

Recurso nº 20/2020
Resolución nº 58/2020

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 19 de febrero de 2020, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Zimmer Biomet Spain, S.A.U., contra el clausulado de los Pliegos rectores del contrato de “Suministro de material necesario para Cirugía de Columna Dorsolumbar del Hospital Clínico San Carlos”, del Servicio Madrileño de Salud, dividido en ocho lotes, número de expediente: PA2 2019-0-162, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de diciembre de 2019, se publicó, en el D.O.U.E. y en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria del contrato suministro de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, publicándose además en el B.O.C.M. el 27 de diciembre de 2019. El valor estimado del contrato es de 9.360.601,12 euros para un plazo de duración de 12 meses, prorrogable hasta un máximo de 5 años.



El plazo de recepción de ofertas finalizó el 20 de enero de 2020, habiendo presentado proposiciones tres empresas, entre las que no se encuentra la recurrente.

Segundo.- El 15 de enero de 2020, la empresa Zimmer Biomet Spain, S.A.U. (en adelante Zimmer) presenta recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) del contrato de suministro de referencia.

La recurrente en el escrito de interposición del recurso solicita la nulidad o anulación de los pliegos impugnados por los que se rige la contratación, instándose la aprobación de unos nuevos pliegos que contemplen la exigencia del umbral mínimo de cumplimiento del 50 por ciento de la suma de los criterios cualitativos establecidos, así como la configuración de unos criterios de adjudicación y valoración de las ofertas de conformidad con los principios rectores aplicables en contratación pública. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de contratación como medida provisional, en aras de proteger los intereses públicos y privados que están comprometidos en la convocatoria.

Tercero.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 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 (en adelante LCSP).

Con fecha 21 de enero de 2020, se ha recibido en este Tribunal el expediente administrativo y el preceptivo informe, en el que el Hospital manifiesta que ha seguido el procedimiento legalmente establecido en la tramitación del expediente objeto de recurso, señalando que los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares se han elaborado conforme a derecho.



Cuarto.- Con fecha 30 de enero de 2020, este Tribunal acordó denegar la adopción de la medida cautelar de suspensión solicitada, dado el carácter excepcional de las medidas provisionales, y por encontrarse el expediente de contratación en su fase inicial lo que hace previsible que este Tribunal resuelva sobre el fondo con anterioridad a la adjudicación del contrato, debido a los breves plazos de tramitación del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por encontrarse el objeto del contrato impugnado recogido dentro de las actividades contempladas en el objeto social de la empresa según prevé el artículo 2º de sus Estatutos sociales.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.



Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra los pliegos que rigen un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP. Así la publicación de los Pliegos se realizó el 20 de diciembre de 2019, por lo que el recurso presentado el día 15 de enero de 2020, se presentó en plazo.

Quinto.- Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo que establece la cláusula 1 del PCAP, relativa a las características del contrato, en su apartado 8 al regular los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

❖ Criterios relacionados con los costes:

8.1– Criterio precio. Hasta 40 puntos.

❖ Criterios cualitativos:

“8.2– Criterios cualitativos de carácter automático:..... Hasta 60 puntos.

LOTE 1:

1. El sistema incluirá:

A) una barra de dureza extrema en titanio y cromo cobalto.

B) con diseño tipo raíl.

C) Compatible con los tornillos para barra 4.5 mm y 5.5 mm.

Cumplimiento de 3 de estas condiciones: 30 puntos.

Cumplimiento de 2 de estas condiciones: 10 puntos.

Cumplimiento de una o ninguna de estas condiciones: 0 puntos.

2. Los tornillos con las siguientes características:

A) Serán de bajo perfil.

B) Sin tuerca de cierre.

C) Con bloqueo mediante sistema de presión.



Cumplimiento de 3 de estas condiciones: 30 puntos.

Cumplimiento de 2 de estas condiciones: 10 puntos.

Cumplimiento de una o ninguna de estas condiciones: 0 puntos.

