

ASUNTO: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA CONTRA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN. EXPEDIENTE Nº A/SUM-003469/2018 PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MÓSTOLES CONVOCADO POR EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD.

En Sant Joan Despí, a 09 de julio de 2018

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

D. Sandra Pérez Delgado, con DNI Nº 46.8133.870-S, actuando en nombre y representación de la empresa **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, con CIF A28123297 y con domicilio social en C/ Fructuós Gelabert, 2-4 Edificio Conata I, CP 08970 de Sant Joan Despí cuya representación acredito mediante copia legitimada ante Notario de mi escritura de poder que se adjunta como **Documento Nº 1**, conforme proceda en derecho y de conformidad con lo previsto en el artículo 44 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, notificada a esta parte el pasado **18 de junio de 2018**, por el cual se resuelve la adjudicación del procedimiento de contratación con número de **Expediente Nº A/SUM-003469/2018** para la contratación del suministro de **PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MÓSTOLES, CONVOCADO POR EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD**, a favor de la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**

Se adjunta como **Documento Nº 2** copia de la Resolución de Adjudicación del referido expediente de contratación.

El presente recurso se fundamenta en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO. – La empresa **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, presentó su proposición en el **Expediente Nº A/SUM-003469/2018** para la contratación del suministro de **PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MÓSTOLES, CONVOCADO POR EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD.**

Por este motivo la empresa a la que represento tiene la consideración de parte interesada en el procedimiento de referencia.

SEGUNDO. – Que, el día 18 de junio de los corrientes se hizo pública, mediante notificación electrónica a los licitadores, la Resolución de Adjudicación del expediente de referencia a favor de la entidad **JOHNSON & JOHNSON S.A.**

TERCERO. – Que, con fecha 27 de junio de los corrientes **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** accedió a la documentación obrante en el expediente de referencia. Se adjunta como **Documento nº 3** copia de la solicitud de acceso al expediente.

A la vista de las serias irregularidades jurídicas de que adolece la citada Resolución, 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, este **RECURSO ESPECIAL** contra dicho acto, por considerarlo contrario a Derecho y gravemente perjudicial para sus intereses, lo que se hace al amparo del **artículo 44.2 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** y sobre la base de los siguientes Requisitos y Fundamentos Jurídicos.

I REQUISITOS

PRIMERO. – REQUISITOS SUBJETIVOS

1.1 Órgano competente

Como quiera que el presente recurso especial se dirige contra una resolución de adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, aprobado por el **Servicio Madrileño de Salud (SERMAS)**, la competencia para conocer el mismo corresponde al **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**.

1.2 Legitimación

De acuerdo con 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**, se determina en su artículo 48:

“Artículo 48. Legitimación.

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.”

La compañía **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, está 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 entidad.

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.

2.2 Recurribilidad del acto

Resulta fuera de toda duda que estamos ante un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior al umbral delimitado por el **Artículo 44** 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 para considerarlo susceptible de interposición de Recurso Especial.

Asimismo, 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, se concretan como actos recurribles los siguientes:

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**, 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.
2. Acto referido a contrato de suministros sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un poder adjudicador, conforme a los **artículos 16 y 44.1** del **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, indicando este último que:

“Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.

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.”

TERCERO. - REQUISITOS FORMALES

3.1 Plazo

Tratándose de actos recurribles 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, 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**, el plazo para la interposición del mismo, 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, 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**

3.2 Anuncio previo

Toda vez que la nueva **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** ha eliminado la exigencia de presentación del anuncio de interposición de Recurso Especial ante el propio Órgano de Contratación y teniendo en cuenta que, tanto los Pliegos de la licitación, así como el acto impugnado fueron publicados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma, entendemos que no resultaría necesaria, en este caso, la presentación del anuncio previo. En caso contrario, solicitamos traslado de plazo de subsanación al Tribunal al que humildemente nos dirigimos.

A estos hechos le son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho.

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – INCUMPLIMIENTO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS Y LAS EXIGENCIAS DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES EN LA OFERTA PRESENTADA POR PARTE DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA, JOHNSON & JOHNSON, S.A.

Como adelantamos en el encabezado del presente Fundamento de Derecho Primero, y fruto del referido acceso al expediente, esta representación ha podido comprobar una serie de incumplimientos por parte de la adjudicataria que manifestaremos a continuación.

