

ASUNTO: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. EXPEDIENTE: PASUM 2019/05HUIC, CONVOCADO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE PRÓTESIS DE RODILLA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO INFANTA CRISTINA. LOTE ÚNICO Y SUBLOTES.

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

D. SANDRA PEREZ DELGADO, con NIF 46.813.870s, actuando en nombre y representación de la empresa **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** con CIF A28123297, y domicilio social en C/ FRUCTUOS GELABERT,2-4 CP 08970 SANT JOAN DESPI (BARCELONA), extremo que se acredita mediante escritura de poder que se acompaña como **Documento Nº 1**, conforme proceda en derecho, y de conformidad con lo previsto en los **artículos 44 y siguientes** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014**, interpone mediante el presente escrito,

RECURSO ESPECIAL
EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Contra la **Resolución de Adjudicación del procedimiento de referencia**, notificada a esta parte en fecha 11 de diciembre de 2019, en virtud de la cual se adjudica el **Expediente nº PASUM 2019/05HUIC**, convocado para la contratación del **SUMINISTRO DE PRÓTESIS DE RODILLA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO INFANTA CRISTINA**, Lote único, a favor de **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.A.U.**

Se adjunta como **Documento Nº 2** copia de la Resolución de adjudicación objeto del presente recurso.

El presente recurso se fundamenta en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- Que, la empresa **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** presentó su proposición al **Expediente nº PASUM 2019/05HUIC, convocado para la contratación del suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina.**

Que, por este motivo, la empresa a la que represento tiene la consideración de parte interesada en el procedimiento de referencia de acuerdo con las especificaciones del **artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.**

SEGUNDO.- Que, el pasado día 5 de diciembre, esta empresa tuvo acceso al expediente de contratación **PASUM 2019/05HUIC** y, en concreto, a toda la documentación presentada por la empresa **ZIMMER BIOMET** en el expediente de referencia.

TERCERO.- Que, con fecha **11 de diciembre de 2019** se notificó a esta parte **Resolución** por la que se informaba de la **adjudicación** de dicho expediente a favor de la empresa **ZIMMER BIOMET** y de la **exclusión** de la empresa recurrente **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**

A la vista de las serias irregularidades jurídicas de que adolece la Resolución aludida, y en la medida en que dichas irregularidades constituyen una infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público, se interpone mediante este escrito, en tiempo y forma, **RECURSO ESPECIAL** contra

dicho acto, por considerarlo contrario a Derecho y gravemente perjudicial para sus intereses, lo que hace al amparo del **artículo 50.1** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** y sobre la base de los siguientes Requisitos y Fundamentos Jurídicos.

REQUISITOS

PRIMERO. - REQUISITOS SUBJETIVOS

1.1 Órgano competente

Como quiera que el presente recurso especial se dirige contra la **Resolución de Adjudicación** donde se determina la exclusión de mi representada y la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada convocado por el **Servicio Madrileño de Salud (SERMAS)** la competencia para conocer del mismo corresponde al **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**.

1.2 Legitimación

De acuerdo con el **artículo 48** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**,

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Resulta necesario, en la medida en que en este recurso se impugna la adjudicación del expediente de referencia estando mi representada excluida del procedimiento, atender a la **Resolución nº 193/2014**, de 12 de noviembre de 2014, dictada por el **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid** al que respetuosamente nos dirigimos, en cuyo Fundamento de Derecho Primero se señala:

“Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Docout para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del

TRLCSP al tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Si bien es cierto que la recurrente, ha sido declarada decaída en su derecho a ser adjudicataria del contrato y que por lo tanto prima facie ningún beneficio podría obtener de la interposición del presente recurso, en relación con el procedimiento de licitación actual, no lo es menos que la recurrente hace valer el incumplimiento en la oferta de la única licitadora que resta en el procedimiento, con la consecuencia de la declaración de desierto del contrato, con lo que su potencial beneficio de estimarse el recurso, sería la posibilidad de acudir a una nueva licitación sobre el mismo objeto, una vez declarada desierta la actual. No cabe esgrimir, como hace la adjudicataria, que Docout no ha realizado alegación alguna en contra de su exclusión, dado que esta cuestión fue objeto de la Resolución 108/2014, como hemos recogido en el relato fáctico de la presente resolución, y como establece el artículo 49 del TRLCPS, contra las resoluciones de este Tribunal no cabe recurso alguno salvo el contencioso administrativo.

Ahora bien, es posible que el examen de fondo de las alegaciones de la recurrente y su eventual desestimación determinaran la falta de legitimación de la misma, que no se olvide, en cuanto a la legitimación ad causam, es una cuestión de fondo, por lo que procede su estudio.”

Del mismo modo, la **Resolución nº 208/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, recuerda el contenido de la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Asunto C-131/16)** con relación a la legitimidad del recurrente excluido, en los siguientes términos:

“En sentido similar, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Asunto C-131/16):

“(…) En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los

licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato (véase la sentencia de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27).

En tales circunstancias, debe reconocerse al licitador que ha interpuesto el recurso un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, que puede llevar, en su caso, a que se determine que la entidad adjudicadora no puede proceder a la selección de una oferta adecuada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013 (TJCE 2013, 222), Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33, y de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 24)

(...)”