LOTE 2:

1. Para casos de deformidades muy severas, posibilidad de disponer de un set específico de osteotomías vertebrales:

SI: 10 puntos

NO: 0 puntos

2. Los tornillos cervico-torácicos podrán acoplar 2 diámetros de barra de 3.5 y 4.0 mm:

SI: 15 puntos

NO: 0 puntos

3. Tornillos cervicales de barra de 3.5 y 4.0 mm con diámetros desde 3.5 hasta 5.5 mm en incrementos de 0.5 mm:

SI: 15 puntos

NO: 0 puntos

4. Tornillos con sistema de cierre no roscado para evitar trasrocamientos y facilitar las maniobras de corrección en las escoliosis:

SI: 20 puntos

NO: 0 puntos

LOTE 3: (...)"

Sexto.- La recurrente plantea dos motivos de impugnación de los pliegos:

- La incorrecta configuración del pliego por la ausencia de umbral mínimo en los criterios cualitativos.
- Criterios de adjudicación y valoración discriminatorios y quebranto del principio de concurrencia e igualdad de trato en los Lotes nº 1 y nº 2.

6.1.- En cuanto al primer motivo alegado relativo a la ausencia de umbral mínimo en los criterios cualitativos, Zimmer manifiesta que el pliego contempla dos criterios objetivos de adjudicación, el precio con un total de 40 puntos y los criterios



cualitativos de carácter automático que suman 60 puntos, indicando al respecto que el artículo 146.3 de la LCSP determina que cuando un procedimiento de adjudicación se articule en varias fases habrá de fijarse un umbral mínimo en la valoración de las ofertas, siendo este de carácter obligatorio como condición para continuar en el proceso selectivo. *“Sin embargo, en el presente expediente de contratación no se establece ningún umbral mínimo de cumplimiento sobre los criterios de adjudicación cualitativos propuestos, por lo que esta representación entiende que el Pliego ha de ser anulado y, en su caso, modificado por una cláusula concreta que exija un umbral mínimo de cumplimiento del 50 por ciento de la suma de los criterios cualitativos establecidos”.*

Asimismo alega “que el carácter clasificatorio y, por consiguiente, eliminatorio de los criterios de adjudicación, tiene como justificación obtener ofertas con unos elevados estándares de calidad en las que el precio no sea finalmente el elemento que determine la elección del adjudicatario de manera que si un licitador no alcanza el 50 por ciento de la puntuación, es decir, «no alcanza el aprobado», quede excluido del proceso”.

Por su parte el órgano de contratación pone de manifiesto que como se desprende del artículo 146.3 de la LCSP, el umbral mínimo del 50% se establecerá cuando el procedimiento de adjudicación se realice en “varias fases”, y en este procedimiento no se han establecido distintas fases para realizar la selección, *“todos los operadores que concurran continuarán en el procedimiento hasta el final, por la que no se excluirá a ninguno de ellos. Exclusivamente en el momento final previo a la adjudicación y tras la valoración conjunta de todos los aspectos técnicos y económicos se elevará la propuesta de adjudicación hacia el operador que presente la oferta más ventajosa, quedando el resto de operadores excluidos”.* A cuyos efectos cita la resolución nº 192/2019, de 13 de junio de 2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



Este Tribunal en primer lugar ha de mencionar que la regulación efectuada por el artículo 146.3 de la LCSP de la aplicación de los criterios de adjudicación en fases, no admite ningún tipo de duda interpretativa al disponer:

“3. Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”.

Por tanto, es claro, de un lado, que solo se pueden establecer fases en aquellos supuestos en que el órgano de contratación haya determinado en el PCAP que el contrato se va a adjudicar utilizando una pluralidad de criterios, puesto que con un solo criterio no es factible establecer fases de valoración, y, de otro lado, el carácter potestativo que tiene para el órgano de contratación el establecimiento de fases en la valoración de los criterios de adjudicación, de carácter eliminatorio o excluyente, que igualmente han de estar previstas y claramente desarrolladas en el PCAP que rige la contratación.

La cláusula 8 del PCAP que rige el suministro dispone que *“Los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato son los establecidos, con su correspondiente ponderación o, en su defecto, por orden decreciente de importancia, en el apartado 8 de la cláusula 1.*

Cuando el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, de entre los criterios objetivos de adjudicación, en el mismo apartado de dicha cláusula se especifican, en su caso, los que se valorarán en una primera fase, siendo necesario obtener, como mínimo, en cada uno de ellos la puntuación que asimismo se indica para que la oferta pueda ser valorada en la fase decisoria”. De la redacción dada a



la cláusula 1.8 del *PCAP* se constata que en el presente procedimiento de adjudicación el órgano de contratación ha optado por no incluir fases decisorias en la valoración de los criterios de adjudicación.

