

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 27 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil MBA INCORPORADO, S.L. contra la resolución de adjudicación del Lote 11 del contrato denominado “Suministro de Material Implantable para Osteosíntesis de Miembro Inferior para el Hospital Universitario de La Princesa”, número de expediente P.A. 4/2024, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados los días 25 y 26 de septiembre de 2024, respectivamente, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 12 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 1.414.327,50 euros y su plazo de duración será de doce meses.

A la licitación del lote impugnado se presentaron dos licitadores, la recurrente y la adjudicataria.

Segundo. – El Lote 11 tiene por objeto el suministro de matriz ósea desmineralizada y sustituto de hueso, estableciendo el PPT en la descripción del Lote que la matriz ósea desmineralizada debe ser de origen humano y procedente únicamente de hueso cortical para su mejor compatibilidad. El sustituto óseo se solicita únicamente en gránulos, que es el de uso habitual, comprendiendo una mezcla de hidroxiapatita (60%) y fosfático tricálcico (40%).

En fecha 30 de noviembre de 2024 la Mesa de contratación celebra el acto de apertura y calificación de la documentación relativa al cumplimiento de requisitos previos y verificación de características técnicas, recogiendo el Acta para la documentación de ambos licitadores lo siguiente: “Documentación incorrecta: Falta Certificado Marcado CE y documentación técnica”, efectuándose requerimiento de subsanación.

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 5 de diciembre de 2024 da por subsanada la documentación aportada por MBA INCORPORADO, S.L., y ORTO-MEDIMATEC, S.A., por lo que pasan a la siguiente fase de valoración.

Sobre la base del Informe técnico de verificación de características técnicas de fecha 19 de diciembre de 2023, en el que se hace constar, respecto de la oferta de ORTO MEDIMATEC que “NO CUMPLE”, pues “NO COMPRENDE EN CATALOGO CHIPS DE HIDROXIAPATITA (60%) y FOSFATOTRICALCICO (40%) COMO SUSTITUTIVO OSEO EN GRANULOS (OSTEOCONDUCTOR)”, la Mesa de 21 de diciembre de 2023 acuerda la exclusión de ORTO MEDIMATEC, S.A. y, el 28 de diciembre de 2023, propone la adjudicación del Lote 11 a la empresa MBA INCORPORADO, S.L.

El Lote 11 se adjudica en favor de MBA mediante Resolución del Director Gerente del Hospital de 18 de enero de 2024, que fue notificada a ambos licitadores, y publicada en el Portal en fecha 19 de enero de 2024.

Contra la citada Resolución de adjudicación se interpuso recurso especial en materia de contratación, número 67/2024, formulado por la representación de ORTO MEDIMATEC, S.A. Aquel recurso se interpuso contra el acto de adjudicación, pues el acto de exclusión no fue notificado de forma independiente y fue estimado por este Tribunal mediante Resolución 106/2024, de 14 de marzo, pues acudiendo a la documentación técnica de la oferta presentada, se observó que el producto sustituto óseo de ese licitador cumplía con los requisitos exigidos, lo cual fue reconocido por el órgano de contratación en su informe al recurso, que se allanaba a las pretensiones de la recurrente.

En la tramitación de aquel recurso se concedió trámite de audiencia a MBA INCORPORADO, S.L., como adjudicatario del contrato cuya adjudicación se impugnaba, sin que en el plazo otorgado a tal fin la ahora recurrente, entonces interesada, hiciera uso de la posibilidad de presentar alegaciones.

Confirmado el cumplimiento de la composición del sustituto óseo ofertado por ORTO MEDIMATEC, S.A., la citada resolución anuló la adjudicación de dicho lote, así como su exclusión, retrotrayendo las actuaciones del expediente al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas.

Notificada la resolución anterior al órgano de contratación, en sesión celebrada por la Mesa de contratación en fecha 11 de abril de 2024, se procede a la apertura de la proposición económica de ORTO MEDIMATEC, S.A., y se comprueba que incurre en presunción de anormalidad, por lo que se solicita justificación de la viabilidad de la misma.

