

**Recurso 15/2024**  
**Resolución 42/2024**  
**Sección Primera**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de febrero de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER BIOMET SPAIN S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 22 de diciembre de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: cadera y rodilla, con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, respecto a la **agrupación 9 (lotes 54 a 61)**, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. CCA: 6.CQ+QXQB (0001323/2022)), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 14 de marzo de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 10.652.379,43 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación dictó, el 22 de diciembre de 2023, resolución de adjudicación del contrato. El 27 de diciembre de 2023, la citada resolución se publicó en el perfil de contratante y fue remitida a la entidad ahora recurrente.

**SEGUNDO.** El 12 de enero de 2024, ZIMMER BIOMET SPAIN S.L.U. (ZIMMER, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de la agrupación 9 del contrato.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 15 de enero de 2024, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada con posterioridad en esta sede.



Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, las ha presentado en plazo la entidad EXACTECH IBÉRICA S.L.U. (EXACTECH, en adelante).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

### SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

### TERCERO. Acto recurrible.

Aun cuando el recurso se dirige sustantivamente contra la exclusión de la oferta de ZIMMER en la agrupación 9 (lotes 54 a 61), formalmente el acto impugnado es la adjudicación de la citada agrupación de lotes y a dicho acto hay que estar a la hora de analizar los requisitos de procedibilidad del recurso. En consecuencia, habiéndose dictado el acto impugnado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

### CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, se opone a su admisión por considerarlo extemporáneo. En tal sentido, sostiene que ZIMMER conocía, a través de la publicación en el perfil de contratante del acta de la mesa correspondiente, que su oferta no cumplía el PPT en la agrupación 9. A juicio del órgano de contratación, debió recurrir en aquel momento y no esperar a la adjudicación del contrato.

Tal alegación de inadmisión del órgano de contratación no puede acogerse. La LCSP solo contempla la obligación de los órganos de contratación de notificar la exclusión a los licitadores afectados, cuando se notifique la adjudicación del contrato. Así lo dispone el artículo 151 del texto legal contractual al señalar *que “1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.*

*2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:*

*a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*



*b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario. (...).”*

Lo dispuesto en el precepto legal citado no impide que los órganos de contratación puedan notificar fehacientemente la exclusión del procedimiento a los licitadores afectados sin esperar a la adjudicación, en cuyo caso el plazo de interposición del recurso comenzaría a correr a partir de dicho momento. Ahora bien, en el supuesto analizado, no consta en el expediente de contratación que la exclusión de la oferta de ZIMMER en la agrupación 9 haya sido notificada fehacientemente a la recurrente en el momento en que se produjo; sin que la mera publicación en el perfil del acta de la mesa en la que se contenía la exclusión surta efectos de notificación, ni permita dar por sentado que la recurrente tenía que conocer tal circunstancia por el mero hecho de la citada publicidad, sin una previa notificación individualizada de aquel acuerdo de la mesa.

En definitiva, en aplicación del artículo 151 de la LCSP, el órgano de contratación notificó la exclusión de manera individualizada a la recurrente al notificar la adjudicación del contrato. Por tanto, el cómputo del plazo para interponer el recurso empezó a correr, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP, a partir del momento en que la resolución de adjudicación se remitió a la recurrente el 27 de diciembre de 2023, fecha en que, asimismo, la adjudicación se publicó en el perfil. Computando el plazo de interposición desde esta fecha, el recurso se ha formalizado en plazo.

#### **QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.**

##### I. Alegaciones de la entidad recurrente.

ZIMMER solicita la anulación de la adjudicación respecto a la agrupación 9, con retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno a fin de que se admita su oferta y se proceda nuevamente a la valoración de las ofertas. Subsidiariamente, solicita que se declare la nulidad de la adjudicación de aquella agrupación y la del procedimiento si el Tribunal estimase la imposibilidad de continuar el procedimiento, una vez que se conoce ya el contenido de las ofertas.

Pues bien, antes de exponer los motivos del recurso, hemos de tener en cuenta los siguientes datos de interés que resultan del expediente de contratación remitido a este Tribunal:

1) El apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) señala que “(...) Adicionalmente a las características técnicas establecidas en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS para cada artículo objeto de licitación, será necesario que los productos ofertados reúnan las prescripciones técnicas adicionales que se especifican:

(...)

**AGRUPACIÓN 9 (Lotes 54 al 61) PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA Y REVISIÓN PLATILLO FIJO/MÓVIL.**

- Fabricada en cromo-cobalto.
- Diseño en radio multicéntrico.
- Al menos 7 tallas de componente femoral
- Al menos 7 tallas de platillo tibial.
- Guía de alineamiento tibial extramedular e intramedular.
- Platillo tibial en versión fija y rotacional



· *Polietileno fabricado en ultra-alto peso molecular*”. (el subrayado es nuestro).

