Recurso nº 1300/2020
Resolución nº 406/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 16 de abril de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.P.C., en representación de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U., contra la resolución por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación de contratos derivados de los lotes 6, 7 y 8 del "*acuerdo marco para la adquisición de implantes quirúrgicos para las cirugías de columnas para los hospitales de FREMAP, mutua colaborada de la Seguridad Social*", con expediente LICT/99/114/2016/0017, convocados por la citada Mutua, el Tribunal en la fecha de referencia ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 16 de junio de 2017 se formalizaron los lotes 6, 7 y 8 del acuerdo marco para la adquisición de implantes quirúrgicos para las cirugías de columnas para los hospitales de FREMAP, mutua colaborada de la Seguridad Social nº 61 con diversas empresas, entre ellas la ahora recurrente ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U.

Segundo. El 6 de octubre de 2020 los adjudicatarios del lote 6 del acuerdo marco para la Adquisición de Implantes Quirúrgicos para Cirugías de Columna para los Hospitales de FREMAP fueron invitados a presentar ofertas del Contrato Derivado nº 2 del mismo (LICT/99/114/2016/0017/L6/CD2), con un valor estimado de 165.000 euros.

Tercero. El 6 de octubre de 2020 los adjudicatarios del lote 7 del acuerdo marco para la Adquisición de Implantes Quirúrgicos para Cirugías de Columna para los Hospitales de FREMAP fueron invitados a presentar ofertas del Contrato Derivado nº 2 del mismo (LICT/99/114/2016/0017/L7/CD2), con un valor estimado de 39.600,00 euros.

Cuarto. En fecha no precisada los adjudicatarios del lote 8 del acuerdo marco para la Adquisición de Implantes Quirúrgicos para Cirugías de Columna para los Hospitales de

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

FREMAP fueron invitados a presentar ofertas del Contrato Derivado nº 2 del mismo (LICT/99/114/2016/0017/L8/CD2), con un valor estimado de 33.000,00 euros.

Quinto. La mercantil ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. presentó oferta a la licitación de los tres contratos derivados indicados en los anteriores ordinales.

Sexto. Recibidas, abiertas y valoradas las ofertas la mesa de contratación acordó la exclusión de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. de la licitación de los tres contratos derivados por haber obtenido sus ofertas técnicas una puntuación inferior al umbral del 50% fijado. Concretamente las tres ofertas recibieron idéntica puntuación de 22,10 puntos.

Dichas resoluciones fueron notificadas a ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. el 4 de noviembre de 2020.

Séptimo. Contra las resoluciones indicadas en el ordinal anterior ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. interpuso recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 25 de noviembre de 2020.

Octavo. Del recurso se dio traslado a FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61 por quien se presentaron tres informes, uno por contrato, interesando su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación.

Noveno. En fecha 17 de diciembre de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulasen alegaciones, trámite del que no hicieron uso.

Décimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 16 de diciembre de 2020 acordando la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con el artículo 45.1 LCSP.

Segundo. La mercantil ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. interpone recurso especial en materia de contratación acumuladamente contra las resoluciones acordando su exclusión de la licitación de tres contratos derivados distintos, relativos a un mismo acuerdo marco, aunque a diferentes lotes.

A la vista de ello procede examinar si concurren los presupuestos previstos para su tramitación acumulada de acuerdo con el artículo 13 del 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, y del artículo 57 de la Ley 39/ 2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Comprobamos que si bien se trata del recurso interpuesto contra otros tantos acuerdos de exclusión dictados en la tramitación de contratos derivados en los lotes 6, 7 y 8 del acuerdo marco para la adquisición de implantes quirúrgicos para las cirugías de columnas y fundados en idénticos argumentos, acuerdo marco que se formalizó con fecha de 16 de junio de 2017 respecto de los lotes 6, 7 y 8, por lo que los contratos basados en ellos se rigen por la misma normativa que rige el acuerdo marco, esto es, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre. Ahora bien, observando las características de cada uno de estos contratos derivados observamos que dos de ellos no tienen cuantía suficiente para ser susceptibles del presente recurso especial.

