

Recurso 39/2013**Resolución 55 /2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 3 de mayo de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER, 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 proposición de la recurrente ZIMMER, S.A. resultó excluida en la agrupación 1 por no ofertar a todos los lotes y en la agrupación 2 por no igualar o superar el umbral mínimo (5 puntos) establecido en el criterio de adjudicación denominado “valoración funcional del producto”.

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 las razones de su exclusión de la licitación.

TERCERO. El 8 de marzo de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ZIMMER, S.A. contra la anterior resolución de adjudicación del contrato (agrupaciones 1 y 2). Previamente, el 27 de febrero de 2013, se presentó en el Registro del órgano de contratación el anuncio del citado recurso.

Posteriormente, 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 27 de marzo de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación.

CUARTO. El 1 de abril 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 2 de abril de 2013, se dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en plazo 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.

Formalmente el recurso se dirige 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, si bien el acto recurrido en cuanto al fondo es la exclusión de la licitación respecto de las dos agrupaciones del contrato, habiendo tenido el recurrente constancia fehaciente del mismo a través de la notificación de la resolución de adjudicación.

Asimismo, 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.

Por tanto, resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 b) 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 8 de marzo de 2013, el mismo se ha interpuesto



dentro del plazo legal antes señalado.

Asimismo, el 27 de febrero 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. ZIMMER, S.A. resultó seleccionada en el acuerdo marco 4005/2010 del que trae causa la actual contratación. No obstante, en la convocatoria del contrato basado en aquél se han creado *Genéricos de Centro* diferentes a los códigos que ZIMMER, S.A. tiene homologados, circunstancia que ha provocado su exclusión.

En concreto, para el lote 7 de la agrupación 1, el órgano de contratación ha realizado la convocatoria con la siguiente descripción: “CGC D89960 SU.PC.SANI.04.06.14.000000 COMPONENTE TIBAL CEMENTADO-Posición: ambidiestra; Inserto: fijo; Tipo de inserción: quilla; Tipo de componente: primario”. En cambio, el producto está homologado en el Catálogo de Materiales y Productos del Servicio Andaluz de Salud con el Código de Centro CGC D39042. En definitiva, se han creado Genéricos de Centro diferentes de los homologados en el acuerdo marco.

La exigencia de especificaciones técnicas como las señaladas son exclusivas de un producto concreto comercializado por una empresa que es, en definitiva, la que podrá optar a resultar adjudicataria del contrato.

2. La oferta de ZIMMER a la agrupación 2 cumple todos los requisitos de umbral funcional mínimos establecidos en la agrupación, siendo incorrecta la ponderación del criterio “valoración funcional”.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe sobre el recurso manifiesta lo siguiente:



Respecto al primer motivo del recurso, indica que el Genérico de Centro se articula como eslabón intermedio entre el artículo (Código SAS, que ha sido objeto del acuerdo marco 4005/2010) y los productos ofertados (CIP) por los adjudicatarios del acuerdo marco, permitiendo agrupar todas las ofertas técnicas (CIP) con unas mismas características, definidas a través de atributos y medidas que se detallan en el Genérico de Centro.

Estos Genéricos de Centro son objeto de esta licitación concreta y se hallan asociados a los Códigos SAS objeto de homologación en el acuerdo marco. Aquéllos son los que detallan los atributos y medidas que se pretenden adquirir. Por tanto, cada órgano gestor decide los Genéricos de Centro que desea licitar con un doble requisito: que estén vinculados al Código SAS (artículo) y que los productos asociados a dicho genérico tengan el carácter de homologados.

La empresa recurrente alega que los productos ofertados para el artículo “componente tibial cementado” están homologados en el Código Genérico de Centro D39042, mientras que el Genérico de Centro objeto de licitación es D89960. La diferencia entre ambos Genéricos de Centro radica en el componente, ya que el licitado es de carácter primario y el ofertado es “bandeja tibial”. Por tanto, no es posible la adjudicación pretendida por la recurrente ni a nivel técnico (porque se tratan de productos diferentes a los solicitados por el órgano de contratación), ni a nivel procedimental (porque sus CIPs no se encuentran en el Genérico de Centro objeto de licitación).