Así, en primer lugar, esta representación reproducirá a continuación extracto de la disposición segunda del Pliego de Prescripciones Técnicas de la convocatoria, que establece la obligatoriedad por parte de los licitadores de justificar su experiencia con los diferentes materiales de prótesis de rodilla primaria, objeto del contrato de suministro, a través de una serie de informes y estudios:

Experiencia demostrable:

- Debe presentar informes sobre estudios de supervivencia a largo plazo (multicéntricos, registros de artroplastias).
- En sistemas de rodilla muy recientes, debe presentar estudios biomecánicos o con escalas de valoración funcional de los pacientes y de satisfacción de los mismos al año y a los dos años.

Tras examinar la documentación aportada por **JOHNSON & JOHNSON S.A.** en su oferta, comprobamos que el sobre 1B, que debería contener la documentación técnica de los productos, incluye únicamente información relativa a la bibliografía, un listado de referencias de producto y dos fichas técnicas de contenido genérico, no presentándose, por tanto, en este sobre la documentación técnica requerida.

Así, en cuanto al resto de descripciones técnicas de los artículos contenidas en el PPT, no ha sido posible para esta representación entrar a valorar el cumplimiento de las mismas en la oferta de **JOHNSON & JOHNSON S.A.**, debido a la falta de documentación obrante en su oferta técnica.

Lo cierto, es que los licitadores deben acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, que son de exigido cumplimiento, a través de la documentación obrante en su oferta, extremo imposible de corroborar con la documentación e información obrante en la oferta de la adjudicataria, lo que debería suponer, de facto, su exclusión del presente procedimiento de selección del contratista.

Asimismo, en la **Cláusula 1 del Capítulo 1 del PCAP** se concretan las exigencias relativas a la documental que ha de conformar la documentación técnica general obrante en el sobre 1B características del contrato, donde se indica que “...*Toda la documentación constitutiva de la oferta técnica tendrá que entregarse en castellano y también en soporte digital en formato CD-R o DVD o similar*...”. A continuación, esta representación reproduce extracto del pliego:

SOBRE 1B: (DOCUMENTACIÓN TÉCNICA GENERAL)

La documentación de esta fase se entregará en sobre independiente, junto a los sobres 1, 2B y 3, y se abrirá en la primera fase, a continuación de la apertura administrativa. Deberá contener la siguiente documentación:

- Índice de documentación aportada
 - Relación de productos ofertados.
 - Descripción técnica de los productos y equipos ofertados, catálogos y toda aquella información que el licitante considere oportuna a efectos de acreditar el cumplimiento de las características mínimas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. NO SE INCLUIRÁ EL SOBRE 1B LA INFORMACIÓN VALORABLE EN LOS CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA RECOGIDOS EN EL APARTADO 8.2 DEL ESTE PLIEGO, LA CUAL HABRÁ DE INCLUIRSE EN EL SOBRE 2B.
 - Muestras. Su número y condiciones vienen definidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y serán entregadas en el Almacén General. La no presentación de éstas será motivo de exclusión.
-
- **Toda la documentación constitutiva de la oferta técnica tendrá que entregarse en castellano y también en soporte digital en formato CD-R o DVD o similar.**

Pues bien, tras el estudio de la documentación aportada por **JOHNSON & JOHNSON S.A.**, observamos que en el Sobre 1B no se presenta dicha información en soporte digital, contraviniendo expresamente las indicaciones establecidas en el Pliego.

A continuación, en el **apartado C) de la Cláusula 12 del PCAP**, concerniente al sobre nº 3 que incluye la proposición económica, se dispone que “...se *presentará redactada conforme al modelo fijado en el **anexo I.1** al presente pliego, no aceptándose aquellas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta.*

Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido.

En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido...”

Sin embargo, fruto del referido acceso al expediente esta representación constató que la documentación obrante en la oferta económica de **JOHNSON & JOHNSON S.A.** es únicamente el listado de referencias incluido en el sobre 1B junto con el precio de cada producto. Es decir, la adjudicataria no atendió la exigencia determinada en los pliegos rectores del procedimiento que exige que la oferta económica se presente según el anexo 1.1 del PCAP, lo que no puede sino suponer la exclusión del procedimiento de selección del contratista.

