

Recurso nº 118/2018**Resolución nº 110/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D^a S.P.D. actuando en nombre y representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el lote 4 del acuerdo marco convocado para el suministro sucesivo de sistemas de prótesis total de rodilla con destino a los centros hospitalarios del Servicio Gallego de Salud, expediente MA-SER1-18-017, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Servicio Gallego de Salud se convocó la licitación del acuerdo marco convocado para el suministro sucesivo de sistemas de prótesis total de rodilla con destino a los centros hospitalarios, con un valor estimado declarado de 32.076.000,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el día 07.03.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, el contrato estuvo sometido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- La recurrente impugna el acuerdo de la mesa de contratación del día 11.10.2018 que decide la exclusión de su oferta presentada al lote nº4 de la licitación por el siguiente motivo:

“ofertar para el lote 4 el implante JOURNEY II, que es un implante femoral que presenta dos radios distintos, y uno de ellos es de radio único solamente de 11,5º a 90º, con lo cual se comporta como un radio múltiple. El PPT exige en su apdo 4.1: componente femoral construido con radio único”.

Cuarto.- El día 07.11.2018 SMITH & NEPHEW, S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- Con fecha 08.11.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 16.11.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 19.11.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- Este Tribunal acordó suspender el procedimiento de licitación del lote 4 el día 15.11.2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La empresa recurrente impugna su exclusión del procedimiento de licitación, por lo que su legitimación es incuestionable.

Cuarto.- El acuerdo de exclusión se notificó el día 17.10.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Tratándose de un acuerdo marco de suministro con un valor estimado de 32.076.000,00 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente niega en sus alegaciones que el producto ofertado incumpla el PPT, pues manifiesta que el comportamiento de su prótesis *“resulta en todo caso único radio en ese rango de media flexión”*. Señala además que en ningún momento se estipula en los pliegos que ambos cóndilos deban presentar el mismo radio, por lo que indica que la oscuridad de los pliegos no pueden causar su exclusión.

Por otro lado, advierte que la interpretación de la mesa de contratación quiebra con los principios de la libre competencia, igualdad de trato y no discriminación, puesto que ese criterio solo lo cumpliría una casa comercial.

Séptimo.- El órgano de contratación en su informe se opone a los argumentos del recurrente. Señala que el modelo presentado *“consiste en un implante que presenta dos radios distintos, y uno de ellos es de radio único solamente de 11,5 a 90º, con lo cual se comporta como un radio múltiple”*. Entiende que no cabe apreciar cláusulas oscuras en los pliegos, porque estaba especificado de manera precisa que el componente femoral debía ser de radio único y, sobre la alegación referida a la quiebra de la libre competencia, indica que no hay tal, y prueba de eso es que se presentaron otras dos empresas a la licitación de ese lote, además de la recurrente.

Octavo.- El primer argumento del recurso señala que el implante ofertado cumple los requisitos exigidos en el PPT ya que se comporta como radio único *“en el rango de media flexión, que se produce normalmente entre 10 y 90º”*.

Debemos hacer referencia al PPT que establecía respecto a las características que debían reunir los productos a licitar en el lote 4 las siguientes:

“4.1 Componente femoral construido con radio único.

4.2 Componente tibial anatómico (distinto para derecha e izqda).

4.3 Insertos CR (conservación de ligamento cruzado posterior) ultracongruente y PS (posterior estabilizado).

4.4 Componente rotuliano”

El órgano de contratación, como vimos, se opone a este argumento indicando que el implante se comporta como de radio múltiple, a lo que acompaña imagen en la

que consta un radio medial y un radio lateral de manera diferenciada, lo que determina que la prótesis incumpla lo previsto en el PPT.

Por lo tanto, lo que aprecia este Tribunal es que el recurrente en el propio recurso de impugnación señala que la prótesis ofertada *“utiliza un radio diferente en cada uno de los cóndilos, pero que resulta en todo caso único radio en ese rango de media flexión”*, lo que supone que fuera de ese ángulo el comportamiento no es de radio único. E, igualmente, que el órgano de contratación acredita la existencia en el implante de dos radios diferentes, uno medial y uno lateral, por lo que concluye que su comportamiento no es de radio único. Como señala su informe *“radio único es como indica su nombre que la prótesis tendrá en todos los ángulos un mismo y único radio”*, algo que el producto ofertado por el recurrente no cumpliría.

En consecuencia, en la función revisora de este Tribunal no cabe apreciar que el órgano de contratación se apartara de lo señalado por los pliegos de la licitación, que señalan como característica del producto a suministrar en este lote 4 un *“componente femoral construido con radio único”*, sin que los argumentos traídos por el recurrente ante este TACGal permitan desvirtuar el criterio técnico del órgano de contratación, ni demuestren la existencia de una desviación en la resolución de exclusión de lo exigido en el PPT, además de que el propio texto del recurso reconoce ese comportamiento como radio único de la prótesis únicamente en un rango de ángulos determinado. Todo esto determina que se deba desestimar este motivo del recurso.