Así las cosas, nos encontramos ante un supuesto en el que el órgano de contratación no puede proceder a la selección de una oferta adecuada, toda vez, y tal y como se justificará en el Fundamento Jurídico Primero, el producto de la empresa ahora adjudicataria, **ZIMMER BIOMET**, no cumpliría con algunos de los requisitos mínimos recogidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

La empresa **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, estaría, por tanto, legitimada para la interposición del presente recurso especial por cuanto la Resolución de Adjudicación adoptada por el órgano de contratación resulta gravemente perjudicial a los intereses legítimos de esta compañía de forma cierta y directa.

SEGUNDO. - REQUISITOS OBJETIVOS

2.1 Acto impugnado

Como hemos adelantado, el acto objeto de recurso especial lo constituye la **Resolución de Adjudicación** del Expediente de referencia notificada el 11 de diciembre a la empresa **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** y por la que se excluye la oferta de mi representada y se adjudica el procedimiento con número de Expediente **PASUM 2019/05HUIC** a favor de la empresa **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.A.U.**

2.2 Recurribilidad del acto

2.2.1. Contrato cuyo valor estimado está por encima del umbral previsto en la Ley de Contratos del Sector Público para la interposición de Recurso Especial.

Estamos así ante un acto que cumple los requisitos establecidos en la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** para ser calificado como recurrible a través del Recurso especial, a saber:

1. Acto objeto del recurso especial conforme al **artículo 44.2** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**.
2. Acto referido a contrato de suministros cuyo valor estimado se encuentra por encima del umbral de 100.000 que prescribe el **artículo 44.1** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, indicando este último que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”.

Resulta fuera de toda duda que estamos ante un contrato de suministros cuyo valor estimado se encuentra por encima del umbral de 100.000€. En este sentido, conviene recordar que:

- De conformidad con el **artículo 101.2 y 12** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** (Cálculo del valor estimado de los contratos),

“En el cálculo del importe total estimado deberán tenerse en cuenta las eventuales prórrogas del contrato”, y, en particular, tratándose de la adjudicación simultánea por lotes separados de contratos de suministro

homogéneos, ***“se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes”***.

- Adicionalmente, para este último supuesto, el **artículo 21.2** la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** establece la siguiente regla que obliga, expresamente, a aplicar a la adjudicación de cada lote las normas de cálculo del Valor Estimado a los efectos de dirimir si procede o no la interposición del Recurso Especial en materia de contratación:

“En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote”.

TERCERO. - REQUISITOS FORMALES

Plazo

Tratándose de un acto recurrible, conforme a lo señalado en el apartado anterior, y siendo de aplicación la tramitación del recurso especial prevista en la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, el plazo para la interposición de este, conforme al **artículo 50**, es de **15 días hábiles**, los cuales se contarán, a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción.

En su virtud, el presente recurso especial se presenta dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido por el **artículo 50** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, en tanto en cuanto el acto objeto del recurso fue notificado a mi representada con fecha **11 de diciembre de 2019**.

El presente recurso se fundamenta en los siguientes,

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – DEL INCUMPLIMIENTO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS EN LA SOLUCIÓN OFERTADA POR ZIMMER BIOMET SPAIN, S.A.U. Y DE LA PROCEDENCIA DE SU EXCLUSIÓN.

Antes de iniciar la justificación que vendrá a motivar el presente Fundamento de Derecho Primero, conviene recordar el contenido de la **Resolución de Adjudicación** objeto de recurso:



RESOLUCIÓN de 10 de diciembre de 2019 de la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina, por la que se dispone la adjudicación del contrato de "Suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina", a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, en nº de Expediente PA2019/05HUIC.

El Gerente del Hospital Universitario Infanta Cristina, en virtud de lo que establecen los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se traspone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en uso de las atribuciones que le han sido conferidas por las disposiciones vigentes.

RESUELVE

Adjudicar por Procedimiento Abierto, con pluralidad de criterios, el contrato de suministro titulado "Suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina" a la Empresa Zimmer Biomet S.L.U con CIF:B29060381, por el importe que se detalla a continuación, por resultar la proposición con mejor puntuación (única empresa licitante cuya proposición técnica ha sido declarada válida, acreditado cumplimiento de los pliegos de Cláusula Administrativa y de Prescripciones Técnicas).

Por su parte, los Pliegos rectores del procedimiento indican, en lo que es de interés a esta parte, lo siguiente:

Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

Se extracta el siguiente contenido:

9.- Documentación técnica a presentar en relación con las características de los productos ofertados y con los criterios técnicos objetivos de adjudicación (valoración de modo automático) de adjudicación del contrato:

En relación con las características técnicas de los productos ofertados (Documentación a incluir en el Sobre Nº 1-B):

SOBRE 1-B: Documentación acreditativa del cumplimiento de los requerimientos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

- Ficha técnica y descripción técnica de los productos ofertados, así como cualquier otra información que, en su caso, resulte precisa, para acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.
- Ficha técnica y descripción técnica de los equipos a ceder que acrediten las características mínimas requeridas la cláusula 6 de este PPT , así como cualquier otra información que, en su caso, resulte precisa, para acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por su parte, la **Cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece las características técnicas**, de cada uno de los lotes, requisitos cuyo incumplimiento debe ser motivo suficiente para excluir la solución ofertada y, por consiguiente, a la empresa licitadora, toda vez que, el pliego los define **como CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD al Lote Único**:

2.- ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LOS PRODUCTOS OBJETO DE LICITACIÓN. Características técnicas de cada uno de los lotes.

