

Recurso 35/2013.**Resolución 53 /2013.****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 30 de abril de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A** contra la resolución, de 19 de febrero de 2013, de la Directora Gerente del Complejo Hospitalario de Málaga adscrito al Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudican, entre otras, las agrupaciones 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: rodilla primaria con destino a los centros hospitalarios integrantes de la Plataforma Provincial de Logística Integral de Málaga” (Expte. 388/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de junio 2012, la Directora Gerente del Complejo Hospitalario de Málaga adscrito al Servicio Andaluz de Salud dictó resolución acordando el inicio del expediente de contratación para la adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: rodilla primaria”, mediante el procedimiento de adjudicación de contratos basados en el previo acuerdo marco con varios empresarios nº 4005/2010.

El valor estimado de la contratación es de 3.178.231 euros.



El 22 de junio de 2012, se dictó por el citado órgano de contratación resolución aprobando el expediente de contratación y acordando la apertura del procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO. El 19 de febrero de 2013, la Directora Gerente del Complejo Hospitalario de Málaga dictó resolución de adjudicación del contrato de “Suministro de prótesis osteoarticulares: rodilla primaria”.

La agrupación número 1 “Prótesis primaria de rodilla: estándar” fue adjudicada a la empresa STRYKER IBERIA, S.L, cuya oferta obtuvo la mayor puntuación en los criterios de adjudicación (75,88 puntos) y la agrupación 2 “Prótesis primaria de rodilla: platillo fijo y móvil” se adjudicó a la empresa EXACTECH IBÉRICA, S.L.U, cuya proposición fue valorada con un total de 89,17 puntos.

La oferta de la recurrente JOHNSON & JOHNSON, S.A obtuvo 74,08 puntos en la agrupación 1 y 64,36 puntos en la agrupación 2.

El 20 de febrero de 2013, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. El mismo día se remitió y recibió por la recurrente, mediante correo electrónico, la resolución de adjudicación así como información sobre la valoración realizada de su oferta y de la oferta adjudicataria.

TERCERO. El 5 de marzo de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A contra la anterior resolución de adjudicación del contrato (agrupaciones 1 y 2). El mismo día se presentó en el Registro del órgano de contratación el anuncio del citado recurso.

El 5 de marzo de 2013, mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, un informe sobre el recurso, el listado de todos los licitadores en el



procedimiento de adjudicación con indicación de los datos precisos a efectos de notificaciones, así como las alegaciones oportunas en relación a la medida provisional de suspensión solicitada por el recurrente.

El 11 de marzo de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación.

CUARTO. El 11 de marzo de 2013, este Tribunal dictó resolución manteniendo la suspensión del procedimiento de adjudicación de las agrupaciones 1 y 2 del contrato.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 12 de marzo de 2013, se dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado las empresas EXACTECH IBÉRICA, S.L.U. y STRYKER IBERIA, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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. Procede analizar ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se ha interpuesto contra el acto de adjudicación de las agrupaciones 1 y 2 de un contrato de suministro basado en un previo acuerdo marco en el que se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 198 del TRLCSP.

El contrato de suministro en cuestión pretende ser concertado por una Administración Pública, está sujeto a regulación armonizada por su valor estimado y aún no se ha formalizado. Asimismo, el acto impugnado es la resolución de adjudicación. Por tanto, resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido 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 establece 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 aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

En el supuesto analizado, la resolución impugnada fue publicada en el perfil de contratante, así como notificada y recibida por el recurrente mediante correo electrónico el 20 de febrero de 2013. Por tanto, habiéndose presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el día 5 de marzo de 2013, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

Asimismo, el 5 de marzo de 2013, la recurrente presentó en el Registro General del órgano de contratación anuncio del recurso, dando así cumplimiento a lo estipulado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo suscitada en el recurso interpuesto. Los motivos en que éste se sustenta son los siguientes:



1. La resolución de adjudicación no está suficientemente motivada y es nula: se solicitó el acceso al informe técnico sobre valoración de las ofertas pero el mismo no se ha concedido con la antelación necesaria para la preparación del recurso. En consecuencia, tan sólo se ha informado de la puntuación correspondiente a cada uno de los criterios de adjudicación, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en que aquélla se notificó, sin perjuicio de lo cual se discrepa de las puntuaciones otorgadas en el criterio “valoración funcional” de las agrupaciones 1 y 2 del contrato ya que:

- Conforme al Registro Australiano 2012, el sistema Triathlon de STRYKER IBERIA, S.L tiene índices de supervivencia peores que el sistema Sigma de JOHNSON & JOHNSON, S.A, y el sistema Optetrack de EXACTECH IBÉRICA, S.L.U no tiene índices de supervivencia relevantes debido a su alto índice de fracasos anticipados.
- Conforme al Registro Sueco 2012, en la agrupación 1 debe concluirse que el sistema Sigma ofrece más confianza debido a su mejor valoración funcional dada su mayor implantación en Suecia, y en la agrupación 2, el sistema Optetrack no alcanza el mínimo valorable por lo que no se valora en aquel Registro.
- Conforme al Registro de Inglaterra y Gales 2012, en la agrupación 1 Sigma también ofrece mayor implantación, y en la agrupación 2, el sistema Optetrack ni siquiera se valora en aquel Registro.
- Conforme al Registro de Artroplastias de Cataluña (actualización de marzo de 2010), el sistema Triatlon no aparece y sí lo hace el sistema antiguo de la empresa STRYKER IBERIA, S.L, lo cual se debe a que aquél es un sistema nuevo con poco seguimiento internacional. En la agrupación 2, debe concluirse que los índices de Optetrack no alcanzan el nivel del sistema Sigma.



2. En el momento de la licitación se desconocían los aspectos que determinarían la puntuación conforme al criterio de adjudicación “valoración funcional”, toda vez que no habían sido reflejados en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante).

3. Se ha vulnerado el principio de igualdad en la valoración de las proposiciones puesto que se han otorgado puntuaciones sin fundamento real y se ha dejado de puntuar a la recurrente pese a acreditar la funcionalidad de sus prótesis.

4. Procede la nulidad del procedimiento al haberse reconocido a las adjudicatarias de las dos agrupaciones un derecho a la adjudicación del que carecen como consecuencia de una errónea calificación técnica.

Por su parte, en el informe sobre el recurso que emite el órgano de contratación se pone de manifiesto lo siguiente:

1. En la resolución de adjudicación se detalla el procedimiento y la puntuación otorgada a la recurrente en cada uno de los criterios de adjudicación. Asimismo, en el escrito remitido a la recurrente el 20 de febrero de 2013 se indica de forma exhaustiva la valoración realizada a su oferta y a la de la adjudicataria respecto a los criterios de adjudicación en cada una de las agrupaciones. Finalmente, el acceso al expediente se comunicó a la empresa el 5 de marzo de 2013 cuando aún faltaban días para la finalización del plazo de interposición del recurso. Por tanto, no hay insuficiente motivación de la resolución de adjudicación, sin perjuicio de que la alegación del recurrente en este extremo es generalizada, sin concretar por qué.

2. Se pretende que los datos existentes en determinados Registros sean elementos a valorar en el criterio de adjudicación “valoración funcional”, lo cual no es posible ya que en el Anexo al cuadro resumen se indica expresamente que se valorará la adaptación a los medios tecnológicos y a la sistemática de trabajo



de los servicios que utilizan este material, así como la tipología de los pacientes atendidos por los mismos.

3. No ha existido inseguridad jurídica por utilizar criterios no recogidos en el PCAP. Se constata a través del informe técnico del Comité Evaluador que se ha procedido a la valoración de elementos definidos en el criterio de adjudicación “valoración funcional” y que están directamente relacionados con los bienes ofertados. Además, la empresa recurrente aceptó el contenido del expediente al aportar su oferta, sin que pueda alegar ahora vulneración del principio de seguridad jurídica.

4. No ha habido vulneración del principio de igualdad en la valoración de las proposiciones pues todas las ofertas han sido objeto de valoración teniendo en cuenta los mismos aspectos.

