.
- En sus diferentes tamaños y medidas.

Pues bien, hemos de concluir, tal y como señala el órgano de contratación, que la oferta de JOHNSON cumple la característica de <<diseño que favorece la flexión>> en la posición 2 del lote 1. Para llegar a esta conclusión, debe acudirse a la documentación técnica aportada por dicha empresa y no a la información que ofrece una página web, como hace el recurrente. A tales efectos, el órgano de contratación adjunta un documento sobre características técnicas de las prótesis de rodilla primaria PFC SIGMA de JOHNSON donde se recoge, como requisito de los insertos tibiales, el diseño para alta flexión.

De otro lado, el requisito de <<posibilidad de vástagos en extensión de offset>> no es predicable, como hace el recurrente, de las posiciones 1 y 2 del lote 1, sino de las posiciones 3, 4 y 5 de dicho lote.

Asimismo, hemos de dar la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que la oferta de BIOMET en las posiciones 1 y 2 dispone de características que favorecen la flexión. A tales efectos, el órgano de contratación adjunta a su informe un documento sobre el modelo ofertado por BIOMET donde aparecen constatados tales extremos.

En lo relativo a la posición 6, el recurso denuncia que la oferta de JOHNSON no pertenece al mismo sistema de instrumentación. No obstante, como afirma el órgano de contratación, este requisito no viene recogido expresamente entre las características técnicas de la posición 6. Finalmente, en lo que se refiere a la oferta de BIOMET -respecto de la cual el recurrente afirma que no se aprecia el componente anti-alérgico-, hemos de concluir que obra en el expediente de contratación un



documento de BIOMET sobre aclaración de su documentación técnica en el que hace constar la siguiente manifestación *“En realidad el componente ofertado es la combinación de ambos materiales (aleación Cr-Co y recubrimiento de nitruro de titanio niobio para pacientes alérgicos) obteniendo un componente hipoalérgico (...)”*.

Es por ello que procede desestimar íntegramente este primer motivo del recurso al considerar este Tribunal, por las razones expuestas, que queda acreditado que las ofertas de BIOMET y JOHNSON cumplen las características técnicas del lote 1 (posiciones 1, 2 y 6).

SEXTO. En el segundo motivo del recurso se denuncia que el órgano de contratación no ha valorado adecuadamente las ofertas con arreglo al criterio de evaluación no automática “Modelo Logístico”, ponderado en el Anexo VIII-A del PCAP con un máximo de 10 puntos, según el siguiente tenor literal *“Deberá presentar una memoria para la gestión logística que incluya desde la necesidad del producto hasta su implantación en el paciente.*

Para su valoración se aplicará el criterio del factor de utilidad en su totalidad, incluyendo la condición excluyente, especificada anteriormente.”

En el citado Anexo VIII-A se indica que el Criterio del Factor de Utilidad consiste en valorar cada oferta en función de la comparación con el resto de ofertas, siguiendo el procedimiento que se describe a continuación:

1. Destacar los criterios relevantes a la vista de las ofertas técnicas presentadas de las especificaciones del presente pliego.
2. Obtener la puntuación a pesos de cada uno de los criterios, valorando comparativamente cada uno de ellos con respecto a otro con 0; 0,10; 0,20; 0,30; 0,40; 0,50; 0,60; 0,70; 0,80; 0,90 y 1 punto. De la suma de puntos



- obtenida por comparación se obtendrán los pesos correspondientes a cada criterio.
3. Valorar para cada criterio las distintas ofertas entre sí. Una oferta podrá valorarse comparativamente respecto a otra en un criterio mediante; 0,10; 0,20; 0,30; 0,40; 0,50; 0,60; 0,70; 0,80; 0,90 y 1 punto.
 4. La puntuación obtenida por una oferta en el apartado a valorar es la suma de los productos de los pesos de los criterios por la puntuación obtenida en éstos.

Asimismo, la condición excluyente aplicable al criterio examinado consiste en obtener una puntuación en el mismo inferior al 51%.

Pues bien, en el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al criterio <<Modelo Logístico>> se indica que *“Para los licitadores que han presentado informe logístico se ha aplicado el método del factor de utilidad que se detalla a continuación: (...)*

Se otorga la misma puntuación (10 puntos) a todos los licitadores puesto que todos presentan su memoria logística ajustándose a las necesidades de la Agencia Sanitaria Poniente.”

Alega el recurrente que es imposible que todos los licitadores hayan expuesto una propuesta logística idéntica, por lo que es evidente que no se ha aplicado el método de valoración recogido en el pliego para este criterio y si lo que pretendía el órgano de contratación era definir un criterio automático mediante fórmula, debió preverlo así en los pliegos.

Asimismo, el recurrente intenta justificar por qué su propuesta de modelo logístico resulta superior a la del resto de licitadores. En tal sentido, alega que cuenta con una delegación en Almería y un almacén en la provincia para reposiciones urgentes, mientras que JOHNSON y BIOMET no cuentan con delegaciones en la zona. Por ello,



considera que la valoración de este criterio por el órgano de contratación resulta inverosímil y debe comportar la anulación de la resolución de adjudicación.

