

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

En Madrid, a 15 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Doña. M.S.F., en nombre y representación de BAXTER, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del H.U. "12 de Octubre", de fecha 16 de octubre de 2012, por la que se adjudica el contrato de "Suministro de sustituto óseo e implante óseo neurocirugía para el Hospital Universitario "12 de Octubre", lote 1, relativo al expediente de contratación 2012-0-54, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 30 de julio de 2012 se publicó, en el perfil del contratante y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de Suministro de sustituto óseo e implante óseo neurocirugía para el Hospital Universitario 12 de Octubre, dividido en dos lotes a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con un valor estimado de 302.886,60 euros IVA excluido. Consta que la convocatoria del procedimiento de licitación se publicó asimismo en el DOUE de 19 de julio de 2012 y en el BOE el 6 de agosto.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) establece, entre otras, como características técnicas para el lote 1, “Sustituto Óseo de Hidroxiapatita y fosfato tricálcico”, “biocompatible, osteoconductor, reabsorbible, poroso, gránulos,” previendo que para valorar el producto se aporten muestras del mismo.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron once empresas entre ellas la recurrente.

Consta en el acta correspondiente al acto de apertura de los sobres con la oferta económica del día 26 de septiembre de 2012 que se comunicó la exclusión de varias empresas de la licitación al lote, entre ellas a la recurrente, circunstancia que fue conocida por la recurrente puesto que consta que al acto de apertura de la oferta económica acudió un representante de la misma.

Dicha exclusión se basa en las conclusiones del informe técnico de valoración emitido el 19 de septiembre, en el que consta, como único defecto, respecto de la oferta de la recurrente *“en la documentación no aparece que tengan hidroxiapatita como componente”*, sin que se haga referencia a ningún otro incumplimiento.

Con fecha 16 de octubre se dicta Resolución de adjudicación del indicado contrato a favor de la empresa Biomet Spain Orthopedics S.L., motivada mediante la aportación como anexo del informe de valoración en el que consta la exclusión de la empresa ahora recurrente, notificándosele dicha resolución el 18 de octubre de 2012.

Tercero.- Frente a tal Resolución la empresa Baxter S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, previa la realización del preceptivo anuncio ante el órgano de contratación, en el que argumenta que la exclusión de su oferta por incumplimiento del PPT no es ajustada a Derecho, en tanto en cuanto, el producto ofertado por la misma está compuesto por hidroxiapatita tal y como acreditan mediante la aportación de la Hoja de

información de seguridad del producto, señalando asimismo que *“el término hidroxiapatita es el nombre común con que se conoce al mineral compuesto por fosfato de calcio cristalizado de fórmula (Ca₁₀(PO₄)₆(OH)₂)”*.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, señala que en la documentación correspondiente al producto ofertado no se recoge ente los componentes del mismo el de hidroxiapatita exigido por el PPT, manifestando además que tras la recepción del recurso se ha solicitado nuevo informe al servicio de Neurocirugía que afirma que el compuesto solicitado: hidroxiapatita con fosfato tricálcico, reúne las mejores características osteoconductoras, que el resto de posibles compuestos utilizados para injertos en cirugía espinal, y concluye nuevamente que *“ni en la documentación contenida en el sobre de documentación técnica de la oferta de Baxter, ni en el prospecto de la muestra aparece el nombre de la hidroxiapatita como componente del producto ofertado”*.

Cuarto.- Con fecha 5 de noviembre se ha concedido trámite de audiencia a los interesados en virtud de lo establecido en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), sin que se haya presentado escrito de alegaciones por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Asimismo se acredita la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151”*.

En el presente caso, consta que la resolución de adjudicación se notificó a la recurrente el día 18 de octubre de 2012, interponiéndose el recurso el día 30 del mismo mes que, por lo tanto, ha de considerarse interpuesto en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro, con un valor estimado de 302.886,60 euros, por tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c), en relación con el artículo 15.1. b) del TRLCSP.