En sesión posterior, de 18 de abril de 2024, se admite la justificación de la oferta y se clasifican las ofertas presentadas, proponiéndose la adjudicación del Lote 11 a ORTO MEDIMATEC, a la que se adjudica dicho lote mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de fecha 10 de mayo de 2024.

La citada Resolución fue notificada a MBA INCORPORADO, S.L. y publicada en el Portal en la misma fecha de su emisión.

Tercero. - El 31 de mayo de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MBA INCORPORADO, S.L., y presentado en el Registro de la Consejería de Hacienda, Economía y Empleo el día 30 de mayo de 2024, en el que solicita la anulación de la adjudicación del Lote 11 a ORTO MEDIMATEC, S.A., con retroacción del procedimiento a efectos de la adjudicación de dicho lote en su favor. Solicita asimismo la suspensión de la tramitación del expediente.

El 5 de junio de 2024 se recibe del órgano de contratación el expediente de contratación y el informe a que se refiere 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 (LCSP), solicitando la desestimación de las pretensiones de la recurrente.

Cuarto. - La tramitación del Lote 11 del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por el Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de

2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo, ORTO MEDIMATEC, S.A. ha presentado escrito de alegaciones.

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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica participante en la licitación del lote impugnado, que ostenta la segunda posición en la clasificación de ofertas para dicho lote y que pretende la adjudicación en su favor, por tanto, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de mayo de 2024, practicada la notificación y efectuada la publicación en el Portal en esa misma fecha, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 30 de mayo de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación, en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es

recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, la recurrente fundamenta su impugnación en el incumplimiento de prescripciones técnicas por parte de la oferta de la ahora adjudicataria (ORTO MEDIMATIC), en concreto en lo referido a la composición de la matriz ósea ofertada, pues no está compuesta por un 100% de hueso cortical desmineralizado.

Los motivos esgrimidos por la ahora recurrente no coinciden con los planteados en el recurso que dio lugar a nuestra Resolución 106/2024, de 14 de marzo, en la que se acordó estimar el motivo del recurso: la indebida exclusión de ORTO MEDIMATIC, S.A. pues cumplía la composición exigida para el sustituto óseo (mezcla de hidroxiapatita (60%) y fosfático tricálcico (40%); siendo en este caso discutida la composición de la matriz ósea, que, junto con el sustituto óseo, compone el objeto del Lote 11.

Sentado lo anterior, señala MBA que, mientras el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) indica que la matriz ósea desmineralizada debe ser de origen humano y procedente únicamente de hueso cortical para su mejor compatibilidad, la matriz ósea desmineralizada (DBM) crunch, referencia 32605C ofertada por el adjudicatario, tal y como figura en la ficha técnica del producto aportada por la adjudicataria al expediente, no está compuesta al 100% de hueso cortical desmineralizado, sino que un porcentaje de ella está formado por pequeños trozos de hueso esponjoso no desmineralizado que, por ausencia de esta característica, carece de factores de crecimiento, lo que supone un menor índice de compatibilidad, siendo de inferior calidad que una matriz como la exigida, compuesta al 100% de hueso cortical desmineralizado.

Sostiene que, dentro de los diferentes tipos de matrices óseas existentes, la administración contratante se ha decantado, exclusiva y legítimamente, por una matriz compuesta por un 100% de hueso cortical desmineralizado que mejore la

compatibilidad (menos reacciones inmunológicas adversas, etc.), y ha excluido cualquier otro tipo de matrices, por lo que la oferta presentada por ORTO MEDIMATEC debió ser excluida al no cumplir con esta prescripción, procediendo la adjudicación en su favor.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta en su informe que se actuó conforme a lo establecido en el apartado 6 de la Cláusula 1 del PCAP, que señala: *“Se verificará con la documentación aportada, que los productos ofertados cumplen todas las especificaciones técnicas incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

Quedarán excluidas del procedimiento todas las proposiciones cuyas características técnicas no se ajusten a lo establecido en los pliegos.”

