

Recurso 34/2017**Resolución 61/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de marzo de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SILVERSTEIN MEDICAL, S.L.** contra la resolución, de 7 de febrero de 2017, del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: artículos para reconstrucción y regeneración tisular con componente humano y suministro de material específico para quirófanos: artículo para reconstrucción y regeneración tisular para los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” en lo que se refiere a los lotes 1, 2 y 3 (Expte. 0000480/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 14 de octubre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del



contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 27 de octubre de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 260.

El valor estimado del contrato asciende a 2.905.173,50 euros.

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

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

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, el 7 de febrero de 2017 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato.

La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 9 de febrero de 2017 y remitida a los licitadores el 10 de febrero de 2017.

CUARTO. El 1 de marzo de 2017, la entidad SILVERSTEIN MEDICAL, S.L. presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución citada en el antecedente previo.

QUINTO. Mediante oficio de 2 de marzo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación se recibió en este Tribunal el 10 de marzo de 2017.



SEXTO. El 14 de marzo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad PRIM, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

El escrito de impugnación se deduce frente a la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. En consecuencia, procede el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del*



siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 10 de febrero de 2017, presentándose el recurso el 1 de marzo de 2017, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Una vez examinados los requisitos de admisión del recurso, hemos de entrar en el examen de sus motivos. La recurrente solicita la anulación de la adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 del contrato y funda su pretensión en la indebida falta de valoración de su oferta en los citados lotes por *“no aportar documentación relevante referida a la composición”*.

Antes de examinar la cuestión controvertida, hemos de partir del contenido de los pliegos en los extremos que aquí interesan.

Al respecto, los lotes 1, 2 y 3 se describen del modo siguiente en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT):

- Lote 1: Relleno óseo de matriz ósea desmineralizada y excipientes – volumen: (1-1); forma de presentación: jeringa precargada.
- Lote 2: Relleno óseo de matriz ósea desmineralizada y excipientes – volumen: (2.5-2.5); forma de presentación: jeringa precargada.
- Lote 3: Relleno óseo de matriz ósea desmineralizada y excipientes – volumen: (5-5); forma de presentación: jeringa precargada.

Asimismo, las especificaciones técnicas de los bienes se describen en el apartado 1.2 del PPT, que prevé lo siguiente para los lotes 1, 2 y 3:

Lote 1: *“Atributos y medidas*

-Volumen: [1-1].

-Forma de presentación: jeringa precargada.



-Datos dependientes de la Clasificación

Datos de la Ficha Técnica

Indicaciones: Estimula el crecimiento óseo.

Descripción: Matriz ósea desmineralizada con excipientes como copolimero de oxido de polietileno, carboximetilcelulosa y otros.

Material: Partículas desmineralizadas con excipientes.

Medidas: Envase con varias presentaciones.

Envasado: Envase unitario estéril con etiquetado en el que figure:

- *La denominación del artículo.*
- *El método de esterilización utilizado.*
- *La fecha de caducidad.*
- *El número de lote.*
- *La referencia comercial.”*

Lote 2: *“Atributos y medidas*

-Volumen: [2.5-2.5].

-Forma de presentación: jeringa precargada.

-Datos dependientes de la Clasificación

Datos de la Ficha Técnica

Indicaciones: Estimula el crecimiento óseo.

Descripción: Matriz ósea desmineralizada con excipientes como copolimero de oxido de polietileno, carboximetilcelulosa y otros.

Material: Partículas desmineralizadas con excipientes.

Medidas: Envase con varias presentaciones.

Envasado: Envase unitario estéril con etiquetado en el que figure:

- *La denominación del artículo.*
- *El método de esterilización utilizado.*
- *La fecha de caducidad.*
- *El número de lote.*
- *La referencia comercial.”*

Lote 3: *“Atributos y medidas*

-Volumen: [5-5].

-Forma de presentación: jeringa precargada.

-Datos dependientes de la Clasificación



Datos de la Ficha Técnica

Indicaciones: Estimula el crecimiento óseo.

Descripción: Matriz ósea desmineralizada con excipientes como copolímero de óxido de polietileno, carboximetilcelulosa y otros.

Material: Partículas desmineralizadas con excipientes.

Medidas: Envase con varias presentaciones.