LOTE ÚNICO: Prótesis Total de Rodilla.

Es condición de admisibilidad de las proposiciones a este Lote:

Las proposiciones para este lote:

- Deben incluir modelos cementados y modelos no cementados.
- Deben incluir modelos para técnica CR y modelos para técnica PS. Ambos modelos deben ser compatibles entre sí y con los modelos constreñidos y antialérgicos para facilitar las revisiones.
- Deben ofertar la totalidad de los sublotes y nº de orden que conforman el lote.

A continuación a lo extractado, el Pliego de Prescripciones Técnicas especifica las condiciones de admisibilidad para **cada uno de los sublotes indicados en el pliego** y que se irán extractando, a continuación, conforme se haga referencia a cada incumplimiento observado en el producto adjudicado de la empresa **ZIMMER BIOMET**.

Así las cosas, y atendiendo al contenido extractado de la Resolución de adjudicación, esta parte viene a justificar el incumplimiento de determinados requisitos mínimos y, por tanto, de obligado cumplimiento que se determinan en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que llevarían a la exclusión de la oferta ahora adjudicada por la imposibilidad de que el órgano de contratación pueda seleccionar una oferta válida y adecuada que cubra sus necesidades y sea conforme a lo requerido en los pliegos rectores del **Expediente PASUM 2019/05HUIC**.

En este sentido, y fruto del acto de acceso al expediente, y, en concreto, a la oferta presentada por **ZIMMER BIOMET** que tuvo lugar el pasado 5 de diciembre, esta parte tuvo ocasión de comprobar que la oferta presentada por la adjudicataria incumple, como indicado, ciertos requisitos mínimos, conforme se detalla a continuación.

Incumplimiento de características técnicas por el producto ofertado por ZIMMER BIOMET en los siguientes sublotes:

SUBLOTE 1.1 PRÓTESIS TOTAL DE RODILLA PRIMARIA

- De la prescripción técnica “Disponibilidad en, al menos, 8 tallas y “Cóndilos posteriores (asimétricos para modelo CR, simétricos para modelo PS), con el lateral más grueso.

Nº Orden 1.1.1

Indica el PPT:

Sublote 1.1. Prótesis total de rodilla primaria.

Nº Orden 1.1.1.- Componente femoral.

- Anatómico, izquierdo y derecho.
- Fabricado en cromo-cobalto.
- Se deben proponer modelos cementados y no cementados.
 - o Para cementación: Superficie interna lisa.
 - o Para no cementada: Superficie interna porosa para óptimo agarre y ~~facilitación de crecimiento óseo.~~
- Disponibilidad en, al menos, 8 tallas.
- ~~Minima resección ósea~~
- **Cóndilos posteriores (asimétricos para modelo CR, simétricos para modelo PS), con el lateral más grueso.**
- Dos tetones fijos, no intercambiables, para fijación primaria inicial.
- Surco rotuliano profundo para relajación del aparato extensor.
- Instrumentación de prótesis de recambio con componentes primarios.

Como indicado, del acceso al expediente, esta parte advierte que respecto a estas dos prescripciones técnicas se puede concluir:

Por una parte, que el producto ofertado por la empresa **ZIMMER BIOMET** solo presentó **8 tallas** en femur PS cementado, faltando esta característica técnica respecto del FEMUR CR en la que solo ofertan 6 tallas.

La dicción de los pliegos es clara al indicar que se debe disponer de, al menos 8 tallas en todos los modelos a ofertar. **Por tanto, el producto ofertado por ZIMMER BIOMET no cumple con las características técnicas de “disponibilidad en, al menos, 8 tallas” en todos los modelos ofertados.**

- De la prescripción técnica “Modelos cementados y no cementados”.
Nº Orden 1.1.2

Nº Orden 1.1.2. – Componente Tibial.

- Aletas antirrotatorias.
- Modelos cementados y no cementados. Posibilidad de modelo monobloque en la no cementada.
 - o Para cementación: Superficie de contacto óseo lisa para cementar.
 - o Para no cementada: Superficie rugosa, con posibilidad de recubrimiento.

Una vez más, derivado del visionado al expediente, esta parte pudo comprobar que la empresa **ZIMMER BIOMET** solo presentó oferta del producto “tibia cementada”, sin hacer mención en su proposición al modelo de “tibia no cementada” tal y como se prescribe en los pliegos.

Por todo lo indicado, y respecto al componente tibial, el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET** no cumple con las características técnicas exigidas en los pliegos rectores del procedimiento en cuanto a la presentación de los modelos exigidos: modelos cementados y no cementados.