SEXTO. Expuestos los argumentos de las partes, procede analizar los distintos motivos del recurso interpuesto.

En primer lugar, alega el recurrente que la resolución de adjudicación no está suficientemente motivada y es nula. También indica que solicitó el acceso al informe técnico sobre valoración de las ofertas pero que el mismo no se ha concedido con la antelación necesaria para la preparación del recurso. En consecuencia, tan sólo se ha informado de la puntuación correspondiente a cada uno de los criterios de adjudicación, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en que aquélla se notificó.

Frente a este motivo, en el informe del órgano de contratación se pone de manifiesto que no hay insuficiente motivación de la adjudicación por las razones que ya han quedado expuestas en esta resolución. Además, señala que la alegación del recurrente en este extremo es genérica pues no concreta las razones en que se funda.



Al respecto, se observa que en la resolución impugnada sólo se concretan las puntuaciones obtenidas por los licitadores en cada uno de los criterios de adjudicación de las dos agrupaciones impugnadas. No obstante, obra en el expediente de contratación una comunicación escrita efectuada a la recurrente mediante correo electrónico - cuya recepción es expresamente confirmada- por la que se le da traslado de la resolución de adjudicación y se le indica que *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se procede a informarle de la valoración realizada de su oferta y su comparativa con la empresa que ha resultado adjudicataria (...)”*.

En efecto, en la citada comunicación se detalla pormenorizadamente por cada una de las dos agrupaciones los extremos tenidos en consideración para otorgar puntuación a la oferta de la recurrente y a la de la adjudicataria en cada uno de los criterios de adjudicación, recogándose en tal sentido los argumentos que constan en el informe técnico sobre valoración de las ofertas. Así pues, no es posible, a la vista de la citada comunicación, considerar que no se disponía de información suficiente para la interposición de un recurso suficientemente fundado.

Por otro lado, también se manifiesta en el recurso que se solicitó el acceso a los informes técnicos determinantes de las puntuaciones asignadas en los criterios y que este acceso no se concedió con la antelación suficiente para la preparación del recurso. Al respecto, consta en el expediente que la posibilidad de acceso solicitada se comunicó mediante fax a la recurrente el 5 de marzo de 2013, antes, pues, de la expiración del plazo para la presentación del recurso especial. Además, en el escrito dirigido por el Hospital a JOHNSON & JOHNSON, S.A. se indica que, previamente, ya se ha manifestado por parte de la empresa la imposibilidad de acudir a la vista del expediente en determinados días, y a todo ello se une que el interés de la recurrente estaba en el acceso al informe técnico sobre valoración de los criterios, cuando el contenido del citado informe ya fue puesto de manifiesto a través de la comunicación efectuada a la empresa al remitirle la resolución de adjudicación.

Por consiguiente, el acceso al expediente pudo haber tenido lugar con tiempo suficiente para la interposición del recurso, cuestión distinta es que por causa de la recurrente el mismo no se produjera con dicha antelación. Además, la vista del informe técnico tampoco habría facilitado a JOHNSON & JOHNSON, S.A más información específica que la ya trasladada en comunicación escrita junto a la resolución de adjudicación.

SÉPTIMO. Otro motivo del recurso versa sobre las puntuaciones otorgadas en el criterio de adjudicación “valoración funcional” de las agrupaciones 1 y 2. En este sentido se alega que los datos existentes en determinados Registros, como el Australiano, Sueco e Ingles, llevan a la conclusión de que el sistema SIGMA de JOHNSON & JOHNSON, S.A tiene mejor valoración funcional que los sistemas de las empresas adjudicatarias de las dos agrupaciones.

Frente a este motivo, el órgano de contratación manifiesta que el recurrente pretende que se tengan en cuenta determinados datos registrales en la evaluación del criterio “valoración funcional” cuando el Anexo del cuadro resumen del pliego ya indica claramente lo que ha de ser objeto de evaluación en el citado criterio, a saber, la adaptación a los medios tecnológicos y a la sistemática de trabajo de los servicios que utilizan este material, así como la tipología de los pacientes atendidos por los mismos.