Si bien coincidimos con el hospital en que el procedimiento abierto admite su articulación por fases, lo que constituye una opción para el órgano de contratación que ha de articularse por vía de los pliegos, y sin que por emplear una combinación de criterios evaluables tenga que articularse el procedimiento en fases sucesivas, para la selección de la oferta más ventajosa, conforme al artículo 146.3 de la LCSP. Sin embargo, no es correcta la afirmación relativa a que una vez elevada la propuesta de adjudicación al operador que presente la oferta más ventajosa, quedan el resto excluidos. Con la propuesta de adjudicación la Administración selecciona la mejor oferta presentada a la licitación, lo que de ninguna de las maneras implica que se excluya a aquellos licitadores clasificados por orden decreciente que no han resultado seleccionados como adjudicatarios, pero que sí han sido admitidos al procedimiento de adjudicación. Los supuestos en los que la Mesa de contratación puede acordar la inadmisión o exclusión de los licitadores están previstos y tasados, tanto en la LCSP como en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sin que esté prevista la exclusión de los licitadores no clasificados en primer lugar, no siendo admisible la exclusión por no presentar la mejor oferta. De hecho, como prevé la LCSP tanto en el artículo 150.2 como en el 153.4, cuando el contrato no llegue a adjudicarse o formalizarse se propondrá o adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el apartado 2 del artículo 150 de la citada Ley.

Por lo expuesto con anterioridad procede desestimar este motivo de impugnación.



6.2.- Respecto a la alegada conculcación de los principios rectores de la contratación pública de libre concurrencia, igualdad de trato entre licitadores y no discriminación en los Lotes 1 y 2, Zimmer considera restrictivas de la concurrencia las características señaladas en la cláusula 1.8.2 relativas al Lote 1, en los puntos 1.B) y 2.A).B) y C), y en el Lote 2, en el punto 4, por resultar propias y exclusivas del producto de una casa comercial concreta, esto es, el sistema MESA® Spinal System fabricado por K2M, INC, comercializado en España por la compañía MEDCOMTECH, S.A. Además menciona el peso de dichos criterios en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores, afirmando que de manera directa otorgarían al menos 30 puntos, en el caso del Lote 1, y 20 puntos en el caso del Lote 2 a una casa comercial concreta, puntuación imposible de obtener por otras casas comerciales vulnerando los principios establecidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP, así como el 145.5.b) y c) en cuanto a no conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

El órgano de contratación por su parte informa que en el PPTP se describen claramente las características y condiciones que diferencian el Lote 1 y el Lote 2, por lo que los ítems dentro de cada lote están definidos y relacionados en función de estas características diferenciadoras, sin que resulten excluyentes y, por tanto, sin vulnerar la libre concurrencia ni la igualdad de trato. Junto con las características generales del PPTP, indica que se establecen en el PCAP unos criterios de valoración según prevé el artículo 145.1 y 2 de la LCSP, y estima que no suponen vulneración de la concurrencia en ninguno de los dos lotes, pues se basan en aquellas condiciones que, si bien el órgano de contratación no las ha considerado imprescindibles en la terapia que se está contratando, sí contribuyen a aportar seguridad, calidad de información, facilidad de manejo, etc., y por tanto han de ser las que contribuyan a diferenciar el mejor producto.

Respecto a que las características impugnadas sean exclusivas de un único proveedor, el hospital alega que conforme al artículo 28 de la LCSP corresponde a



los órganos de contratación definir la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir con el contrato, que el objeto del contrato debe ser determinado (artículo 88 de la LCSP), y que esa determinación se podrá definir *“en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer”*. Asimismo manifiesta que no se acredita en absoluto la afirmación de que existe una única *“casa comercial”* suministradora, afirmando además que tendría más sentido si viniera referida a fabricantes de producto, no a proveedores que suministran a su vez de diversos fabricantes.