2) En el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (página 770 del expediente de contratación) se hace constar que ZIMMER no cumple el PPT en la agrupación 9 porque “*se solicita al menos 7 tallas de componente femoral. Presenta 5 tallas*”.

3) En la sesión de la mesa de contratación, de 14 de septiembre de 2023, se admite el informe técnico emitido, haciéndose constar en el acta que ZIMMER no cumple el PPT en la agrupación 9. Asimismo, en la resolución de adjudicación del contrato se acuerda “*desestimar*” la proposición de ZIMMER en la agrupación 9.

La recurrente impugna su exclusión y alega que ha presentado para la agrupación 9 sus sistemas de prótesis de rodilla “NexGen”, línea de productos que sí dispone del número de tallas exigido en el PPT. Aduce que la agrupación 9 está integrada por los Lotes 54 a 61, siendo los lotes relativos al componente femoral el 54, 55 y 56. Así, manifiesta que en el lote 54 presentó 10 tallas diferentes; en el lote 55 -donde ofertó dos productos- presentó 10 y 8 tallas diferentes, respectivamente; y en el lote 56 -donde ofertó otros dos productos- también ofreció 10 y 8 tallas diferentes, con carácter respectivo.

Manifiesta que la RAE define la “*talla*” como la “*Medida convencional usada en la fabricación y venta de prendas de vestir*” y que las tablas que adjuntó con su oferta indicaban unas letras que se encuentran vinculadas con un modelo estandarizado de tallas y que incluyen diferentes medidas. Así, la medida estandarizada “C” de su oferta se corresponde con un rango más pequeño de tallas de componentes femorales; es decir, dentro de la medida C hay diferentes tallas.

Esgrime, pues, que el número de tallas reales está por encima del requerido en la licitación. Así, en el lote 54 se ofertaron hasta 10 tallas reales (5 medidas estandarizadas en las que hay 2 tallas por cada una de ellas), cuando las requeridas se limitan a 7, todo ello sin perjuicio de la denominación realizada a determinadas medidas. Y lo mismo sucede en el lote 55.

A la vista de lo anterior, ZIMMER concluye que la comprobación del cumplimiento de los requisitos del PPT por parte de la comisión técnica y de la mesa de contratación no requería una gran labor de investigación, ya que su oferta era clara. Por tanto, ello lleva a considerar que el órgano de contratación ha obrado arbitrariamente acordando la exclusión de su oferta. Cita una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en la que se rechaza la posibilidad de exclusión de una oferta cuando, siendo ambiguos sus términos, resulta razonable una interpretación acorde a los mismos, debiendo circunscribirse la exclusión a los casos de flagrante y claro incumplimiento del PPT.

## II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso y esgrime, en síntesis, lo siguiente:

El lote 54 no cumple el PPT en lo relativo a “*al menos 7 tallas en el componente femoral*”. En su propia oferta, ZIMMER especifica que presenta 5 tallas, de la C a la G. En los otros dos lotes relativos al componente femoral (55 y 56), la oferta sí cumple el PPT, si bien todos los lotes de la agrupación deben cumplir las características técnicas para que pueda considerarse que una proposición cumple los requisitos mínimos de la agrupación.

Señala que en el pliego se solicitan al menos 7 tallas (7 medidas estandarizadas) y no 7 medidas diferentes en un rango y añade que “*en el caso que propone la empresa, podríamos encontrar el supuesto caso que, una empresa presentase la talla C y B variando sus medidas cada 2 milímetros, llegando a tener 7 medidas diferentes, muy*



*similares, cumpliendo Prescripciones Técnicas, pero dejando al órgano de contratación sin las tallas suficientes para atender a toda la población. Es decir, lo que se busca no es siete medidas diferentes, dentro de unos rangos, sino 7 rangos de medidas diferentes, es decir, 7 tallas”.*

Aduce que la recurrente “*Está tratando de confundir al Tribunal, haciendo una interpretación a posteriori, al verse relegada del procedimiento, ya que inicialmente, la propia empresa afirma que presenta 5 tallas, especialmente cuando afirma: “No obstante, dentro de dicha medida C encontramos diferentes tallas.” cambiando las palabras deliberadamente, ya que, en realidad, dentro de la talla C, encontramos diferentes medidas”.*

### III. Alegaciones de la entidad interesada.

Se alza frente a los motivos del recurso esgrimiendo argumentos similares a los del órgano de contratación.