Atendiendo a lo anterior, entiende que el órgano de contratación no puede sino valorar las características el producto ofertado por cualquier licitador con base en la documentación aportada por cada uno de ellos. Y señala que obró de esta manera, pues el responsable del servicio verificó, a partir de la documentación presentada, que ambas empresas, ORTO-MEDIMATEC, S.A. y MBA INCORPORADO S.L., cumplen con las características técnicas del PPT, tal como se recoge en el Informe Técnico de 9 de abril de 2024.

En concreto, respecto al Lote 11: Matriz Ósea Desmineralizada y sustituto de hueso (11.1; 11.2; 11.3; 11.4), el responsable, acudiendo a la documentación técnica de la oferta presentada por ORTO-MEDIMATEC S.A., observa que el producto cumple con los requisitos solicitados.

Así, en el ‘Catálogo’, se indica expresamente que “la matriz ósea desmineralizada se compone únicamente de hueso humano”, incluyendo en sus características ‘100% hueso humano’, y añadiendo respecto al tipo ‘Putty’: 100 % humano – Hueso cortical desmineralizado’.

Y en idéntico sentido se expone en la Descripción Técnica del Producto 'Matriz Ósea Desmineralizada (DBM) D-GRAFT SteriFuse CRUNCH, en las especificaciones técnicas, al indicar que la composición es 'Matriz Ósea Desmineralizada 100% Hueso Humano con chips corticoesponjosos'.

Por ello solicita se desestime el recurso presentado.

En último término, el adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta que la Matriz Ósea ofertada por Ortomedimatec S.A., se ajusta 100% a las características solicitadas en el Pliego Técnico, tal y como puede observarse en el catálogo incluido en la documentación aportada en tiempo y forma en la licitación.

Ahora bien, admite un error en la Ficha Técnica presentada, que no corresponde al producto solicitado.

Sostiene que este error no afecta al precio ni al producto ofertado, porque la oferta se ha confeccionado 100 % con las características del PPT y califica el error como material o documental, pues la referencia correcta del producto es 32605, en vez de la referencia 32605C, por lo que solicita se respete la adjudicación del lote impugnado en su favor.

Aporta, acompañando a su escrito, la Ficha Técnica del producto con referencia 32605C en la que consta: *"COMPOSICIÓN/COMPONENTES: MATRIZ ÓSEA DESMINERALIZADA 100% HUESO HUMANO"*.

Vistas las alegaciones de las partes, debe partirse de la regulación que hacen los pliegos sobre esta cuestión.

Señala el PPT como características técnicas del producto a suministrar en el Lote 11 lo siguiente: *"LOTE 11: MATRIZ ÓSEA DESMINERALIZADA Y SUSTITUTO DE HUESO:"*

Comprende material de osteoinducción y sustitución de hueso para relleno de cavidades y utilización de defectos óseos de origen traumático o tumoral. La matriz ósea desmineralizada debe ser de origen humano y procedente únicamente de hueso cortical para su mejor compatibilidad. El sustituto óseo se solicita únicamente en gránulos, que es el de uso habitual, comprendiendo una mezcla de hidroxapatita (60%) y fosfático tricálcico (40%).”

Las mismas características se reproducen en la Cláusula primera del PCAP.

Por lo que respecta a los criterios de adjudicación, el apartado 8 prevé una pluralidad de criterios:

- CRITERIO PRECIO: hasta 70 puntos.
- CRITERIOS CUALITATIVOS: hasta 30 puntos, de acuerdo con el siguiente desglose:
 - 1.- Depósito de implantes e instrumentación: hasta máximo 15 puntos:
 - Por cada implante e instrumentación adicional al stock en préstamo establecido por el Hospital en el Pliego de Prescripciones Técnicas: 5 puntos.
 - 2.- Publicaciones en la literatura que avalen los implantes correspondientes: hasta máximo 15 puntos:
 - Entre una y tres publicaciones: 5 puntos.
 - Más de tres publicaciones: 15 puntos.