En desarrollo de este argumento hemos de recordar que las licitaciones afectadas por este recurso se rigen por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) por lo que debe atenderse al importe de 144.000 euros fijado en el artículo 40.1.a) en relación con el 15 del TRLCSP. Y conforme con ello se aprecia que los contratos derivados de los lotes 7 y 8 tienen un importe de 39.600,00 y 33.000,00 euros por lo que

no alcanzan el importe mínimo de los recursos especiales, importe que sí supera el contrato derivado correspondiente al lote 6 con un valor estimado de 165.000,00 euros.

En relación con ello debe recordarse que es criterio de este Tribunal considerar que en los contratos derivados o basados en un acuerdo marco la admisibilidad del recurso depende del valor de cada uno de estos contratos sin que pueda invocarse el del acuerdo marco. Así, resolución 973/2020, de 11 de septiembre, en que dijimos:

"*Como ya decíamos en la Resolución de este Tribunal nº 650/2019, no cabe admitir que, por el hecho de ser el Acuerdo Marco susceptible, por su valor estimado, de recurso especial en materia de contratación, lo hayan de ser también todos los contratos basados que se celebren en ejecución del mismo, aunque su valor estimado no alcance los límites establecidos para los contratos SARA por el TRLCSP, pues dicha conclusión, además de carecer por completo de base o fundamento legal, resulta inadmisible porque reconocería un régimen de recurso más favorable a los contratos basados (cuya recurribilidad se admitiría, con independencia de su valor estimado, por el solo hecho de ser recurrible el Acuerdo Marco que les sirve de fundamento), frente al resto de contratos de obras, suministros o servicios que se liciten al margen de la técnica del Acuerdo Marco (que no son susceptibles de recurso especial si no alcanzan el referido importe). Por ello, el recurso resulta inadmisible por haberse interpuesto frente a un acto correspondiente a un contrato no susceptible de impugnación. Así de conformidad con el artículo 55 de la LCSP: "El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos: (…) c) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44. Si el órgano encargado de resolverlo apreciara que concurre alguno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 51.2, dictará resolución acordando la inadmisión del recurso. A la vista de lo expuesto, resulta evidente que la licitación no alcanza el umbral de cuantía legalmente establecido, de lo que indudablemente se deduce la improcedencia del presente recurso para conocer de pretensiones anulatorias de actos dictados en este procedimiento*".

Por tanto, en el presente caso hemos de inadmitir las pretensiones referidas a los contratos derivados correspondientes a los lotes 7 y 8 (referencias LICT/99/114/2016/0017/L7/CD2 y LICT/99/114/2016/0017/L8/CD2) por tener un importe inferior al previsto en el TRLCSP, admitiendo el recurso únicamente respecto del contrato derivado del lote 6, referencia LICT/99/114/2016/0017/L6/CD2.

Tercero. El acto recurrido es el acuerdo de exclusión, acto susceptible de recurso por mor del artículo 44.2.b) LCSP.

Cuarto. Debe reconocerse legitimación a ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. para interponer recurso contra su propia exclusión del procedimiento de licitación.

Quinto El presente recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días previsto en el artículo 50.1 LCSP.

Sexto. Con carácter previo a entrar en el fondo del asunto deben atenderse las manifestaciones de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. (en lo sucesivo ZIMMER) respecto del acceso al expediente y a datos de los otros licitadores calificados por estos como confidenciales.

Protesta ZIMMER que se le diera acceso al expediente faltando un día para vencer el plazo para presentar el recurso, alegación que no cabe tomar en consideración puesto que taxativamente declara el artículo 52.2 LCSP que la solicitud de acceso al expediente no interrumpe el plazo para interponer el recurso. Sí obliga el citado precepto a que el órgano de contratación, no el presente Tribunal, conceda acceso al expediente dentro de los cinco días siguientes a haber recibido la petición, plazo cuyo incumplimiento no resulta –la recurrente ni siquiera así lo sostiene– por lo que no se aprecia razón para aplicar el 52.3 LCSP y conceder un plazo complementario de alegaciones, plazo que interesa reiterar no es solicitado por la recurrente.