Envasado: Envase unitario estéril con etiquetado en el que figure:

- *La denominación del artículo.*
- *El método de esterilización utilizado.*
- *La fecha de caducidad.*
- *El número de lote.*
- *La referencia comercial.”*

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la oferta de la recurrente a los lotes 1, 2 y 3 no fue valorada porque, a la hora de proceder a la evaluación de las ofertas con arreglo al criterio de adjudicación de evaluación no automática “características técnicas y funcionalidades”, la comisión técnica consideró que la proposición de SILVERSTEIN MEDICAL, S.L. no aportaba documentación relevante referida a la composición.

El citado criterio de adjudicación se define en el Anexo A al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que le asigna un máximo de 20 puntos con un umbral mínimo de 1 punto. La redacción es la siguiente:

“La valoración de este apartado se efectuará en base a la documentación técnica y las muestras aportadas por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base a la facilidad de utilización, seguridad de resultados, compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación.

ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN DE ESTE CRITERIO:

Base: 1 punto (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

Aceptable: 5 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

Bueno: 10 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)



Muy bueno: 15 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

Excelente: 20 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

JUSTIFICACIÓN DE ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN:

Base: Cumple sólo los requisitos mínimos exigidos.

Aceptable: Cumple los requisitos mínimos exigidos y mejora levemente algún aspecto.

Bueno: Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras apreciables.

Muy bueno: Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras sustanciales.

Excelente: Cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes.

JUSTIFICACIÓN DE NO SUPERAR EL UMBRAL:

- No cumple funcionalmente según las características técnicas recogidas en el cuadro resumen al PCAP y PPT.

- No muestras (no cumple una vez solicitada la subsanación de la entrega de las mismas).”

Sobre la base de los antecedentes expuestos, hemos de analizar los alegatos de las partes.

La recurrente aduce que el motivo por el que no se valora su oferta en los tres lotes señalados es porque no aporta documentación relevante sobre la composición cuando, a su juicio, la misma se detalla claramente en su documentación técnica hasta en dos ocasiones: cuando indica que “*SteriFuse Putty DBM & Sterifuse Crunch son: obtenidos 100% de hueso humano, sin añadidos que entorpezcan la regeneración ósea*” y cuando señala que “*SteriFuse DBM Putty (pasta) y SteriFuse Crunch (chips) poseen las siguientes propiedades: Producto creado de 100% hueso humano desmineralizado DBM -sin productos añadidos que puedan alterar el proceso de regeneración ósea*”.

Esgrime que el texto de su oferta era suficientemente claro al señalar que se trata de DBM (Matriz Ósea Desmineralizada) de origen humano con un porcentaje del 100%, sin añadidos que entorpezcan la regeneración ósea, por lo que no se cumplen, a su juicio, ninguna de las dos circunstancias previstas en el PCAP para no superar el umbral mínimo técnico, de ahí que solicite la anulación



de la adjudicación de los tres lotes a fin de que se evalúe su oferta con arreglo a los criterios de adjudicación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que, en la valoración de las ofertas, se estableció como elemento diferenciador el porcentaje de DBM en la presentación y el porcentaje de excipiente (componente inductor) por posibles contraindicaciones e hipersensibilidad, siendo este último aspecto el que no acredita la recurrente. En definitiva, alega que su proposición no pudo ser valorada por no acreditar la mencionada información, es decir, el porcentaje de matriz ósea y porcentaje de excipiente, y ello pese a que la comisión técnica fue más allá, consultando la página web de la empresa sin conseguir aquella información.

Finalmente, la entidad interesada PRIM, S.A., en sus alegaciones al recurso, defiende la procedencia de la exclusión impugnada aduciendo que SILVERSTEIN MEDICAL, S.L. solo aporta información comercial del producto sin valor científico y que esa información es, además, confusa en la medida que el producto contiene en su composición biovidrios y gelatina como excipiente, lo cual entra en contradicción con la mención hecha por la recurrente en el catálogo a que la composición es *“DBM 100% humano sin añadidos”*.

SEXTO: Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida donde, en definitiva, la recurrente impugna la falta de valoración de su oferta en los lotes 1, 2 y 3 por no presentar documentación relevante sobre la composición de los productos.

Pues bien, entrando a examinar el motivo del recurso, lo primero que se observa es que la causa determinante de la falta de valoración se formula en términos muy genéricos *“no aportar documentación relevante referida a la composición”*, siendo el informe al recurso el que concreta aquellos extremos de la composición de los productos que, a juicio de la comisión técnica, no quedaron acreditados en la oferta de la recurrente.