Por último, en relación con la oferta económica presentada, la **cláusula 1, apartado 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares**, establece que “...*en el caso en que sean varias las ofertas, se considerará como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición económica cuyo porcentaje exceda de quince unidades por lo menos a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas...”*

En este sentido, la **cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares**, que regula la Actuación de la Mesa de Contratación determina que “...*Si se identificase alguna proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, de acuerdo, en su caso, con lo indicado en el apartado 8 de la cláusula 1, se realizará la tramitación prevista en el artículo 152 del TRLCSP. En caso de subasta electrónica esta tramitación se llevará a cabo tras la finalización de la subasta, tomando en consideración para apreciar*

si existen valores anormales o desproporcionados los de la última puja de cada licitador...”

Pues bien, con fecha de 14 de mayo de los corrientes tras la apertura de las ofertas económicas propuestas y una vez realizadas las comprobaciones pertinentes, la Mesa de Contratación acordó abrir un trámite de audiencia a la adjudicataria, basándose en la oferta económica anormalmente baja presentada por **JOHNSON & JOHNSON S.A.**

Sin embargo, a pesar de que el plazo concedido para acreditar documentalmente la defensa y viabilidad de su oferta expiró el 28 de mayo de 2018, lo cierto es que no consta a esta representación que la empresa **JOHNSON & JOHNSON S.A.** haya aportado dicha documentación justificativa, al no haber sido publicado acta alguna en el Perfil del Contratante de la Comunidad de Madrid ni hacerse mención expresa en la resolución de adjudicación de haber sido aportada por la adjudicataria.

Cabe recordar que, conforme a lo dispuesto por la Mesa de Contratación y la normativa de aplicación, la no presentación de la documentación requerida supone causa de exclusión de la proposición. Con base en lo anterior, esta representación solicita del Tribunal al que humildemente nos dirigimos que compruebe la efectiva evacuación del trámite de justificación de la baja anormal por parte de la adjudicataria y, en caso de no haber sido aportado y la estimación del mismo por parte del órgano de contratación en los plazos requeridos.

Pues bien, tal y como se determina en la **cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares** *“La presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas particulares que rigen el presente contrato, sin salvedad alguna”*.

Habida cuenta de la concurrencia de los incumplimientos del PPT y del PCAP señalados, la consecuencia necesaria de su apreciación por parte del Tribunal al que humildemente nos dirigimos ha de ser la exclusión de la oferta presentada por **JOHNSON & JOHNSON S.A.**, así como la retroacción de las actuaciones, y la adjudicación del expediente a **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, por haber presentado una oferta regular, de conformidad con los requerimientos y exigencias contenidos en los Pliego y la normativa de aplicación y, al mismo tiempo, ha obtenido la más alta puntuación dentro del proceso de licitación.

SEGUNDO.- ERRÓNEA VALORACIÓN DE LAS OFERTAS PRESENTADAS. INCORRECTA PONDERACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO.

Con carácter subsidiario a las cuestiones puestas de manifiesto en el anterior Fundamento de Derecho, y que por sí solas hubieran de suponer la exclusión de la oferta presentada por **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, y la adjudicación del contrato a **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, interesa a esta parte poner de manifiesto una serie de irregularidades apreciadas en la valoración de los criterios de adjudicación.

Conviene comenzar el presente Fundamento de Derecho Segundo remarcando que al presente procedimiento concurrieron cuatro empresas, obteniendo las puntuaciones que esta representación reproduce a continuación, y que obran en la **Resolución de Adjudicación, Anexo III:**



ANEXO III VALORACIÓN DE CRITERIOS TÉCNICOS Y ECONÓMICOS

VALORACION SEGÚN CRITERIOS LOTE ÚNICO		EXPTE: A/SUM-003469/2018 "PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA".		
EMPRESAS	CALIDAD	OFERTA ECONOMICA	PRECIO	SUMA TOTAL VALORACIONES
EXACTECH IBERICA, S.L.U.	10,00	390.069,00	27,94	37,94
JOHNSON & JOHNSON, S.A.	10,00	253.000,00	70,00	80,00
SMITH & NEPHEW, S.A.U.	30,00	336.850,00	44,27	74,27
ZIMMER BIOMET, S.A.U.	10,00	439.759,30	12,69	22,69

MÁXIMO LICITACIÓN	481.100,00
MÍNIMO OFERTADO	253.000,00

Así, y aun cuando de la estimación de las cuestiones puestas de manifiesto en el Fundamento de Derecho precedente ya debiera acreditarse la errónea valoración de la oferta presentada por **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, y la consiguiente adjudicación del presente contrato a favor de **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** en atención al "*ranking*" de puntuaciones, esta parte entiende necesario poner igualmente de manifiesto la incorrecta valoración de la oferta técnica relativa a los criterios objetivos de valoración.