Noveno.- El segundo argumento del recurrente se refiere a la oscuridad en la redacción de los pliegos de la licitación, así como a la restricción de la libre competencia que supone el criterio técnico adoptado por el órgano de contratación, pues señala el recurrente que solo una empresa cumpliría el requisito del radio único.

Al respecto, debemos señalar que los pliegos configuran esta licitación estableciendo una división de la misma en 4 lotes, con las siguientes características específicas de los productos a suministrar en cada uno de ellos:

“Lote 1: sistema de prótesis total de rodilla(A)”

1.1 Componente femoral construido con radio múltiple.

1.2 Componente tibial estándar(igual para derecha e izqda).

1.3 Insertos CR (conservación de ligamento cruzado posterior) ultracongruente y PS (posterior estabilizado).

1.4 Componente rotuliano

Lote 2: sistema de prótesis total de rodilla(B)”

2.1 Componente femoral construido con radio múltiple.

2.2 Componente tibial anatómico (distinto para derecha e izqda).

2.3 Insertos CR (conservación de ligamento cruzado posterior) ultracongruente y PS (posterior estabilizado).

2.4 Componente rotuliano

Lote 3: sistema de prótesis total de rodilla(C)

3.1 Componente femoral construido con radio único.

3.2 Componente tibial estándar (igual para derecha e izqda).

3.3 Insertos CR (conservación de ligamento cruzado posterior) ultracongruente y PS (posterior estabilizado).

3.4 Componente rotuliano.

Lote 4: sistema de prótesis total de rodilla(A)

4.1 Componente femoral construido con radio único.

4.2 Componente tibial anatómico (distinto para derecha e izqda).

4.3 Insertos CR (conservación de ligamento cruzado posterior) ultracongruente y PS (posterior estabilizado).

4.4 Componente rotuliano”

Por lo tanto, de la lectura de lo fijado en el PPT resulta que las condiciones de la licitación eran claras, sin que aprecie el Tribunal los motivos de oscuridad alegados por el recurrente. Los lotes aparecen diferenciados, estableciendo los parámetros de las distintas prótesis a ofertar para cada uno e indicando que, si bien para los lotes 1 y 2 deben ofertarse componentes de radio múltiple, en los lotes 3 y 4 deberán ser de radio único.

Señala el recurrente que *“en ningún momento se estipula en el pliego que ambos cóndilos deban presentar el mismo radio”*. Pero los pliegos de la licitación, como vimos, son concretos al diferenciar las características de los distintos lotes, y respecto al lote 4 objeto de la impugnación señala *“componente femoral construido con radio único”*, expresión que carece de toda ambigüedad y que impide apreciar oscuridad en su redacción.

Como ya señaló este TACGal en su Resolución 34/2018:

“Ciertamente es, que también es doctrina consolidada que la oscuridad de las cláusulas no puede favorecer a quien es responsable de ocasionarla. Ahora bien, hay que precisar que este principio no puede suponer una exagerada interpretación del sentido propio de las palabras hasta el punto de argumentar una posible oscuridad que no es tal. Lo que no se puede pretender es un estrangulamiento del significado de una cláusula que permita acercarla a una conclusión favorable al recurrente, cuando esa conclusión se aleja de una lectura lógica de su contenido.”

Igualmente, la referenciada configuración de la licitación en lotes dificulta entender que exista la limitación de la concurrencia alegada en el recurso. El contrato, reiteramos, se divide en 4 lotes en función de distintos sistemas de prótesis totales de

rodilla, considerando variables en base a los componentes femoral y tibial, por lo que los licitadores se pueden presentar a los diversos lotes en función de los productos que oferten.

En este sentido, recordemos que es competencia del órgano de contratación la fijación del objeto del contrato en virtud de su discrecionalidad técnica y su conocimiento de las necesidades de interés público a satisfacer con la contratación. Como señala la Resolución 220/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

“pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él”

En nuestra Resolución TACGal 77/2018 expresamos: *“En todo caso, como ya dijimos, tampoco se puede pedir a ese Tribunal que se convierta en Administración contratante, o permitir que el recurrente adopte tal papel, pues es al órgano de contratación al que corresponde adoptar sus decisiones dentro de su discrecionalidad técnica, de forma que nos corresponde solo un carácter revisor de esta...”*

Además, el órgano de contratación señala en su informe que *“al lote 4 podían presentarse diferentes empresas, y así lo hicieron además de la recurrente CMM S.L.U. y MBA INCORPORADO S.L., esta última, aunque no fue admitida al procedimiento por presentar los diversos sobres abiertos, ofertaba una prótesis sagital de radio único”*, lo que también desvirtúa la genérica alegación del recurrente al respecto de que el requisito del radio único se cumpliría por una única empresa.

Por lo tanto, procede desestimar también este motivo del recurso, sin que aprecie este Tribunal en la configuración de la licitación efectuada por el órgano de contratación en cumplimiento de sus competencias quiebra del principio de igualdad.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el lote 4 del acuerdo marco convocado para el suministro sucesivo de sistemas de prótesis total de rodilla con destino a los centros hospitalarios del Servicio Gallego de Salud.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.