En este sentido, se observa que el PCAP del acuerdo marco establece para los contratos basados en el mismo una serie de criterios de adjudicación. Así, entre los criterios de evaluación no automática o dependientes de un juicio de valor, la cláusula 19.2 cita los siguientes:

- La valoración funcional del producto realizada por el propio centro .
- Servicios postventa.
- Bonificaciones.



De este modo, el PCAP, tras fijar como criterio de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco la valoración funcional del producto, deja margen a los órganos de contratación de los contratos basados en aquél para que determinen los concretos extremos que deban ser tenidos en cuenta en cada criterio, así como su ponderación.

En este sentido, en el Anexo al cuadro resumen del pliego que rigió la convocatoria del contrato basado en el acuerdo marco, se estableció para el criterio “valoración funcional del producto” un máximo de 18 puntos, señalándose los siguientes aspectos a tener en cuenta: << *se valorará la adaptación a los medios tecnológicos y a la sistemática de trabajo de los servicios que utilizan este material, así como a la tipología de los pacientes atendidos por los mismos, aplicándose la siguiente escala:*

1. *Funcionalmente muy adecuado...15 a 18 puntos.*
2. *Funcionalmente adecuado...10 a 14 puntos.*
3. *Funcionalmente aceptable...5 a 9 puntos.*
4. *Funcionalmente no aceptable 0 a 4 puntos. >>*

A la vista de lo anterior, no es posible acoger el motivo del recurso pues el recurrente pretende que la valoración del criterio en discusión se efectúe sobre la base de unos parámetros que no son los que define el órgano de contratación en la documentación que rige la licitación del contrato derivado del acuerdo marco.

En este sentido, la convocatoria del contrato basado en el acuerdo marco define lo que ha de ser objeto de valoración conforme al criterio discutido, pudiendo el recurrente haber impugnado la convocatoria en este particular extremo si no estaba de acuerdo. Al no haberlo hecho y presentar su oferta en el procedimiento, aceptó todas las condiciones de la licitación, tal y como establece el artículo 145.1 del TRLCSP, por lo que se ha de estar a lo indicado en el Anexo del Cuadro Resumen respecto a la valoración funcional del producto. En este punto, debe recordarse que los pliegos constituyen “la ley del contrato” y obligan por igual a la Administración y a los licitadores, siendo doctrina reiterada de la Jurisprudencia (sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de



1987, 20 de julio de 1998 y 17 de octubre de 2000, entre otras) que el pliego de condiciones es <<lex inter partes>> y norma básica, por lo que ha de estarse a lo dispuesto en sus cláusulas. Así lo ha venido también sosteniendo este Tribunal en diversas resoluciones, siendo una de las más recientes, la Resolución 22/2013, de 5 de marzo.

En definitiva, el recurrente no impugna los concretos aspectos que define el Anexo del cuadro resumen para la valoración funcional del producto, ni este Tribunal puede pronunciarse sobre su validez por impedirlo el principio de congruencia y al no observarse la presencia de vicios determinantes de nulidad radical en la definición de aquéllos que permitieran su apreciación de oficio. Es por ello que se ha de estar al contenido definido en el Anexo para valorar la funcionalidad de las prótesis, sin que pueda prosperar la pretensión del recurrente en cuanto a la mejor funcionalidad de su producto conforme a los datos que arrojan diversos Registros nacionales y extranjeros.

Por la misma razón expuesta, ninguna inseguridad jurídica se ha provocado a los licitadores. Alega el recurrente que la ponderación del criterio “valoración funcional” se ha efectuado utilizando criterios no recogidos en los pliegos que rigen la convocatoria. Ello no puede acogerse pues, como ya se ha visto, el Anexo al cuadro resumen del PCAP sí define lo que es susceptible de evaluación conforme al criterio, sin que la recurrente haya mostrado su disconformidad al respecto pues no ha hecho uso de la posibilidad que le asistía en cuanto a la impugnación de la convocatoria.