Asimismo, no se han detallado en la licitación especificaciones técnicas exclusivas en la medida que a la agrupación 1 han resultado admitidas dos ofertas, existiendo concurrencia.

En cuanto al segundo motivo del recurso, el órgano de contratación indica que la recurrente realiza una precisión incorrecta pues alega que su oferta cumple todos los requisitos de umbral establecidos para la agrupación 2, cuando precisamente el informe técnico lo que señala es aquellos elementos que de concurrir



determinan que la oferta no alcance el umbral mínimo funcional.

Entre dichos elementos se indican los topes de rotación y como la oferta de la recurrente disponía de ellos, tal causa motivó que no llegara al umbral exigible.

Además, la recurrente no cuestiona los umbrales señalados en el informe técnico, sino su incorrecta aplicación a la oferta por ella presentada.

SEXTO. Expuestos los argumentos de las partes, procede entrar en el análisis de los distintos motivos del recurso interpuesto.

El primero de ellos afecta a la agrupación 1, de cuya licitación fue excluida la proposición de la recurrente por no ofertar todos los lotes. Al respecto, en el informe técnico sobre valoración de los criterios de adjudicación se hace constar lo siguiente respecto de la empresa ZIMMER, S.A.: *“En el lote 7 de la agrupación 1, al GC D89960 relativo a “Componente tibial cementado-posición: ambidiestra; Inserto: fijo; Tipo de inserción: quilla; Tipo de componente: primario”, únicamente oferta CIP asociados a GC diferentes y más concretamente al GC D39042 “Componente tibial cementado –posición: ambidiestra. Inserto fijo. Tipo de inserción: quilla. Tipo de componente: bandeja tibial.*

Por tanto, en la medida que la adjudicación es por agrupación y existe un lote en el cual lo ofertado no corresponde con el Genérico de Centro solicitado (...) es por lo que se desestima dicha oferta para la agrupación 1”

Así pues, el objeto de la controversia reside en el lote 7 de la agrupación 1. En efecto, la licitación del contrato en cuestión ha de efectuarse por agrupaciones de lotes (dos en concreto), de modo que el no ofertar a todos los lotes de la agrupación o el hacerlo a uno o varios lotes con un producto no vinculado al GC objeto de ese lote o lotes imposibilita la adjudicación de la agrupación en su conjunto.

La recurrente no discute que la adjudicación deba ser por la totalidad de los lotes



de la agrupación- extremo que asume -, sino que en el lote 7 se haya creado un genérico de centro diferente a los códigos que ella tiene homologados.

Al respecto, en la relación que se adjunta al pliego de prescripciones técnicas (PPT), se describen los distintos lotes que componen la agrupación 1 “*prótesis primaria de rodilla: estándar*” con los siguientes datos de interés:

Lotes	Genérico de Centro
1	B53705
2	B98848
3	B39765
4	B40242
5	B50983
6	D33302
7	D89960
8	B40629
9	B48483
10	B39973

En el lote 7 consta, pues, que el GC es D89960, mientras que el producto ofertado por ZIMMER, S.A a dicho lote estaba asociado al GC D39042.

Sobre esta cuestión, procede indicar en primer lugar que no es posible discutir con motivo de la exclusión de la oferta la definición de un GC que ya figuraba en el PPT. En el momento en que la recurrente presentó su oferta en el procedimiento, aceptó incondicionalmente los pliegos de la licitación (artículo 145.1 del TRLCSP), los cuales se erigen, según constante jurisprudencia, en “ley del contrato” que vinculan por igual a Administración y licitadores. Por tanto, si la recurrente no estaba de acuerdo con el GC descrito para el lote 7 en el PPT debió impugnar éste, siendo su alegación en este momento procedimental totalmente extemporánea.

En segundo lugar y a mayor abundamiento, se ha de dar la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que la recurrente pone de manifiesto un error de



concepto: en este sentido, hay que distinguir entre el Código SAS, el GC y el Código de Identificación del Producto (CIP).

