

Recurso nº 118/2018**Resolución nº 110/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por Dona S.P.D. actuando en nome e representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra o acordo de exclusión da súa oferta no lote 4 do acordo marco convocado para a subministración sucesiva de sistemas de próteses total de xeonllo con destino aos centros hospitalarios do Servizo Galego de Saúde, expediente MA-SER1-18-017, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en diante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Servizo Galego de Saúde convocouse a licitación do acordo marco convocado para a subministración sucesiva de sistemas de próteses total de xeonllo con destino aos centros hospitalarios, cun valor estimado declarado de 32.076.000,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o día 07.03.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, o contrato estivo sometido ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en diante).



Terceiro.- A recorrente impugna o acordo da mesa de contratación do día 11.10.2018 que decide a exclusión da súa oferta presentada ao lote nº4 da licitación polo seguinte motivo:

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

Cuarto.- O día 07.11.2018 SMITH & NEPHEW, S.A.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- Con data 08.11.2018 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 16.11.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 19.11.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- Este Tribunal acordou suspender o procedemento de licitación do lote 4 o día 15.11.2018.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A empresa recorrente impugna a súa exclusión do procedemento de licitación, polo que a súa lexitimación é incuestionable.

Cuarto.- O acordo de exclusión notificouse o día 17.10.2018, polo que o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Tratándose dun acordo marco de subministración cun valor estimado de 32.076.000,00 euros, o recurso é admisible.

Sexto.- O recorrente nega nas súas alegacións que o produto ofertado incumpra o PPT, pois manifesta que o comportamento da súa prótese *“resulta en todo caso único radio en ese rango de media flexión”*. Sinala ademais que en ningún momento se estipula nos pregos que ambos cóndilos deban presentar o mesmo radio, polo que indica que a escuridade os pregos non poden causar a súa exclusión.

Por outro lado, advirte que a interpretación da mesa de contratación quebra cos principios da libre competencia, igualdade de trato e non discriminación, posto que ese criterio só o cumpriría unha casa comercial.

Sétimo.- O órgano de contratación no seu informe oponse aos argumentos do recorrente. Sinala que o modelo presentado *“consiste en un implante que presenta dos radios distintos, y uno de ellos es de radio único solamente de 11,5 a 90º, con lo cual se comporta como un radio múltiple”*. Entende que non cabe apreciar cláusulas escuras nos pregos, porque estaba especificado de xeito preciso que o compoñente femoral debía ser de radio único e, sobre a alegación referida á quebra da libre competencia, indica que non hai tal, e proba diso é que se presentaron outras dúas empresas á licitación dese lote, ademais da recorrente.

Oitavo.- O primeiro argumento do recurso sinala que o implante ofertado cumpre os requisitos esixidos no PPT xa que se comporta como radio único *“en el rango de media flexión, que se produce normalmente entre 10 y 90º”*.

Debemos facer referencia ao PPT que establecía respecto ás características que debían reunir os produtos a licitar no lote 4 as seguintes:

“4.1 Componente femoral construido con radio único.

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

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

4.4 Componente rotuliano”

O órgano de contratación, como vimos, oponse a este argumento indicando que o implante se comporta como de radio múltiple, ao que acompaña imaxe na que consta un radio medial e un radio lateral de xeito diferenciado, o que determina que a prótese incumpra o previsto no PPT.

Polo tanto, o que aprecia este Tribunal é que o recorrente no propio recurso de impugnación sinala que a prótese ofertada *“utiliza un radio diferente en cada uno de los cóndilos, pero que resulta en todo caso único radio en ese rango de media flexión”*, o que supón que fora dese ángulo o comportamento non é de radio único. E, igualmente, que o órgano de contratación acredita a existencia no implante de dous radios diferentes, un medial e un lateral, polo que conclúe que o seu comportamento non é de radio único. Como sinala o seu informe *“radio único es como indica su nombre que la prótesis tendrá en todos los ángulos un mismo y único radio”*, algo que o produto ofertado polo recorrente non cumpriría.

En consecuencia, na función revisora deste Tribunal non cabe apreciar que o órgano de contratación se apartase do sinalado polos pregos da licitación, que sinalan como característica do produto a subministrar neste lote 4 un *“componente femoral construído con radio único”*, sen que os argumentos traídos polo recorrente ante este TACGal permitan desvirtuar o criterio técnico do órgano de contratación, nin demostren a existencia dunha desviación na resolución de exclusión do esixido no PPT, ademais de que o propio texto do recurso recoñece ese comportamento como radio único da prótese unicamente nun rango de ángulos determinado. Todo isto determina que se deba desestimar este motivo do recurso.