Esta representación no podría continuar el desarrollo del presente Fundamento de Derecho Segundo sin reproducir las exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares respecto de los criterios de valoración técnica, obrantes en el **apartado 8.2 de la cláusula 1** del referido pliego:

CRITERIOS DE VALORACIÓN

Nº de orden 1: Componente femoral cr cementado Nº de orden 2: Componente femoral cr no cementado Nº de orden 3: Componente femoral ps cementado Nº de orden 4: Componente tibial cementado Nº de orden 5: Componente tibial no cementado Nº de orden 6: Inserto polietileno para cr Nº de orden 7: Inserto polietileno ultra congruente Nº de orden 8: Inserto polietileno para ps Nº de orden 9: Inserto polietileno para ps constreñido Nº de orden 10: Componente rotuliano/patelar			
1)	En fémur PS, cajón posterior conservador de hueso, con mínima resección y sistemas que aporten seguridad, para disminuir el riesgo de fractura condílea:	10	
	Posee plantilla para realización de cajetín cilíndrico	10 puntos	
	No posee plantilla para realización de cajetín cilíndrico	0 puntos	
2)	El implante es de material de Oxinium para pacientes con alergias conocidas	10	
	Posibilidad SI	10 puntos	
	Posibilidad NO	0 puntos	
3)	Permite que la revisión de la prótesis primaria acabe en "Bisagra" con la misma instrumentación	10	
	Posibilidad SI	10 puntos	
	Posibilidad NO	0 puntos	

Así el pliego rector de la convocatoria exige que la prótesis en cuestión, fémur PS, cuente con una *plantilla para realización de cajetín cilíndrico* afín de conseguir los 10 puntos con los que está valorado este apartado, si no posee la referida plantilla la puntuación a otorgar es de CERO puntos.

*extracto resolución adjudicación

<div> <div>INFORME TÉCNICO</div> <div>EXPT.E.SUMINISTROS: A/SUM-003469 "PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA".</div> <div>LOTE ÚNICO:PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA, Nº DE ORDEN 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10</div> </div>					
CRITERIOS TECNICOS	EXACTECH IBERICA, S.L.U	JOHNSON & JOHNSON, S.A.	SMITH & NEPHEW, S.A.U.	ZIMMER BIOMET, S.A.U.	
1. En fémur PS, cajón posterior conservador de hueso, con mínima resección y sistemas que aporten seguridad, para disminuir el riesgo de fractura condílea:					
Posee plantilla para realización de cajetín cilíndrico	10 puntos	10 puntos	10 puntos	10 puntos	
No posee plantilla para realización de cajetín cilíndrico					
2. El implante es de material de Oxinium para pacientes con alergias conocidas					
Posibilidad SI			10 puntos		
Posibilidad NO	0 puntos	0 puntos		0 puntos	
3. Permite que la revisión de la prótesis primaria acabe en "Bisagra" con la misma instrumentación					
Posibilidad SI			10 puntos		
Posibilidad NO	0 puntos	0 puntos		0 puntos	
PUNTUACIÓN TOTAL	10 PUNTOS	10 PUNTOS	30 PUNTOS	10 PUNTOS	

Pues bien, a pesar de que el adjudicatario obtuvo la máxima puntuación en este apartado, la escueta documentación presentada por **JOHNSON & JOHNSON S.A.**, consistente únicamente en una hoja y un CD con contenido mínimo, no aporta información suficiente y/o relevante que acredite y, por tanto, justifique la atribución de los 10 puntos.

Igualmente, cabe destacar que el modelo de prótesis ofertado por **JOHNSON & JOHNSON S.A.**, el PFC Sigma, no dispone de plantilla para la realización de cajetín cilíndrico, incumpliendo así de forma ostensible el requisito único para puntuar en este apartado. A continuación, esta representación reproduce imagen de la prótesis ofertada por la adjudicataria:



A continuación, esta representación facilita al Tribunal el link donde obra la imagen reproducida anteriormente, correspondiente al documento denominado “surgical technique” **Documento Nº 4** (se adjunta extracto del documento):

<https://www.depuysynthes.com/hcp/knee/products/qs/SIGMA-Total-Knee-System#tab3>

En vista de todo lo anterior, podemos afirmar que la valoración de las ofertas se ha realizado sobre la base de un prisma de discrecionalidad totalmente arbitrario, que en modo alguno se corresponde con la realidad de los productos ofertados y la documentación aportada en la oferta de la adjudicataria. Esta parte es plenamente consciente del principio de discrecionalidad técnica que avala las apreciaciones técnicas de la Administración, mas esta presunción no es absoluta, toda vez que en las mismas se deben garantizar las notas esenciales de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores.