En la resolución de adjudicación del acuerdo marco 4005/2010 del que trae causa la presente licitación, el lote 40 se definía como “Componente tibial cementado (unidad pieza)” con el Código SAS 04.06.14.000000. En dicho lote resultaron seleccionadas varias empresas, entre ellas la recurrente, con sus distintos productos identificados a través del CIP.

Pues bien, el GC se articula como eslabón intermedio entre el artículo (Código SAS) objeto del acuerdo marco 4005/2010 y los productos de las empresas que han sido ofertados y seleccionados en el mismo (CIPs). Así pues, en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud figura el artículo (Código SAS) del que derivan los GC, que a su vez agrupan, bajo unos atributos y medidas concretos, los productos con CIPs adjudicados en el acuerdo marco.

Así pues, los GC objeto de licitación en los contratos basados en el acuerdo marco han de cumplir el doble requisito de estar vinculados al Código SAS y que los productos asociados a dicho Genérico se encuentren homologados.

En el supuesto examinado, los productos ofertados por la recurrente en el acuerdo marco para el artículo “componente tibial cementado” (Código SAS 04.06.14.000000) están agrupados en el GC D39042, que precisamente es objeto del lote 18 integrado en la agrupación 2 del contrato, pero que en definitiva es distinto al GC D89960 que constituye el objeto del lote 7 de la agrupación 1. En este sentido, el GC 89960 se describe como “Componente tibial cementado-posición: ambidiestra. Inserto fijo. Tipo de inserción: quilla. Tipo de componente: primario”, mientras que el GC 39042 comprende los siguientes atributos “Componente tibial cementado-posición: ambidiestra. Inserto fijo. Tipo de inserción: quilla. Tipo de componente: bandeja tibial”

En definitiva, los productos de la recurrente que fueron seleccionados en el lote 40 del acuerdo marco nunca podrían ser ofertados en el lote 7 de la agrupación 1



de la presente contratación, al no reunir la totalidad de atributos y características de los bienes definidos para el citado lote y como quiera que la adjudicación de la agrupación debía ser por la totalidad de los lotes que la componen, ha de considerarse correcta la exclusión de la oferta de la recurrente respecto a la agrupación 1.

Finalmente, alega el recurrente que las características y atributos del GC definido para el lote 7 de la agrupación 1 son exclusivas de un producto concreto, lo cual no se compadece con los datos que derivan del expediente de contratación remitido donde consta que en la citada agrupación fueron admitidas dos ofertas.

Por todas las razones expuestas, ha de decaer este primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. El segundo motivo del recurso afecta a la agrupación 2 del contrato, viniendo a manifestar el recurrente que se ha realizado una incorrecta ponderación del criterio de adjudicación “valoración funcional” respecto a su oferta, la cual cumple todos los requisitos de umbral funcional mínimos establecidos para la agrupación.

Al respecto, en el Anexo al cuadro resumen del PCAP aparece, como criterio de evaluación no automática o dependiente de un juicio de valor, la valoración funcional del producto con una ponderación de 0 a 18 puntos y un umbral mínimo de 5 puntos, indicándose 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, aplicándose la siguiente escala:*

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

Por otro lado, en el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se expone lo



siguiente: “Al establecerse la obligatoriedad de alcanzar un mínimo de 5 puntos respecto al criterio de adjudicación <<valoración funcional>>, se han tenido en cuenta los aspectos que se citan a continuación, atendiendo a los medios tecnológicos disponibles, sistemática de trabajo de los servicios quirúrgicos que utilizan este tipo de material y la tipología de pacientes atendidos, y que son:

Agrupación número 1 (...)

Agrupación número 2:

Componente femoral menos de 6 tallas.

Componente tibial menos de 6 tallas.

No poseer instrumental para alineación intra y extra medular.

Botón rotuliano menos de 3 tallas.

Topes en la rotación.