- De la prescripción técnica “Disponibilidad de 6 grosores en cada talla”.
Nº Orden 1.1.3.

Nº Orden 1.1.3. – Superficie articular.

- Inserto fabricado en polietileno de alta densidad de alto peso molecular.
- Disponibilidad de 6 grosores en cada talla.
- Las proposiciones deberán incluir opciones de polietileno de alta flexión y opciones de polietileno altamente entrecruzado.
- Anclaje de polietileno sin tornillos, salvo en tallas grandes que deben permitir ambas opciones (sin tornillo y con tornillo).

SMITH & NEPHEW pudo comprobar que las características técnicas destacadas no se dan en el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET** y ello porque, por una parte, esta casa comercial solo presentó 5 tallas de polietilenos, a saber: 10mm, 12mm, 14mm, 17 mm y 20 mm cuando el pliego es claro en su dicción: Disponibilidad de 6 grosores en cada talla.

ZIMMER BIOMET solo presenta esta “condición de admisibilidad” en los polietilenos PS Flex pero no en los polietilenos CR Flex Prolong ni en el polietileno PS Flex Prolong, modelos ofertados por la empresa adjudicataria.

Por lo indicado, la empresa **ZIMMER BIOMET** incumple la exigencia técnica de que su producto disponga de 6 grosores en cada talla en cuanto a la superficie

articular, requisito que es exigido como de obligado cumplimiento en el Pliego de Prescripciones técnicas.

- De la prescripción técnica “Disponibilidad plana y biconvexa”.
Nº Orden 1.1.4

Nº Orden 1.1.4.- Componente rotuliano/patelar.

- Fabricado en polietileno de ultra alta densidad.
- Congruente con el surco intercondileo en todo su recorrido.
- Disponibilidad de, al menos, 6 tallas.
- **Disponibilidad plana y biconvexa.**
- Anclaje con 3 tetones.

De nuevo, tras el acto de visionado del expediente, esta parte evidenció, una vez revisada la documentación técnica aportada por **ZIMMER BIOMET** en el Nº Orden 1.1.4, que la adjudicataria presentó en la oferta patelas planas de tres tetones pero no se observa en la documentación presentada patelas biconexas, recordando al Tribunal, al que respetuosamente nos dirigimos, que resulta obligatorio al amparo del presente expediente aportar toda la documentación técnica “precisa” para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por tanto, el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET** incumple la prescripción técnica de que el producto tenga disponibilidad biconvexa.

SUBLOTE 1.2 PRÓTESIS TOTAL DE RODILLA CONSTREÑIDA

- De la prescripción técnica “Disponibilidad en, al menos, 8 tallas.
Nº Orden 1.2.1

Nº Orden 1.2.1.- Componente femoral.

- Anatómico, izquierdo y derecho.
- Fabricado en cromo-cobalto
- Se deben proponer modelos cementados.
 - o Para cementación: Superficie interna lisa.
 - o Para no cementada: Superficie interna porosa para óptimo agarre y facilitación de crecimiento óseo.
- Disponibilidad en, al menos, 8 tallas.
- Mínima resección ósea.
- Con cajetín ampliado para bisagra o sistema de estabilización rotacional o intercondíleo.
- Bloques distales y posteriores atornillados al componente femoral o cementados para anterior.
- Vástagos de diferentes tamaños y opciones offset.
- Instrumentación de prótesis de recambio con componentes primarios.

Esta parte pudo comprobar que en la documentación técnica aportada por **ZIMMER BIOMET** solo se indica la disponibilidad de 5 tallas y no de 8, tal y como se exige en los documentos contractuales. Este extremo se acredita por el visionado del expediente por parte de **SMITH & NEPHEW**:

Véase: Página 4 de 15 versión v02.

Por tanto, el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET** en el sublte 1.2 incumple, entre otras, la prescripción técnica del tallaje obligatorio que el Pliego de Prescripciones Técnicas detalla de manera precisa: “Disponibilidad en, al menos, 8 tallas.

- De la prescripción técnica “Vástago extensión curvo”.
Nº Orden 1.2.6

Nº de Orden 1.2.6 Vástago extensión curvo.

- Fabricado en titanio.
- Varias longitudes, al menos 2, con varios diámetros para cada longitud.

Respecto a la característica destacada, la oferta presentada por la empresa adjudicataria, tal y como ha podido comprobar esta parte, solo incluye un solo diámetro para cada longitud.

Véase: Página 14 de 15 versión V02. Especifican vástago anatómico incluye un único offset de 4,5 mm

De ello se infiere que el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET** no cumple respecto al requisito mínimo de obligado cumplimiento de que el Vástago extensión curvo tenga “Varias longitudes, al menos 2, con varios diámetros para cada longitud”, solo ofrece un diámetro para cada longitud.

SUBLOTE 1.3 PRÓTESIS TOTAL DE RODILLA ANTIALÉRGICA

Se indica respecto al sub lote un requerimiento adicional:

Sublote 1.3. Prótesis Total de Rodilla Primaria Antialérgica.

Compatible con el sistema primario para facilitar revisiones.