Respecto de la omisión de los datos declarados confidenciales hemos de recordando que se trata éste de un asunto en el que entran en colusión el derecho a la defensa del recurrente con el interés de los restantes licitadores por mantener la confidencialidad de los datos más trascendentes de sus ofertas. En este equilibrio, de igual modo que este

Tribunal entiende que corresponde al licitador que alega la confidencialidad de un dato la carga de justificarla (resolución de 31 de julio de 2018), igualmente corresponde al recurrente alegar, siquiera indiciariamente, la trascendencia del dato del que se le está privando. Ello puesto que este Tribunal viene entendiendo que el acceso al expediente tiene un carácter instrumental y subordinado a su trascendencia para la resolución de la concreta cuestión planteada. Así, resolución de 31 de julio de 2018, reiterada en la de 16 de noviembre de 2018:

"*Hay que tener en cuenta que el acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo tanto, no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso*".

Pues bien, en el presente caso la recurrente no concreta las razones por las que precisaría acceder a la parte de confidencial de las ofertas de sus competidores puesto que en su recurso se limita a cuestionar la puntuación recibida por su oferta, sin entrar en una comparativa con los criterios aplicados por el órgano de contratación a las restantes ofertas. En este sentido es revelador que ZIMMER sí ha tenido acceso íntegro a algunas de las ofertas presentadas y las alegaciones formuladas al respecto son de una enorme vaguedad, puesto que se limita a señalar que las memorias aportadas con dichas ofertas no tienen mayor detalle que la de la actora, pero sin desarrollar más el argumento entrando en el concreto examen comparativo de la documentación de una y otra oferta. Circunstancia que revela lo accesorios que resultan los datos cuya omisión protesta para la resolución de la presente controversia.

Séptimo. Entrando en el fondo del recurso protesta ZIMMER la objetividad de la valoración recibida por su oferta, considerando que FREMAP se ha excedido en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Concretamente considera errada la valoración recibida en el apartado b.2) Versatilidad, idoneidad y cualquier otra característica que proporcione utilidad y eficiencia para el paciente y el servicio médico relativo a la calidad técnica de los sistemas donde obtuvo 1.5 puntos de los 5.5 posibles; el apartado c)

adaptación del producto o sistema a las necesidades y patologías por cada hospital (para un paciente estándar) donde obtuvo 0 puntos de un total de 5,5; el apartado 2.a) de apoyo técnico a Servicio Médico y de Enfermería Puntuación valorado en 1.0 puntos de un máximo de 4.0; apartado 2.b) Soporte administrativo donde obtuvo una puntuación de 1.6 sobre 4.0; apartado 3.a) sobre plan de formación y colaboración con la gestión del conocimiento con FREMAP en que recibió 0 puntos de un total de 2; y el apartado 3.b) aspectos más generales relacionados con cirugía COT objeto del contrato en ámbito sanitario como colaboraciones en formación continuada en proyectos de investigación de divulgación científica .

La FREMAP en su informe comienza señalando que las fases de homologación y valoración son diferenciadas por lo que ninguna incoherencia supone que la recurrente haya obtenido diferentes puntuaciones en una y otra. Seguidamente analiza cada una de las concretas valoraciones cuestionadas por ZIMMER al objeto de sostener su validez y razonada motivación.

Octavo. Comenzando con la manifestación de ZIMMER protestando las divergencias entre la puntuación obtenida por su oferta en fase de homologación y valoración hemos de admitir las consideraciones realizadas por el órgano de contratación en su informe en el que se señalaba que los criterios aplicables en uno y otro momento eran diferentes.

Así, la cláusula 2.5 PCAP establece que los criterios de valoración de las ofertas al acuerdo marco "*son los que figuran en el Anexo X de este Pliego" mientras que para la adjudicación de los contratos derivados la cláusula 3.5 del PCAP señala "La adjudicación de los Contratos Derivados del Acuerdo Marco se realizará de conformidad con lo establecido en el Anexo XVI del presente Pliego*".

Por consiguiente, aunque los criterios técnicos aplicables para adjudicar los contratos derivados sean similares a los aplicables durante la licitación del acuerdo marco –difícilmente podría ser de otro modo–, no cabe sostener, como hace la actora, que las valoraciones realizadas con ocasión de la adjudicación del acuerdo marco sean inmediatamente trasladables a la adjudicación de los contratos derivados. El PCAP ha querido que las ofertas presentadas por los adjudicatarios del acuerdo marco en la

licitación de los contratos derivados sean objeto de una nueva valoración, independiente y diferenciada de la realizada con ocasión de la licitación del acuerdo marco como evidencia que deba realizarse aplicando criterios distintos y conforme a una baremación diferente.