En base a ello, las siguientes empresas no cumplen el citado umbral funcional en base a:

ZIMMER, S.A.: en la agrupación número 2 ofertada no supera el umbral mínimo al disponer de topes en la rotación, lo que supone favorecer el deterioro del polietileno y mayor desgaste del mismo (funcionalmente no aceptable).”

Para resolver este motivo del recurso se ha de realizar una consideración previa sobre la descripción del criterio discutido. En este sentido, en el Anexo al cuadro resumen del pliego se exponen los aspectos a tener en cuenta en la evaluación de la “valoración funcional del producto” y se fija una escala conforme a la cual se distribuirán esos puntos. En concreto, si el producto evaluado se considera funcionalmente no aceptable es valorado con hasta 4 puntos, no alcanzado el umbral funcional mínimo de 5 puntos fijado.

Pues bien, la recurrente no ha impugnado este modo de valoración del criterio que rige la convocatoria del contrato basado en el acuerdo marco. Es más lo aceptó incondicionalmente cuando presentó su oferta (artículo 145.1 del TRLCSP), por lo que constituyendo el pliego, según constante jurisprudencia, ley entre las partes, tanto la Administración como los licitadores que hayan participado en el procedimiento han de estar a lo que aquél disponga, salvo que

su contenido estuviera afectado por una causa de nulidad de pleno derecho. En este sentido, se observa que la descripción del criterio señalado, otorga un amplio margen de discrecionalidad a la Administración en su ponderación y que, al haberse fijado un umbral mínimo excluyente, hubiera sido deseable mayor concreción en la determinación de los elementos necesarios para la superación del citado umbral, sin embargo esa falta de concreción posteriormente cubierta en el informe técnico emitido, aparte de no ser objeto de reproche jurídico alguno por parte del recurrente, tampoco permite apreciar arbitrariedad en la actuación evaluadora de la Administración. Esto conduce a estimar que se ha de estar a la descripción del criterio que se hace en el Anexo al cuadro resumen y al umbral funcional mínimo que para la agrupación 2 se fija en el informe técnico, sin que este Tribunal pueda de oficio realizar otro tipo de consideraciones al no concurrir vicio de nulidad radical o absoluta en el proceder administrativo.

Hecha esta consideración previa, se ha de indicar que el motivo de impugnación pivota exclusivamente sobre la incorrecta ponderación de la oferta del recurrente con arreglo al criterio “valoración funcional”, argumentándose que aquélla cumple todos los requisitos del umbral funcional mínimo.

Pues bien, ya se ha indicado que, no obstante el amplio margen de discrecionalidad en la valoración del criterio, la actuación evaluadora plasmada en el informe técnico no ha sobrepasado los límites de aquélla, al no incurrir en arbitrariedad, ni existir falta de motivación o error manifiesto en dicho proceder. Siendo ello así, este Tribunal no puede entrar a valorar si la existencia de topes en la rotación, causa que impidió al recurrente alcanzar el umbral mínimo exigible, hace funcionalmente inaceptable el producto que se pretende adquirir. A juicio de los autores del informe técnico, todos ellos Médicos Especialistas en Traumatología, los topes en la rotación favorecen el deterioro del polietileno y su mayor desgaste, criterio éste amparado por su juicio técnico y el margen de discrecionalidad sobradamente reconocido por los Tribunales de Justicia.

A lo anterior se une que el recurrente no muestra su disconformidad con los aspectos cuya concurrencia le impidieron alcanzar el umbral a juicio de los



Expertos Técnicos. Al contrario, sostiene expresamente en el recurso la concurrencia de topes en la rotación, todo lo cual apunta a una incorrecta apreciación del umbral establecido, pues parece haber entendido que el umbral se alcanzaba si el producto disponía de topes en la rotación cuando era al contrario. En cualquier caso, lo que está claro es que no hay controversia en el recurso en cuanto a la causa que motiva la exclusión de la oferta en la agrupación 2, limitándose el recurrente a efectuar su propio juicio de valor sobre la funcionalidad del producto que ofertó.

Por todo ello, procede igualmente la desestimación de este motivo del recurso.

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 **ZIMMER, 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 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