Componentes y requerimientos técnicos iguales a los establecidos en el Sublote Nº 1.1, con el siguiente requerimiento adicional:

- Todos los componentes metálicos de la prótesis, serán de materiales que no expongan en su superficie Cromo o Cobalto. Fabricado en material antialérgico.

- De las prescripciones técnicas “Fabricado en material antialérgico en su totalidad” y “Disponibilidad en, al menos, 8 tallas”.

Nº Orden 1.3.1

Nº Orden 1.3.1.- Componente femoral.

- Anatómico, izquierdo y derecho.
- **Fabricado en material antialérgico en su totalidad.**
- Se deben proponer modelos cementados.
 - o Para cementación: Superficie interna lisa.
- **Disponibilidad en, al menos, 8 tallas.**
- Mínima resección ósea.
- Cóndilos posteriores asimétricos, con el lateral más grueso.
- Dos tetones fijos, no intercambiables, para fijación primaria inicial.
- Surco rotuliano profundo para relajación del aparato extensor.
- Instrumentación de prótesis de recambio con componentes primarios.

Una vez más, el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET** adolece de características técnicas indicadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, de lo que esta parte ha podido acreditar dos extremos:

Por una parte, que el producto adjudicado no está disponible en 8 tallas, habiendo comprobado esta parte que solo ofertó 5 tallas. Por otra, que el producto “Prótesis Total de Rodilla Primaria Antialérgica” es de material de aleación de titanio, aluminio y vanadio, aleación que no es antialérgica en su totalidad, tal y como exige el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Respecto a este último extremo, es decir, que el Componente femoral debe ser fabricado en material antialérgico en su totalidad, es un requisito, como indicado, “adicional” en este sublte.

Se concluye, así, el incumplimiento de características técnicas exigibles en este nuevo Nº de Orden respecto a la disponibilidad del tallaje y del material antialérgico, en los términos prescritos, esto es “en su totalidad”.

- **De la prescripción técnica “Disponibilidad de 6 grosores en cada talla”.**
Nº Orden 1.3.3

Nº Orden 1.3.3. – Superficie articular.

- Inserto fabricado en polietileno de alta densidad de alto peso molecular.
- Disponibilidad de 6 grosores en cada talla.
- Las proposiciones deberán incluir opciones de polietileno de alta flexión y opciones de polietileno altamente entrecruzado.
- Anclaje de polietileno sin tornillos, salvo en tallas grandes que deben permitir ambas opciones (sin tornillo y con tornillo).

Una vez más, esta parte ha podido comprobar el incumplimiento de la disponibilidad de 6 grosores en cada talla, siendo, así que el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET** solo dispone de 5 tallas.

De todo lo expuesto, puede colegirse, que el producto ofertado por **ZIMMER BIOMET**, y que ha resultado adjudicado al amparo del presente expediente, no puede resultar la proposición adecuada y apropiada para satisfacer las necesidades del órgano de contratación, toda vez que incumple, en numerosos requisitos mínimos y, por tanto, de obligado cumplimiento, tal y como dispone la dicción de los pliegos rectores y conforme ha quedado detallado y expuesto por la parte recurrente.

Por todo ello, considera esta parte que **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.A.U.** debería de haber quedado excluida del presente procedimiento de la misma forma que el resto de licitadores que han concurrido al Expediente nº PASUM 2019/05HUIC y, por tanto, en aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores.

SEGUNDO. – LOS PLIEGOS SON LEY ENTRE LAS PARTES.

Con relación a la situación planteada, debe tomarse en consideración que, de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la

prestación y definen sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”.

De esta forma, lo previsto en los Pliegos marca los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de los licitadores para poder optar a convertirse en adjudicatarios del contrato. Su **incumplimiento debe considerarse una causa de exclusión** puesto que, en otro caso, no tendría sentido definir las cualidades de los productos o servicios que se pretenden adquirir.

En el presente caso, el **órgano de contratación debe tener en cuenta el procedimiento por él mismo establecido** a la hora de tramitar la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el cumplimiento por los licitadores de las prescripciones técnicas recogidas en los Pliegos.

En el presente caso, el **órgano de contratación NO ha tenido en cuenta las exigencias por él mismo establecidas** a la hora de valorar los productos ofertados, contraviniendo sus propios actos plasmados en la definición del producto en el **Pliego de Prescripciones Técnicas**.

Es preciso recordar, asimismo, que los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes ni corregidos por el órgano de contratación, por lo tanto, los han aceptado en todo su contenido. Por este motivo, **el órgano de contratación debe aplicar el contenido previsto en los mismos**, garantizando, en todo caso, el respeto a los principios de igualdad, no discriminación, y transparencia por los que se rige la convocatoria. En este sentido, entendemos que la admisión a la licitación de una empresa que no cumple con los requisitos exigidos en los pliegos, así como la posterior adjudicación a la misma del contrato, vulnera claramente los principios enunciados anteriormente.

Por tanto y tomando en consideración lo antedicho, toda oferta que no cumple con las prescripciones técnicas debe ser rechazada y no debe procederse a su valoración. De este modo debió obrar la Mesa de Contratación, excluyendo del procedimiento la proposición ofertada por la empresa **ZIMMER BIOMET** del expediente de referencia.