Octavo. Pasando a las concretas valoraciones protestadas por ZIMMER, hemos de comenzar recordando que la fiscalización de los juicios de índole técnico se circunscribe a cuestiones jurídico formales. En tal sentido nuestra Resolución 155/2019:

"Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. En relación con los informes técnicos en que se funda la evaluación de dichos criterios dependientes de un juicio de valor, este Tribunal ha sentado la doctrina de que los mismos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores".

Partiendo de esta premisa constatamos que la recurrente se limita a acreditar su personal discrepancia con la valoración realizada por el órgano de contratación, pero sin acreditar que ésta sea errada, arbitraria o injustificada. Así, en su extenso escrito la recurrente se limita a reiterar las características técnicas de su oferta, pero sin rebatir las manifestaciones realizadas por el órgano de contratación en su informe valorativo ni aportando algún elemento probatorio del que resulte que los juicios realizados por la Administración son errados, arbitrarios o injustificados.

En esta misma línea nuestra resolución 127/2020, de 30 de enero indica que:

"A *estos efectos, debemos recordar la consolidada doctrina conforme a la cual las valoraciones técnicas realizadas por los órganos contratación con base en su discrecionalidad técnica se deben presumir ciertas. Cabe citar por todas, en este sentido, la Resolución 86/2014, de 15 de abril, del TACRC, que declaró lo siguiente: «El principio de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración encargados de evaluar las ofertas de los licitadores ha sido acogido por este Tribunal en numerosas resoluciones, donde se ha hecho mención a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 señala que la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación». Así mismo, reiterábamos también, en la Resolución 356/2019, de 11 de abril, recordando también la jurisprudencia existente, que: «Son muchos los pronunciamientos judiciales que existen acerca del control de la discrecionalidad técnica, pudiendo citarse, entre otros, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2019 (rec. c-a nº 1078/2016): "Esta doctrina ha de completarse con las siguientes consideraciones (STS de 14 de marzo de 2018 –rec. 2762/2015-), que pueden aplicarse también al ámbito de la contratación: La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse. Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos. La segunda*

consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente […]» En relación con los informes técnicos en que se funda la evaluación de dichos criterios dependientes de un juicio de valor este Tribunal ha sentado la doctrina de que los mismos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. En aplicación de dicha doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por la Administración en caso de que se acredite que dicha presunción de acierto debe desvirtuarse por error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del procedimiento. Este principio de discrecionalidad técnica administrativa resulta igualmente aplicable a los informes técnicos de valoración del cumplimiento de las características mínimas obligatorias del PPT por existir identidad de razón entre ambos supuestos".

Conforme a lo expuesto es criterio tanto de este Tribunal como de los Tribunales de Justicia configurarse como órganos encargados de dirimir las discrepancias técnicas que expertos puedan tener sobre la ponderación de la oferta, sino que para revertir el juicio de los peritos públicos –dotado de presunción de acierto– es preciso que quien lo impugna acredite de un modo objetivo que aquel es errado, arbitrario o injustificado. Y no sucede así en el presente caso en el que el recurrente se limita a expresar una opinión subjetiva contraria a la del órgano de contratación, sin aportar elemento del que resulte por qué este Tribunal habría que dar mayor peso a una valoración subjetiva, interesada y de parte a la realizada por peritos objetivos e independientes como los de la Administración.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir parcialmente el recurso interpuesto por D. J.P.C., en representación de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U., contra la resolución por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación de contratos derivados de los lotes 7 y 8 del "*acuerdo marco para la adquisición de implantes quirúrgicos para las cirugías de columnas para los hospitales de FREMAP, mutua colaborada de la Seguridad Social*", con expediente LICT/99/114/2016/0017, convocados por la citada Mutua, y desestimar el recurso interpuesto respecto de su exclusión de la licitación del contrato derivado del lote 6 del citado acuerdo marco, resolución que confirmamos íntegramente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. No se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.