En ese sentido, hemos de referir que los **Principios de No Discriminación e Igualdad de Trato entre Licitadores**, contenidos en los **Artículos 1 y 132** de

la **Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, comportan una preceptiva de obligado cumplimiento que garantiza, precisamente, que la valoración de las ofertas se realiza en condiciones de igualdad:

Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. La presente Ley tiene por objeto 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 licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el **principio de integridad**, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

1. 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.

En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha expresado siempre en el mismo sentido. Así, señálese el **Acuerdo 35/2015, de 17 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra**, que determina:

*“Tal como se señala en el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, "La finalidad de los **criterios de adjudicación** es determinar*

*qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. **Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas...***

*Asimismo, se añade que "...Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados (artículo 150.4 TRLCSP), a fin de que las valoraciones parciales efectuadas a la luz de cada uno de ellos puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación **para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación**, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06)".*

*Y continúa, "...la **finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio**. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente. Sin olvidar que una incorrecta parametrización de un criterio, puede falsear la finalidad de la licitación".*

En Conclusión: A la luz de todo lo anterior, y con carácter subsidiario al Fundamento de Derecho Primero, entendemos necesario que se tengan en cuenta las cuestiones referenciadas, y se retrotraigan las actuaciones con el objeto de valorar la oferta de la adjudicataria respecto a la realidad de su oferta, corrigiéndose la puntuación otorgada.

TERCERO. – LOS PLIEGOS SON LEY ENTRE LAS PARTES.

Al hilo de las anteriores dicciones, ya se ha referenciado el contenido del **artículo 124 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** y el hecho de que 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.

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 definan sus calidades**, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.*

Así, el **incumplimiento de estos requisitos mínimos 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 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, al admitir a valoración a una empresa que incumple los requerimientos esenciales del PPT, así como de las exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y adjudicarle posteriormente el contrato.

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, que, por 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 exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y con las prescripciones técnicas debe ser rechazada y no procede su valoración. De este modo debió obrar la Mesa de Contratación, excluyendo del procedimiento la propuesta presentada por JOHNSON & JOHNSON S.A.

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

La adjudicación del expediente citado así como la admisión a licitación de la oferta presentada por **JOHNSON & JOHNSON S.A.**, teniendo en cuenta que incumple las condiciones de obligado cumplimiento recogidas en el **Pliego de Prescripciones Técnicas**, así como su no exclusión por el mismo motivo, 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 prescripciones técnicas de obligado cumplimiento y las exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas. En otro caso está dando un trato discriminatorio a las empresas que han invertido para cumplir con los mínimos requeridos en la convocatoria.

A este respecto, el ya citado **Artículo 1** de la **Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** dispone que,

Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. La presente Ley tiene por objeto 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 licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

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

“1. 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, un trato igualitario al no excluir **la propuesta presentada por JOHNSON & JOHNSON, S.A.** cuando la misma no ha dado cumplimiento a las exigencias técnicas requeridas por el **Pliego Prescripciones Técnicas** por el que se ha regido la presente convocatoria.

Así, 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:

“(…) La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público... señala que (...) deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia. 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, resalta la importancia del principio de igualdad, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico – español y comunitario – vigente en materia de contratación pública:

“(…) 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.

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. (...)”

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 mí representada se ha visto forzada a competir con la oferta presentada por unos licitadores que no se han 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 reclamación.

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

Dispone el **artículo 31** del 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 que,

“Los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”.

En esta misma línea dispone el **artículo 32** que,

“Son causas de nulidad de Derecho administrativo las siguientes:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común”.

El **artículo 62.1 e)** de la ya derogada Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, dispone que, los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

“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”.

Este precepto se corresponde con el actual **artículo 47** de la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**:

“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.

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, no se ha realizado una correcta valoración de **la propuesta presentada** por **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** al expediente de contratación y, lo que es más, aún a pesar del acreditado incumplimiento de lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas, ha resultado adjudicataria del contrato de referencia.