TERCERO. – VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES QUE DEBEN REGIR TODO PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La adjudicación del presente expediente a la oferta presentada por la empresa **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.A.U.** así como la valoración de la oferta de dicha empresa, teniendo en cuenta que incumple las condiciones de obligado cumplimiento recogidas en los pliegos rectores del procedimiento de referencia, así como su no exclusión por los antedichos motivos, entendemos que vulnera los principios más elementales de contratación pública y especialmente el **principio de igualdad de trato y no discriminación** que debe regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración.

La Mesa de Contratación debe excluir de la licitación las ofertas de aquellas empresas que no acreditan satisfacer las condiciones de obligado cumplimiento. En otro caso, está dando un trato discriminatorio al resto de las empresas que han licitado al presente expediente.

Como este órgano, al que respetuosamente nos dirigimos sabe, el trato discriminatorio infringe uno de los principios inspiradores de la contratación pública, como es el de igualdad de trato y no discriminación en virtud del **artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.**

En este mismo sentido, el **artículo 132** establece que:

“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”

No se da, en definitiva, conforme a lo expuesto, un trato igualitario al permitir que una oferta que, a la luz de lo referido en el presente fundamento de derecho, incumple las prescripciones técnicas del expediente de referencia en la misma

medida que mi representada, sea seleccionada como la oferta más ventajosa, no resultando excluida del procedimiento.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 081/2011, de 23 de marzo de 2011, ha destacado la transcendencia de la protección del principio de igualdad de trato de los licitadores:

“[...] Ello resulta perfectamente acorde, como no podía ser de otra forma, con el objeto mismo de dicha Ley recogido en su artículo 1, y que no es otro que “regular la contratación del sector público a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos [...].”

Por su parte, el **Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, mediante Acuerdo 1/2011**, de 28 de marzo de 2011, resaltó la importancia del principio de igualdad como fundamento de todo el ordenamiento jurídico – español y comunitario – vigente en materia de contratación pública:

“Principio de igualdad de trato que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002 Universale-Bau y otro, y de 19 de junio de 2003, GAT.”

“(...) El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad.”

En el presente supuesto, como se viene poniendo de manifiesto, los principios de igualdad de trato y no discriminación han sido vulnerados desde el momento en que mi representada ha resultado excluida del procedimiento por unos motivos que son igualmente aplicables a la oferta presentada por la adjudicataria.

Por su parte, el **Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**, en **Acuerdo 03/2011, del 7 de abril de 2011**, sostiene que:

“(…) la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 134 LCSP, es una infracción grave que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 LCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos (…)”.

Principio de igualdad de trato que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002 Universale-Bau y otro, y de 19 de junio de 2003, GAT. (...)”.

Igualmente, el **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, en su **Resolución 123/2013**, de 11 de septiembre de 2013, indica:

“Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

Sí, podemos traer a colación lo señalado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki. T-345/03, cuando señala “Pues bien, en materia de adjudicación de contratos públicos, el principio de igualdad de trato entre los licitadores adquiere una importancia absolutamente particular. En efecto, es preciso recordar que se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-

286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 73) (...).

Resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91).

El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93)''.

En el presente supuesto, como se viene poniendo de manifiesto, los **principios de igualdad de trato y no discriminación** han sido vulnerados desde el momento en que la oferta de mi representada se ha visto forzada a competir con la oferta presentada por **ZIMMER BIOMET** cuando, la misma, no se ha ajustado a las especificaciones definidas *ex ante* por el órgano de contratación, circunstancia que debe resultar suficiente a efectos de declarar la **nulidad de la Resolución de Adjudicación** que es objeto de la presente impugnación.

CUARTO. – OBJETIVIDAD DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS. NO AFECCIÓN A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

De acuerdo con los fundamentos expuestos, esta parte ha resultado perjudicada por cuanto la oferta de **ZIMMER BIOMET** ha sido arbitrariamente adjudicataria en el procedimiento, cuando se trata de una proposición, que, conforme se ha indicado, estaría en las mismas condiciones que la de mi representada.

Es por ello por lo que se solicita a este Tribunal competente para la resolución del presente recurso que tenga en cuenta los **argumentos objetivos** aportados y, en ejercicio de sus competencias, resuelva estimando nuestras pretensiones e inste al órgano de contratación a declarar desierto el expediente excluyendo del procedimiento y bajo las mismas premisas, a la casa comercial **ZIMMER BIOMET** y, subsidiariamente, declare la nulidad de la resolución de adjudicación a los efectos oportunos de verificar que aquella incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de referencia en la misma medida que entiende el órgano que incumple mi representada y todo ello en aplicación de los principios rectores de la contratación pública, en especial del principio de igualdad de trato a los licitadores y de no discriminación, vulnerado en el procedimiento cuya adjudicación es objeto de impugnación.

Esta parte es consciente de la doctrina sentada en los Tribunales para resolver el presente recurso, en virtud de la cual se sostiene que las valoraciones de los organismos técnicos se configuran en el marco de la discrecionalidad técnica de la Administración.