En referencia a la documentación a presentar por los licitadores, señala el apartado 9 del PCAP lo siguiente:

...

- *En el SOBRE DE DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA del sistema de licitación electrónica licit@, se incluirá la documentación técnica en lengua castellana o traducida oficialmente a esta lengua que permita, con carácter*

previo a la valoración de los criterios objetivos, la verificación del cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas.

- *En el SOBRE DE DOCUMENTACIÓN CRITERIOS AUTOMÁTICOS del sistema de licitación electrónica licit@, se incluirá toda aquella documentación técnica que permita valorar los criterios evaluables de forma automática que se han indicado en el apartado anterior 8.2.1...*

Se señala igualmente que se verificará con la documentación aportada, que los productos ofertados cumplen todas las especificaciones técnicas incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Y que quedarán excluidas del procedimiento todas las proposiciones cuyas características técnicas no se ajusten a lo establecido en los Pliegos.

Analizada la oferta presentada a la licitación por parte de ORTO MEDIMATEC, el ANEXO I.1 - PROPOSICIÓN ECONÓMICA oferta para el Lote 11, el siguiente producto:

- Orden 11.1: MATRIZ ÓSEA DESMINERALIZADA 5 cc (200849). Marca: D-GRAFT DILESA. Modelo Putty. Ref. 32605C.

La ficha técnica de la MATRIZ ÓSEA DESMINERALIZADA (DBM) D-GRAFT SteriFuse® del distribuidor DISTRIBUCIONES LEVANTINAS SANITARIAS, S.L. (DILESA) refiere la siguiente composición: matriz ósea desmineralizada 100% hueso humano con chips corticoesponjosos.

Siendo la adecuación o no a pliegos de la composición de la matriz ósea ofertada con chips corticoesponjosos una cuestión eminentemente técnica, que este Tribunal no puede entrar a conocer y que no queda resuelta en el informe al recurso aportado por el órgano de contratación, el error en el producto ofertado es admitido por el propio licitador adjudicatario, que señala en su escrito de alegaciones que la

referencia 32605C de su oferta debe sustituirse por la correcta, la 32605.

No puede admitirse la alegación consistente en que se trata de un error documental/material que no afecta al precio, ni al suministro, sino sólo a la documentación aportada como ficha técnica que no se corresponde con el producto solicitado. Y ello porque el propio documento de la oferta, confeccionada en el Modelo del Anexo I.1, expresa la referencia del producto ofertado 32605C, que considera errónea la adjudicataria.

El catálogo al que alude el adjudicatario para entender que el producto ofertado se ajusta a las características solicitadas en el pliego es el correspondiente a la referencia 32605, que no coincide con el producto ofertado.

Pretende el adjudicatario sustituir el producto ofertado por otro, lo que a juicio de este Tribunal constituiría una modificación sustancial de la oferta.

Como ya hemos señalado, el PCAP prevé que quedarán excluidas del procedimiento todas las proposiciones cuyas características técnicas no se ajusten a lo establecido en los pliegos, algo que admite el propio licitador al señalar que existe error en la referencia del producto ofertado, pero que el catálogo presentado junto con la oferta para otra referencia, la 32605, sí cumple con la composición de hueso cortical desmineralizado.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso anulando la adjudicación del Lote 11 en favor de ORTO MEDIMATEC, S.A., con retroacción de actuaciones al momento en que debió acordarse su exclusión por la Mesa de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil MBA INCORPORADO, S.L. contra la resolución de adjudicación del Lote 11 del contrato denominado “Suministro de Material Implantable para Osteosíntesis de Miembro Inferior para el Hospital Universitario de La Princesa”, número de expediente P.A. 4/2024.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática del Lote 11 prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto. - 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.