Por todo ello, esta parte,

SOLICITA

PRIMERO. – Que tenga por presentado este escrito que constituye Recurso Especial en Materia de Contratación administrativa contra la Resolución de Adjudicación, notificada a esta parte en fecha de 18 de junio de 2018, relativa al procedimiento de contratación con **Expediente Nº A/SUM-003469/2018** para la contratación del suministro de **PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MÓSTOLES, CONVOCADO POR EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD.**

SEGUNDO. – Que, en consecuencia, 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 propuesta presentada** por **JOHNSON & JOHNSON S.A.**, al expediente de referencia, incumple las exigencias previstas tanto en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la convocatoria como las exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debiendo ser, por tanto, excluida del mismo.

Asimismo, esta representación solicita del Tribunal al que humildemente nos dirigimos que compruebe en el expediente de licitación la aportación del escrito de justificación de baja temeraria o anormal que debió aportar la adjudicataria y la estimación del mismo por parte del órgano de contratación. En el caso de que no se evacuara escrito de justificación de la oferta, o no el mismo no fue estimado por parte del órgano, esta representación no puede sino solicitar la exclusión de la adjudicataria.

TERCERO. – Con carácter subsidiario a la anterior, que se tenga en consideración el hecho de que las ofertas presentadas han sido erróneamente valoradas en atención a los Criterios de Adjudicación y valoración del expediente, en lo que supone una evidente vulneración de los más elementales principios de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores que habría de ser subsanada o, cuando menos, explicada.

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,

PRIMER OTROSÍ DIGO: SOLICITUD DE PARALIZACIÓN INMEDIATA DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

Se adopte la medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo que origina el presente recurso con base en las siguientes,

ALEGACIONES

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

El órgano a quien corresponda la resolución del recurso debe, 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, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**.

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 a la empresa a la que represento y 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 el presente supuesto es evidente que la resolución impugnada incurre en manifiestas infracciones de preceptos legales, con las trascendentales consecuencias que además han atribuido a estas infracciones los Tribunales (en concreto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). El carácter manifiesto de estas infracciones no solo ampara, sino que, desde la mera prudencia, recomienda la suspensión del procedimiento de licitación.

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.

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 adjudicación, habida cuenta el carácter manifiesto de las infracciones legales

invocadas por esta parte y habida cuenta 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 de los pacientes han estado hasta hoy perfectamente cubiertas con los contratos vigentes, y podrá seguir estándolo –pues la ley habilita para ello- hasta tanto se adjudique un nuevo expediente de contratación 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 para la empresa a la que represento. Apariencia de buen derecho.

Resulta evidente que la adjudicación realizada por el Órgano de Contratación causa un grave perjuicio a **SMITH & NEPHEW, S.A.U.**, puesto que es la empresa que ha presentado la oferta económica más ventajosa en cumplimiento con las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas y del Pliego de Cláusulas Administrativas por el que se rige la convocatoria, siendo esta una exigencia del contrato.

Pero, pese a ello, no ha resultado adjudicataria, siéndolo una empresa que no cumple con los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas.

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,

SOLICITA

Al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que acuerde la suspensión cautelar del procedimiento de licitación del

expediente de referencia, hasta la resolución del recurso especial interpuesto mediante el presente escrito.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO:

Que por medio del presente propongo y desde ahora acepto que cualquier notificación se me pueda verificar por medios electrónicos o telemáticos, y señalo para ello los siguientes datos:

Email: sandra.perez@smith-nephew.com y/o licitaciones.es@smith-nephew.com

Teléfonos para confirmación: 93 373 73 01 extension 2227

Y que, en todo caso, el domicilio postal a efectos de notificaciones es el que figura en los datos incluidos en el encabezamiento del presente.

Por todo ello, esta parte,

SOLICITA

Al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que tenga por realizada la anterior manifestación a efectos de medios de notificación.

Y para que conste a los efectos oportunos, se firma la presente en Madrid, a 06 de julio de 2018.

Fdo. Sandra Pérez Delgado
Apoderada
SMITH & NEPHEW, S.A.U.

DOCUMENTACIÓN ANEXA

- **Documento Nº 1:** Escritura de poder.
- **Documento Nº 2:** Copia de la Resolución de Adjudicación del referido expediente de contratación.
- **Documento nº 3:** Copia de solicitud de acceso al expediente de contratación pública presentado al Órgano de Contratación.
- **Documento nº 4:** Extracto documento "SIGMA Primary Knee system Balanced Surgical Technique".