En el informe sobre el recurso emitido por el órgano de contratación se pone de manifiesto que, en ningún caso, se ha solicitado la externalización del sistema logístico, sino la adecuación del modelo logístico ofertado a las necesidades de la Agencia Sanitaria Poniente, la cual dispone de su propio sistema de gestión logística.

De este modo, los aspectos evaluados han sido los servicios de recepción de pedidos, los plazos de entrega y el control de caducidades, donde todos los licitadores han realizado ofertas similares y por ello obtienen la misma puntuación, sin que suponga ninguna mejora el hecho de que el recurrente disponga de un servicio logístico en la provincia de Almería, dado que el sistema logístico es explotado directamente por la Agencia Sanitaria.

Finalmente, el órgano de contratación indica que no es de recibo que un licitador pretenda establecer los aspectos a evaluar por el órgano de contratación en un criterio de adjudicación sujeto a juicios de valor.

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar en el examen del motivo expuesto. el recurrente no está de acuerdo con la valoración de las ofertas conforme al criterio sujeto a juicio de valor consistente en el modelo logístico. Considera imposible que todas los licitadores que han ofertado un modelo logístico hayan recibido la misma puntuación y dedica la mayor parte de sus argumentos a defender la bondad de su oferta frente a las de JOHNSON y BIOMET, entendiendo que su propuesta es la única que cuenta con delegación y almacén en la provincia de Almería.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en la definición del criterio (Anexo VIII-A del



PCAP) se valora la memoria para la gestión logística que incluya desde la necesidad del producto hasta su implantación en el paciente. Es de ver que dicha definición no hace referencia a que los licitadores dispongan de delegaciones o almacenes propios, razón por la que el recurrente no puede pretender por este motivo una mayor puntuación en el modelo logístico en detrimento del resto de ofertas, siendo así que en la valoración realizada, su oferta y las de JOHNSON y BIOMET resultan similares en cuanto a recepción de pedidos, plazos de entrega y control de caducidades, aspectos todos ellos que sí tienen que ver con el procedimiento a seguir desde que se pone de manifiesto la necesidad del producto hasta que el mismo se implanta en el paciente, extremos estos que son los que se recogen en la definición del criterio.

Como ya viene manifestando de modo reiterado este Tribunal, en la valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicios de valor es de aplicación el principio de discrecionalidad técnica de los órgano evaluadores, a quienes se les presume el conocimiento y especialización necesaria para la emisión de un juicio técnico certero e imparcial, juicio que debe prevalecer, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, sobre el particular criterio del recurrente.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) afirma que *<<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 (...)>>.

A mayor abundamiento, se da la circunstancia de que el recurrente ha aceptado el criterio de adjudicación en discusión al haber presentado de manera incondicionada su oferta en la licitación (artículo 145.1 del TRLCSP). Desde ese momento, el pliego pasó a configurarse en *lex inter partes*, sin que pueda ahora entrarse a discutir la valoración de las ofertas con arreglo a dicho criterio, cuando el mismo no contempla los aspectos que el recurrente considera que debieron ser valorados.

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

SÉPTIMO. En los siguientes alegatos, el recurrente reincide en que las ofertas de los otros dos licitadores al lote 1 debieron ser excluidas por incumplimiento de las características técnicas descritas en el PPT para el citado lote. En apoyo de esta afirmación esgrime que el órgano de contratación, al no excluir esas ofertas, ha contravenido el pliego que es ley entre las partes, pues ha desconocido la propia definición del producto contenida en aquél. Asimismo, alega que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato al admitir ofertas incumplidoras del PPT y que concurre causa de nulidad de la adjudicación al haberse dictado precindiendo total y absolutamente del procedimiento.

Ninguno de estos alegatos puede prosperar, toda vez que este Tribunal ya ha concluido en el fundamento de derecho quinto de esta resolución que las ofertas de BIOMET y JOHNSON cumplen las características técnicas del lote 1 (posiciones 1, 2 y 6).



Además, no puede acogerse el alegato de nulidad de la adjudicación que esgrime el recurrente ante lo que considera una falta total y absoluta del procedimiento legal, y ello, por cuanto la licitación se ha desarrollado con arreglo al procedimiento legalmente establecido, cuestión distinta es que en la valoración de las ofertas, el recurrente no haya visto satisfechas sus expectativas, pero ello nada tiene que ver con la causa de nulidad que invoca.

Con base en todas las consideraciones realizadas, procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER, S.A.** contra la resolución, de 6 de noviembre de 2014, de la Directora Gerente de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente (Almería), por la que se adjudica, entre otros, el lote 1 del contrato denominado “Suministro de prótesis de traumatología con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente” (Expte: PA 6/13)

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 19 de diciembre de 2014



CUARTO. 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.