Sin embargo, el caso que se plantea es sumamente objetivo (tal y como se desprende de los razonamientos expuestos) y su apreciación por el órgano al que nos dirigimos resultaría coherente con la más reciente doctrina sentada por los propios tribunales especializados en la materia.

A tales efectos, se trae a colación la **Resolución nº 255/2018, de 28 de noviembre, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público** en la que se indica que la discrecionalidad técnica de la Administración no es absoluta y que acerca de las alegaciones del órgano de contratación de que su labor no consiste “en hacer una búsqueda exhaustiva ni una investigación para ver si los productos que ofrecen los licitadores cumplen o no con los requisitos técnicos”, el Tribunal responde que, precisamente, era necesario y **obligatorio que el órgano de contratación comprobara, si la composición del producto ofertado era equivalente o no a la exigida en los pliegos:**

En concret, en aquest assumpte, era necessari que l'òrgan de contractació comprovés, abans de l'exclusió de BOHM si la composició presentada per BOHM era equivalent a l'exigida en els plecs. Al respecte, val a dir que aquest Tribunal

no té la suficient formació tècnica com per a entrar en la polèmica suscitada (en el mateix sentit, Resolució 857/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) estrictament tècnica,

“Dit això, cal ressaltar que les especificacions tècniques de la composició dels productes a subministrar són, això, requisits tècnics que han de tenir aquests productes i pels quals les empreses es podran presentar a la licitació, d’acord amb la doctrina *lex inter partes*. Per aquest motiu, l’eventual excepció, reserva o incompliment d’aquests requisits tècnics seria motiu de rebuig de la proposició i d’exclusió de l’empresa de la licitació, per vulneració del PPT com a *lex contractus*. En aquest sentit, es manifesten les resolucions 174/2018, 11/2018, 158/2017, 22/2017, 78/2016, 200/2015, 194/2015 i 98/2015, i les resolucions 6/2017 i 1033/2017 del TACRC; aquesta última afirma que: “lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego”, circumstàncies que, de la lectura d’aquest recurs i de la defensa de l’òrgan de contractació no queda acreditat un incompliment palmari del PPT.

En efecte, la subjecció dels productes als requeriments tècnics és condició necessària per poder dictar l’adjudicació del contracte a favor d’una proposició, la qual cosa significa que al llarg del procés de valoració de les ofertes i amb caràcter previ a la resolució del procediment de contractació ha de quedar degudament acreditat i verificat que les proposicions compleixen les especificacions tècniques exigides, per lògic corol·lari d’adjudicar el contracte a l’oferta que compleixi les condicions fixades i preservar, així, el caràcter vinculant dels plecs i els principis bàsics de la contractació pública, especialment els d’igualtat, transparència, eficiència en l’assignació dels recursos públics i selecció de l’oferta més avantatjosa, sense crear obstacles injustificats a l’obertura dels contractes públics a la competència ex article 117.2 del TRLCSP”.

En definitiva, como venimos poniendo de manifiesto, lo que se considera que compete al organismo al que nos dirigimos no es una intromisión en la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, sino una revisión de las

apreciaciones en las que ese órgano se ha basado, a partir de los argumentos y fundamentos legales y objetivos que en el presente escrito se invocan.

De acuerdo con ello y retomando la doctrina que limita la facultad correctora de los tribunales administrativos especializados a aquellos **supuestos en los que existan indicios de exceso de arbitrariedad o vulneración de las disposiciones legales por parte del órgano de contratación**, debe significarse que, en el caso que nos ocupa, concurren circunstancias o hechos **OBJETIVOS** que deben contribuir a que proceda **garantizar a esta parte, en su caso, su derecho a participar a la concurrencia de este procedimiento y, en su caso, que se aplique el principio de igualdad de trato por el que no se puede tratar de manera desigual a quien está en igualdad de condiciones de otro licitador al que se le ha dado una posición ventajosa.**

QUINTO. – CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS PROVEEDORES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Dispone el **artículo 38** de la **Ley de Contratos del Sector Público** que,

“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado”.

En esta misma línea dispone el **artículo 39** que,

“1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Por su parte, el **artículo 47** de la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**:

*“1. Los actos de las Administraciones Públicas son **nulos de pleno derecho** en los casos siguientes:*

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Los que tengan un contenido imposible.*
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.***
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.*

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

Como hemos visto a lo largo de este recurso, el contenido de la resolución deviene invalidada toda vez que no puede resultar adjudicatario un licitador cuyo producto ofertado incumple de forma evidente las características técnicas determinadas en pliegos y en los términos indicados.

Por todo ello, esta parte,
SOLICITA

PRIMERO. – Que se tenga por presentado este escrito que constituye Recurso Especial en Materia de Contratación Administrativa contra la **Resolución de Adjudicación por la que se adjudica a ZIMMER BIOMET SPAIN, S.A.U. el expediente PASUM 2019/05HUIC, convocado para la contratación del suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina.**

SEGUNDO. – Que se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y se tome en consideración el hecho de que **la oferta presentada por la empresa ZIMMER BIOMET SPAIN, S.A.U. incumple lo dispuesto en los Pliegos rectores de la convocatoria, debiendo ser, por tanto, excluida de la licitación.**

TERCERO. – Que en observancia del anterior solicito, se proceda a la **declaración de desierto** del expediente de referencia.