OCTAVO. Por último se invoca en el recurso la vulneración del principio de igualdad en la valoración de las proposiciones al haberse otorgado puntuaciones en los criterios de adjudicación sin que exista fundamento real para ello, dejándose de puntuar a la recurrente pese a acreditar la funcionalidad de sus prótesis.

En primer lugar, se ha de indicar que la oferta de JOHNSON & JOHNSON, S.A. no ha dejado de puntuarse. De hecho se consideró “funcionalmente aceptable”



recibiendo 5 puntos en el criterio “valoración funcional” de las agrupaciones 1 y 2.

En segundo lugar, del informe técnico se deduce claramente que todas las ofertas han sido valoradas siguiendo los mismos parámetros que no son otros que los previamente definidos en el Anexo al cuadro resumen del PCAP, por lo que este Tribunal no aprecia trato desigual en la valoración.

En tercer lugar, el recurrente aduce que se han otorgado puntos –se entiende que a las empresas adjudicatarias de las dos agrupaciones- sin fundamento real para ello. Tampoco puede acogerse esta alegación, pues JOHNSON & JOHNSON, S.A. la efectúa partiendo de que los puntos tenían que haberse dado siguiendo sus particulares parámetros de valoración que, reiteramos, no son los que se definen en la licitación; pero es que, además, el fundamento de la mayor valoración otorgada a las adjudicatarias de las dos agrupaciones se encuentra expresamente recogido en el informe técnico sobre valoración de los criterios y en la comunicación escrita que recibió el recurrente al notificarle la resolución de adjudicación.

En concreto, **en las agrupaciones 1 y 2** se indicaba lo siguiente respecto a la evaluación del criterio “valoración funcional” en las ofertas de las adjudicatarias: *“Atendiendo a los medios tecnológicos, sistemática de trabajo y tipología de pacientes atendidos, se le otorga una valoración final por dicho criterio de 18 puntos, considerando la oferta como funcionalmente muy adecuada en base a (...)”*, describiéndose a continuación los elementos tenidos en consideración en el componente femoral, componente tibial y componente rotuliano. Finalmente, el informe técnico termina señalando que *“adicionalmente a lo señalado se hace preciso valorar, por estar directamente relacionado con la sistemática de trabajo y medios tecnológicos, que:*

- *El instrumental auxiliar necesario para su implantación es de fácil y cómodo manejo propiciando una mejor adaptación a la mayoría de los centros.*
- *Mayor versatilidad en la utilización de los implantes.”*



Por consiguiente, ésta es la razón que determina la mayor puntuación de las ofertas adjudicatarias de las dos agrupaciones respecto a la oferta de la recurrente en las dos agrupaciones impugnadas. Nada opone JOHNSON & JOHNSON, S.A frente a ello.

En general, cabe concluir que el recurso interpuesto no está fundamentado partiendo de un análisis de la documentación que rige la licitación y de las concretas razones determinantes de la adjudicación de las dos agrupaciones, cuya notificación a la recurrente no puede cuestionarse. Así pues, en el recurso, ni se atacan los extremos definidos en la licitación para la valoración funcional del producto, ni tampoco la evaluación en sí misma realizada de las ofertas. Desde esta perspectiva el recurso no está fundamentado pues parece desconocer, sin causa que lo justifique, las circunstancias concretas de la licitación que se impugna, todo lo cual debe advertirse al recurrente.

Por otro lado, ya hemos indicado que las resoluciones de los recursos han de ser congruentes con las peticiones formuladas en los mismos (artículo 47.2 del TRLCSP), lo cual obliga a la desestimación íntegra del ahora interpuesto.

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

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A** contra la resolución, de 19 de febrero de 2013, de la Directora Gerente del Complejo Hospitalario de Málaga adscrito al Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudican, entre otras, las agrupaciones 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: rodilla primaria con destino a los



centros hospitalarios integrantes de la Plataforma Provincial de Logística Integral de Málaga”.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

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 TRLCSP.

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.

LA PRESIDENTA