### **SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.**

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia se circunscribe al análisis del incumplimiento del PPT en el lote 54 (componente femoral cementado c/conservación LCP) de la agrupación 9, apreciado en el informe técnico y, posteriormente, por la mesa de contratación, al estimar que la recurrente ofertó solamente 5 tallas, cuando el pliego exigía un mínimo de 7.

En este punto, la ficha técnica presentada por ZIMMER al lote 54 señalaba, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

*“Componente femoral NexGen® CR (Cruciate Retaining) Flex: Implante de rodilla respetando el LCP y diseñado para tener una flexión activa máxima de 155° de forma segura.*

#### **CARACTERISTICAS PRINCIPALES**

- *Diseñado por Highenboten (US), Rutherford (US), Scuderi (US) e Insall (US)*
- *Primera implantación a nivel mundial en 2001*
- *5 tallas (C-G) (Ver dimensiones abajo)\* (...)*”

ZIMMER sostiene que su proposición en el lote 54 cumplió el PPT porque presentó 10 tallas diferentes ya que cada una de las medidas estandarizadas C a G de su oferta, incluyen diferentes tallas. No obstante, el órgano de contratación -y en parecidos términos la entidad interesada- oponen que el PPT exigía al menos 7 tallas (7 medidas estandarizadas) y no 7 medidas diferentes en un rango. A modo de ejemplo, el órgano de contratación señala que, con la tesis de la recurrente, una empresa podría presentar solamente las tallas C y B variando sus medidas cada 2 milímetros y llegando a tener 7 medidas diferentes muy similares, pero dejando al órgano de contratación sin las tallas suficientes para atender a toda la población.

Vistas las alegaciones de las partes, entendemos que asiste la razón al órgano de contratación al considerar que la recurrente incumplió el PPT cuando ofreció solo 5 tallas del componente femoral (C-G) en el lote 54 de la agrupación 9, toda vez que el PPT exigía un mínimo de 7 tallas.

La ficha técnica del producto descrita más arriba especifica claramente que el producto ofertado dispone de 5 tallas, sin que la recurrente pueda acudir, una vez conocida su exclusión, a interpretar que las tallas a que hace referencia su oferta son en realidad medidas estandarizadas que contienen dos tallas cada una. Ello no se compadece ni con el tenor de su proposición, ni con lo exigido en el PPT pues como acertadamente sostiene el órgano de contratación, de seguir la interpretación de la recurrente, un licitador podría ofertar solo dos tallas con varias medidas diferentes muy similares, lo que supondría dejar al órgano de contratación sin el número de tallas requerido para atender a toda la población.



En definitiva, como señala el informe al recurso, el PPT pide un mínimo de 7 rangos de medidas diferentes (tallas) y no 7 medidas diferentes dentro de unos rangos.

Al respecto, hemos de tener en cuenta que el PPT es contundente y claro al señalar la necesidad de que los productos ofertados cumplan sus requerimientos (apartado 2); lo que implica, en este caso, que un menor número de tallas no satisfaga las exigencias mínimas del órgano de contratación en la ejecución del contrato o lo que es lo mismo que no queden satisfechas las necesidades que dicho órgano persigue con la contratación en liza. Tal incumplimiento debe pues acarrear la exclusión de la oferta. Asimismo, no puede prevalecer la interpretación que sostiene la recurrente favorable al cumplimiento de su oferta, frente a la que mantiene el órgano de contratación que es quien mejor conoce sus necesidades y puede determinar con objetividad, dentro de su ámbito limitado de discrecionalidad, si una determinada proposición se ajusta a los requisitos exigidos y puede por ende dar adecuada satisfacción a las necesidades administrativas -en este caso, asistenciales- que persigue el contrato.

Ya en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, se abordó la distinción entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para la admisión de la oferta (v.g. determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinará que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como las referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. En el mismo sentido, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales afirmaba que una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones

Asimismo, en su Resolución 250/2018, de 13 de septiembre, este Tribunal señaló que es doctrina reiterada de todos los tribunales administrativos de recursos la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, *lex contractus* o *lex inter partes* que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 145.1 del TRLCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.

En el supuesto examinado por aquella resolución se desestimó el recurso y se consideró ajustada a derecho la exclusión de la oferta recurrente porque *“si el órgano de contratación hubiera admitido la oferta (...) en los términos en que se formuló no solo se habría apartado de las condiciones que él mismo había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio de aquellos otros licitadores que sí se hubieran ajustado a las exigencias del PPT”*.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser desestimado.

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 BIOMET SPAIN S.L.U** contra la resolución del órgano de contratación, de 22 de diciembre de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: cadera y rodilla, con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, respecto a la



**agrupación 9 (lotes 54 a 61)**, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. CCA: 6.CQ+QXQB (0001323/2022)).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