OTROSÍ DICE: Que, al amparo de lo dispuesto en el **Artículo 117** de la **Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**, interesa esta parte la suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa impugnada, solicitud que se funda en las siguientes,

ALEGACIONES

ÚNICA. - **Concurrencia de los requisitos legales necesarios para otorgar la suspensión.**

El **Artículo 117** de la **Ley 39/2015** dispone que, si bien la interposición de un recurso no implica la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, el órgano a quien corresponda la resolución del recurso puede, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que al recurrente o recurrentes se le causa como consecuencia de la ejecutividad inmediata del acto, acordar la suspensión

del acto si la ejecución pudiera ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el **Artículo 47** de la **Ley 39/2015**. A lo largo del presente escrito han quedado acreditadas diversas infracciones legales que no sólo aconsejan, sino que imponen la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Pasaremos ahora a examinar en el presente caso los daños causados a **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** que se derivan de la ejecución inmediata de la actuación administrativa impugnada, y la inexistencia de perjuicios para el interés público por razón de la suspensión, que llevan a una clara conclusión: la necesidad de que se proceda a la suspensión de la actuación administrativa impugnada.

1.1.- Inexistencia de perjuicios para el interés general derivados de la suspensión del procedimiento de adjudicación. El propio interés general demanda la suspensión.

El propio interés general demanda la suspensión del procedimiento, pues es contraria al interés público la prosecución de un procedimiento que, aquejado de vicios que comprometen indefectiblemente su validez, generará actuaciones y gastos para los potenciales licitadores, con las eventuales reclamaciones a que ello pueda dar lugar con posterioridad.

En esta licitación nos encontramos con un adjudicatario que incumple con los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas; ello comporta indefectible y necesariamente la invalidez de la adjudicación.

E igualmente el interés público demanda la suspensión en cuanto es a la Administración a quien primero interesa que el contrato se configure sobre unas bases que garanticen el mantenimiento del contrato y, con ello, del suministro, en los términos previstos en los pliegos, que implican la voluntad del órgano de contratación y la justificación de la primera necesidad del poder adjudicador.

A este respecto no está de más recordar que la jurisprudencia (**Sentencias de Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994, Ar. 9456 y de 13 de enero de 1997, Ar. 127**) determina que ha de tenerse en cuenta no “el interés público” como algo abstracto, sino el interés concreto en juego. Lo que implica que este

concepto jurídico indeterminado ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa.

Y en el presente caso, el indudable interés público de una actividad que afecta directamente a la sanidad pública se protege suspendiendo el procedimiento de formalización del contrato, habida cuenta el carácter manifiesto de las infracciones legales invocadas por esta parte y habida cuenta de los riesgos que entraña la continuación del procedimiento tal como se acaba de exponer.

En cambio, la suspensión del procedimiento de adjudicación no genera perjuicio para el interés general, pues las necesidades del órgano convocante están cubiertas con los contratos vigentes, y podrá seguir estándolo – pues la ley habilita para ello – hasta tanto se lleve a cabo la adjudicación conforme con las exigencias legales.

Por todo ello, se impone la suspensión del expediente de contratación impugnado como una medida cautelar de necesaria adopción en aras a proteger tanto los intereses privados como el propio interés público en conflicto.

1.2.- Los perjuicios derivados a SMITH & NEPHEW, S.A.U.

Resulta evidente que la adjudicación realizada por su entidad causa un grave perjuicio a **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** puesto que ha resultado adjudicataria una empresa que, como expuesto y evidenciado, no cumple con los Pliegos de Prescripciones Técnicas según justificación del Fundamento jurídico primero.

Por ello, resulta evidente que, atendida la inexistencia de perjuicios para el interés general, así como los daños y perjuicios que la actuación administrativa impugnada causa a **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** y teniendo en cuenta además el carácter manifiesto de las infracciones legales invocadas, se impone la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva sobre la adecuación a la legalidad de la convocatoria.

En su virtud, esta parte,

Smith & Nephew S.A.U.

Frutuós Gelabert, 2-4
08970 Sant Joan Despi
Barcelona (España)

T: + 34 93 373 73 01
F: + 34 93 373 74 53
www.smith-nephew.com

Smith+Nephew

SOLICITA: Que se acuerde la suspensión del procedimiento de formalización del Expediente nº PASUM 2019/05HUIC, convocado para la contratación del suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina.

Y para que así conste a los efectos oportunos, se firma la presente en Madrid, a 2 de enero de 2020.

Fdo. Sandra Pérez Delgado

Apoderado

SMITH & NEPHEW, S.A.U.

Smith & Nephew S.A.U.

Frutuós Gelabert, 2-4
08970 Sant Joan Despi
Barcelona (España)

T: + 34 93 373 73 01
F: + 34 93 373 74 53
www.smith-nephew.com

Smith+Nephew**DOCUMENTACIÓN ANEXA**

- **Documento Nº 1:** Copia de la escritura de poder.
- **Documento Nº 2:** Copia de la Resolución de Adjudicación objeto del presente recurso.