Por último en cuanto a la ponderación de los criterios indica que han sido definidos fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. En el caso del Lote 1, criterio 1 el proveedor indica exclusividad porque en el apartado 1.B se exige *“Con diseño tipo raíl”*, además de esta característica se pide:

- 1. A) Barra de dureza extrema en titanio y cromo cobalto, y
- A. C) Compatible con los tornillos para barra 4,5 mm y 5,5 mm.

La ponderación se hace escalonadamente, lo que estima garantiza una ponderación objetiva de ningún modo excluyente, lo mismo que en el lote 1 apartado 2.

Por lo que se refiere al Lote 2 indica que de los 4 criterios de valoración considera excluyente el número 4, indicando que si un proveedor no cumpliera cualquiera de los cuatro criterios no sería valorado en ese aspecto en concreto, pero sí en el resto lo que garantiza una ponderación objetiva y no excluyente.

El análisis de la cuestión lleva a este Tribunal a señalar lo que dispone el artículo 145 de la LCSP, al regular con carácter general los requisitos y clases de criterios de adjudicación a utilizar en los contratos, así en primer lugar se ha de mencionar que la elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa. Dichos criterios no se enumeran con carácter exhaustivo en el apartado 2 del citado artículo, determinando, en su



apartado 4, que corresponde a los órganos de contratación velar por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades, así pues deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Ahora bien los criterios seleccionados, previstos en el PCAP que han de servir de base para la adjudicación, han de cumplir los requisitos que establece el apartado 5 de: estar vinculados al objeto del contrato, formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y garantizando que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Asimismo el apartado 7, para el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, concreta que “deberán estar suficientemente especificadas, considerando que se cumple esta exigencia cuando se fijan, de manera ponderada, concretando los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. Igualmente prevé que son mejoras las prestaciones adicionales a las que figuran definidas en el pliego de prescripciones técnicas, sin que puedan alterar su naturaleza, ni el objeto del contrato”.

Por otra parte la ley limita la ponderación de estas mejoras, cuando su valoración dependa de un juicio de valor al 2,5 por cien, no aplicable al presente caso al evaluarse el criterio impugnado mediante formula.

Tratándose el diseño tipo rail y las características de los tornillos que se impugnan, del material de cirugía objeto de contratación, cuestiones eminentemente técnicas, no es factible, por carecer de competencia técnica en la materia, que este Tribunal pueda discutir la afirmación efectuada por el órgano de contratación respecto a que dichos criterios contribuyen a diferenciar el mejor producto por aportar seguridad, calidad, facilidad de manejo, etc., en virtud del asentado principio



de discrecionalidad técnica formulado por la doctrina y la jurisprudencia. En este caso la vinculación al objeto del contrato de los criterios de adjudicación impugnados es clara por referirse a características del material a suministrar, y tampoco se aprecia que confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, pues como alega el hospital el pliego prevé una ponderación escalonada en lo que respecta al lote 1, y una valoración no desproporcionada en relación a los otros 3 criterios establecidos en el Lote 2, a pesar de que en ambos casos se considera que la puntuación asignada es bastante elevada observándose poca desagregación.

En cuanto a la afirmación de Zimmer de que las características impugnadas son exclusivas de una casa comercial, se estima que no queda suficientemente probada con la aportación que hace la recurrente de un manual en inglés de K2M, INC.

Por tanto, también se considera que procede desestimar el segundo motivo de impugnación al no apreciarse vulneración de los dispuesto en los artículos 99 y 145 de la LCSP, en aplicación del principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, en los criterios cualitativos de la cláusula 1.8.2 del PCAP, relativos al Lote 1, 1B) y 2.A), B) y C), y Lote 2.4, y no quedar acreditado que los criterios impugnados sean discriminatorios y excluyentes por la exclusividad de una comercializadora

Por todo lo expuesto este Tribunal considera procedente desestimar el recurso presentado por Zimmer.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:



ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Zimmer Biomet Spain, S.A.U., contra el clausulado de los Pliegos rectores del contrato de “Suministro de material necesario para Cirugía de Columna Dorsolumbar del Hospital Clínico San Carlos”, del Servicio Madrileño de Salud, dividido en ocho lotes, número de expediente: PA2 2019-0-162.

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

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **1018553253739939492989**