Noveno.- O segundo argumento do recorrente refírese á escuridade na redacción dos pregos da licitación, así como á restrición da libre competencia que supón o criterio técnico adoptado polo órgano de contratación, pois sinala o recorrente que só unha empresa cumpriría o requisito do radio único.



Ao respecto, debemos sinalar que os pregos configuran esta licitación establecendo unha división da mesma en 4 lotes, coas seguintes características específicas dos produtos a subministrar en cada un deles:

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

1.1 Componente femoral construído con radio múltiple.

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

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

1.4Componente rotuliano

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

2.1 Componente femoral construído con radio múltiple.

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

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

2.4Componente rotuliano

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

3.1 Componente femoral construído con radio único.

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

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

3.4Componente rotuliano.

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

4.1 Componente femoral construído con radio único.

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

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

4.4Componente rotuliano”

Polo tanto, da lectura do fixado no PPT resulta que as condicións da licitación eran claras, sen que aprecie o Tribunal os motivos de escuridade alegados polo recorrente. Os lotes aparecen diferenciados, establecendo os parámetros das distintas próteses a ofertar para cada un e indicando que, se ben para os lotes 1 e 2 deben ofertarse compoñentes de radio múltiple, nos lotes 3 e 4 deberán ser de radio único.

Sinala o recorrente que *“en ningún momento se estipula en el pliego que ambos cóndilos deban presentar el mismo radio”*. Pero os pregos da licitación, como vimos, son concretos ao diferenciar as características dos distintos lotes, e respecto ao lote 4 obxecto da impugnación sinala *“componente femoral construído con radio único”*, expresión que carece de toda ambigüidade e que impide apreciar escuridade na súa redacción.



Como xa sinalou este TACGal na súa Resolución 34/2018:

“Certo é, que tamén é doutrina consolidada que a escuridade das cláusulas non pode favorecer a quen é responsable de ocasionala. Agora ben, hai que precisar que este principio non pode supoñer unha esaxerada interpretación do sentido propio das palabras ata o punto de argumentar unha posible escuridade que non é tal. O que non se pode pretender é un estrangulamento do significado dunha cláusula que permita achegala a una conclusión favorable ao recorrente, cando esa conclusión se afasta dunha lectura lóxica do seu contido.”

Igualmente, a referenciada configuración da licitación en lotes dificulta entender que exista a limitación da concorrencia alegada no recurso. O contrato, reiteramos, divídese en 4 lotes en función de distintos sistemas de próteses totais de xeonllo, considerando variables en base aos compoñentes femoral e tibial, polo que os licitadores se poden presentar aos diversos lotes en función dos produtos que oferten.

Neste sentido, lembremos que é competencia do órgano de contratación a fixación do obxecto do contrato en virtude da súa discrecionalidade técnica e o seu coñecemento das necesidades de interese público a satisfacer coa contratación. Como sinala a Resolución 220/2017 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

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

Na nosa Resolución TACGal 77/2018 expresamos: *“En todo caso, como xa dixemos, tampouco se pode pedir a ese Tribunal que se converta en Administración contratante, ou permitir que o recorrente adopte tal papel, pois é ao órgano de contratación ao que corresponde adoptar as súas decisións dentro da súa discrecionalidade técnica, de forma que nos corresponde só un carácter revisor desta...”*

Ademais, o órgano de contratación sinala no seu informe que *“al lote 4 podían presentarse diferentes empresas, y así lo hicieron además de la recurrente CMM S.L.U. y MBA INCORPORADO S.L., esta última, aunque no fue admitida al procedimiento por presentar los diversos sobres abiertos, ofertaba una prótesis sagital de radio único”*, o que tamén desvirtúa a xenérica alegación do recorrente ao respecto de que o requisito do radio único cumpriríase por unha única empresa.

Polo tanto, procede desestimar tamén este motivo do recurso, sen que aprecie este Tribunal na configuración da licitación efectuada polo órgano de contratación en cumprimento das súas competencias quebra do principio de igualdade.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por SMITH & NEPHEW,S.A.U. contra o acordo de exclusión da súa oferta no lote 4 do acordo marco convocado para o subministración sucesivo de sistemas de próteses total de xeonllo con destino aos centros hospitalarios do Servizo Galego de Saúde.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.