Cuarto.- El Hospital 12 de Octubre es un centro de atención especializada, adscrito al Servicio Madrileño de Salud (Disposición adicional primera del Decreto 23/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud), ente público que tiene la consideración de Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 del TRLCSP.

A la licitación es de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y por el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en relación al artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso al ser objeto del recurso un acto emanado de un Hospital que se inserta en la Administración Pública autonómica.

Quinto.- En cuanto fondo del asunto, el mismo se contrae a determinar si la exclusión de la recurrente por incumplimiento de las prescripciones del PPT por lo que se refiere a la composición exigida al producto a suministrar es o no, ajustada a derecho.

Afirma la recurrente que el producto que ofertaba, “Actifuse”, tiene en su composición hidroxiapatita, como se exigía en el PPT, aportando para acreditar tal afirmación la hoja de información de seguridad del producto, en la que efectivamente este Tribunal comprueba que consta que en el apartado correspondiente a la composición: “Silicon-susbtitued Hydroxyapatite” (hidroxiapatita, en sustitución de silicatos).

El mineral apatito-(CaOH), también llamado hidroxiapatita o hidroxiapatito, está formado por fosfato de calcio cristalino ($\text{Ca}_{10}(\text{PO}_4)_6(\text{OH})_2$), tal y como afirma la recurrente y comprueba este Tribunal.

En la oferta técnica de la recurrente, comprobada por este Tribunal, tal y como afirma el órgano de contratación no consta en la composición del producto la tan mencionada hidroxiapatita, pero sí se especifica cuál es la composición del producto ofertado señalando, “*Fosfato cálcico con sustitución de silicatos Actifuse Gránulos, la estructura porosa de Actifuse fomenta la formación rápida de hueso. La resorción del injerto mediada por células conduce a una rápida y efectiva reparación*” (sic). Además no obstante no contenerse mención al mencionado compuesto en la

ficha de la oferta técnica, sí que se acompaña a dicha oferta, según ha comprobado este Tribunal, un certificado de garantía de diseño CE60706 con respecto a *“El diseño, desarrollo y fabricación de sustitución de injerto óseo con materiales con base de hidroxiapatita para uso ortopédico”*, en la que se hace referencia a aquél.

Como es sabido los pliegos constituyen la Ley del contrato y las ofertas de los licitadores deben ajustarse a las exigencias contenidas en los mismos, pero no lo es menos que el órgano de contratación en aras a lograr la máxima concurrencia, tributaria de la necesidad de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos prevista recogida en el artículo 22.2 del TRLCSP, y siempre dentro de los márgenes de cumplimiento de lo establecido en los pliegos, deben apreciar las ofertas presentadas de forma que la admisión o inadmisión de las mismas no obedezca a un mero ritual formalista, contando para ello en su caso con mecanismos como la realización de informes técnicos de valoración (artículo 160 TRLCSP) o la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas por parte de los recurrentes.

En este caso la exclusión de la recurrente por no indicar el nombre, sino la composición del producto ofertado, se revela como excesivamente formalista, máxime cuando aparecen otros documentos en la oferta que hacen referencia a la producción de la hidroxiapatita, que en su caso pudieran dar pie a la solicitud de una aclaración por parte del órgano de contratación, y no obedece al principio de libre concurrencia que preside, entre otros, la contratación del sector público, por lo que este Tribunal considera que procede anular la decisión de exclusión de la recurrente por los motivos más arriba indicados, admitiendo la oferta de la recurrente y procediendo a su valoración.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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 BAXTER, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del H.U. "12 de Octubre", de fecha 16 de octubre de 2012, por la que se adjudica el contrato de "Suministro de sustituto óseo e implante óseo neurocirugía para el Hospital Universitario "12 de Octubre", lote 1, relativo al expediente de contratación 2012-0-54, admitiendo la oferta de la recurrente y procediendo a su valoración.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal en Resolución de 7 de noviembre de 2012.

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 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 49 TRLCSP.