En cualquier caso, como la aparente insuficiencia de motivación no es la causa esgrimida en el recurso para fundamentar la anulación del acto impugnado, y como quiera que la recurrente combate sustantivamente la exclusión *de facto* de su oferta, hemos de analizar si aquella exclusión se ajusta o no a derecho; y al no existir otros datos en el expediente que clarifiquen qué documentación relevante sobre la composición -omitida por la recurrente- ha impedido la valoración de la oferta, hemos de partir de las razones concretas que se exponen en el informe al recurso y que, según se afirma en el mismo, han sustentado esa falta de valoración de la proposición de SILVERSTEIN MEDICAL S.L.

Al respecto, el informe al recurso señala que en la valoración de las ofertas se estableció como elemento diferenciador el porcentaje de DBM (matriz ósea desmineralizada) en la presentación y el porcentaje de excipiente (componente inductor), siendo este aspecto -porcentajes de matriz ósea y de excipiente- el que no acredita la recurrente en su oferta.

No obstante, la indicación de estos porcentajes de matriz ósea y de excipiente no aparecen reflejados en las especificaciones técnicas de los lotes 1, 2 y 3, cuyo contenido hemos reproducido en el fundamento anterior. Así, en la descripción de los artículos que establece el PPT para los tres lotes se señala *“Matriz ósea desmineralizada con excipientes como copolímero de óxido de polietileno, carboximetilcelulosa y otros”* y en cuanto al material se indica *“Partículas desmineralizadas con excipientes”*, sin que aparezca como especificación la indicación del porcentaje y/o proporción de matriz ósea y de excipiente.

Es por ello que, aun cuando la oferta de la recurrente obrante en el expediente especifica que sus productos (SteriFuse Putty DBM y Sterifuse Crunch) *“son creados de 100% hueso humano desmineralizado -sin productos añadidos que puedan alterar el proceso de regeneración ósea-”*, debemos reiterar que el motivo de su falta de valoración, ni está expresado con la concreción necesaria en el informe técnico emitido en el curso de la licitación, ni resulta adecuado en



la medida que introduce un factor -los porcentajes de matriz ósea y de excipiente- que no se menciona en el PPT.

En tal sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal -por todas, la reciente Resolución 23/2017, de 3 de febrero- y de los restantes Órganos de recursos contractuales que los pliegos de la licitación, una vez firmes, vinculan no solo a los licitadores sino también a la Administración autora de los mismos, que no podrá apartarse del contenido de estos so pena de incurrir en infracción de los principios de igualdad de trato y de transparencia en la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

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

En definitiva, en el supuesto analizado, aun cuando la pauta técnica de tomar en consideración los porcentajes de matriz ósea y de excipiente pudiera ser fundamental en la valoración de las ofertas -tal y como se señala ahora en el informe sobre el recurso-, lo cierto es que la indicación de tales porcentajes no viene señalada en las especificaciones del PPT ni se menciona en el contenido que debe incorporar la documentación técnica a presentar por los licitadores,



razón por la que no puede la comisión evaluadora introducir, en fase de valoración de las ofertas, un requisito no establecido en el PPT y cuya acreditación por los licitadores tampoco se ha mencionado en los pliegos; y menos aún, puede acordar la no valoración o exclusión “*de facto*” de la oferta presentada por la recurrente con base en tal circunstancia.

Es más, la redacción del criterio de adjudicación “características técnicas y funcionalidades” solo establece dos casos de exclusión por no superación del umbral mínimo: no cumplir funcionalmente según las características técnicas recogidas en el cuadro resumen al PCAP y PPT y no aportar muestras.

Se observa, pues, que la causa que motiva la exclusión de la oferta -no aportar documentación relevante sobre la composición- no encaja en ninguno de estos dos supuestos. Así las cosas, salvo los casos en que la comisión técnica hubiese detectado un incumplimiento de los pliegos o la inexistencia de muestras, en los demás supuestos, como el aquí examinado, debía haber procedido a la evaluación de las ofertas.

Es por ello que se debe estimar el recurso y anular la adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 del contrato, procediendo valorar la proposición de la recurrente con arreglo a los criterios de adjudicación previstos en el PCAP, sin que ello merme la garantía de objetividad que debe presidir tal proceso, en la medida que no consta que se hayan abierto los sobres de documentación relativos a los criterios de evaluación automática presentados por SILVERSTEIN MEDICAL, S.L.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SILVERSTEIN MEDICAL, S.L.** contra la resolución, de 7 de



febrero de 2017, del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: artículos para reconstrucción y regeneración tisular con componente humano y suministro de material específico para quirófanos: artículo para reconstrucción y regeneración tisular para los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. 0000480/2016), y en consecuencia, anular la adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 del contrato, todo ello en los términos señalados en el fundamento de derecho sexto de esta Resolución.

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

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

