

Recurso 14/2021

Resolución 331/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 16 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXACTECH IBÉRICA, S.LU.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del acuerdo marco denominado “Acuerdo Marco con una única empresa para el suministro de prótesis de rodilla, con cesión de uso de determinado equipamiento necesario para la utilización del material” agrupación 2 (lotes 13 a 22) (Expte 68/2020 PAAM 1/20), promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de marzo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 7.995.996,80 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la sesión de 18 de noviembre de 2020, la mesa de contratación adopta el acuerdo de exclusión de la oferta presentada por la entidad EXACTECH IBÉRICA, S.LU. (en adelante EXACTECH) respecto de la agrupación 2 (lotes 13 a 22). El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante el 23 de diciembre de 2020.

SEGUNDO. Con fecha 18 de enero de 2021, fue presentado en el Registro Electrónico General de la Administración General del Estado dirigido a este Tribunal -teniendo entrada en su Registro electrónico ese mismo día-, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EXACTECH contra el citado acuerdo de exclusión de 18 de noviembre de 2020, en su escrito la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 18 de enero de 2021, solicitándole informe sobre el mismo y sobre la medida cautelar solicitada, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo requerido fue recibido en este Órgano el 27 de enero 2021.

Con fecha 28 de enero de 2021, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, respecto a la agrupación 2, lotes 14 y 19.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello la entidad STRYKER IBERIA, S.L.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de referencia, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto el acuerdo de exclusión, de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acta en la que se adopta el acuerdo de exclusión fue publicada en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía con fecha 23 de diciembre de 2020 y el escrito de recurso ha sido presentado con fecha 18 de enero de 2021, por lo que, aun computando desde la fecha de publicación de aquella, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La mesa de contratación, en su sesión celebrada el día 18 de noviembre de 2020, acuerda la exclusión de la oferta de EXACTECH respecto de la agrupación 2 (lotes 13 a 22). Según se indica en el acta levantada al efecto la exclusión es motivada: *«por cuanto supera el importe del precio de licitación en varios lotes»* lo que es considerado una infracción del artículo 102.1 de la LCSP.



Disconforme con la decisión de exclusión adoptada por la mesa, EXACTECH presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto al considerar que la oferta debe ser considerada como única teniendo en cuenta el total de lotes agrupados y no cada uno de ellos de forma individualizada, por lo que solicita que se anule el acuerdo de la mesa por el que se excluye su oferta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad interesada STRYKER IBERIA, S.L. (en adelante STRYKER) se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Procede ahora reproducir aquellas partes del expediente necesarias para centrar el objeto del debate para a continuación analizar la controversia. Como anteriormente se ha indicado el objeto del acuerdo marco es el suministro de prótesis de rodilla. En concreto, la oferta de la recurrente es excluida de la agrupación 2 denominada «*prótesis de rodilla inserto movil/fijo*» que comprende los lotes 13 a 22, como consecuencia de que su proposición económica supera los precios unitarios establecidos en el PCAP respecto de los lotes 14 y 19.

Dicha circunstancia es reconocida por EXACTECH en su escrito de recurso, en este sentido afirma que su oferta supera para los lotes 14 y 19 el precio unitario fijado para la licitación en el apartado 3 del anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), aunque manifiesta que el importe que se debe tener en cuenta a estos efectos debe ser de forma global y única la agrupación y no cada uno de los lotes de forma individualizada.

Sobre lo anterior, procede mencionar que el PCAP en su cláusula 1.1. al configurar el régimen jurídico del acuerdo marco establece «*el Acuerdo marco, se desarrollará en dos fases: primero, mediante la celebración de un Acuerdo marco con un único empresario por los lotes y/o agrupaciones de lotes que se establezcan, por el que se fijan las condiciones*» de los contratos basados que se pretendan adjudicar, y segundo, mediante los contratos basados en el acuerdo marco, que se tramitarán por el mismo órgano de contratación del acuerdo marco, que



tendrán por objeto los concretos suministros de tracto sucesivo y precios unitarios, cuyas características y condiciones han sido fijadas en el Acuerdo marco».

Más adelante, en esta misma cláusula se indica: *«Asimismo, el presente modelo se circunscribe al contrato de suministro de tracto sucesivo de los previstos en el artículo 16.3.a) de la LCSP, que corresponde a aquellos contratos en los que la persona empresaria se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración, cuyo objeto se especificará en el apartado 5 del Cuadro Resumen».*

En este sentido, en la cláusula 3.1.3. del PCAP, en la que se fija el valor máximo estimado del acuerdo marco y el precio de los suministros se establece que: *«el precio de los bienes objeto de suministro del acuerdo marco se establecen por precios unitarios por tratarse se suministros en los que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente, conforme se define en el art. 16.3 a) de la LCSP».*

En el apartado 4 del cuadro resumen anexo al PCAP al identificar la forma de adjudicación y el modelo de pliego por el que se rige la presente licitación se indica: *«Modelo. acuerdo marco con una única empresa para suministro de tracto sucesivo y precios unitarios».*

En el apartado 9 del citado cuadro resumen se establece el valor máximo estimado y precio, en el mismo se hace referencia a los precios unitarios indicando que quedan recogidos en un documento anexo. En el apartado 3 del mencionado documento anexo se relacionan las distintas agrupaciones, en lo que aquí interesa, se recoge el valor estimado de la agrupación 2, que queda conformado por el valor unitario de cada uno los lotes teniendo en cuenta el número de unidades previstas en el pliego de prescripciones técnicas, y el importe correspondiente a las posibles prórrogas y modificaciones.

Pues bien, la entidad recurrente argumenta que los distintos elementos -lotes 13 a 22- que configuran la prótesis de rodilla objeto de la agrupación 2 son incompatibles entre los distintos fabricantes por lo que toda la agrupación debe ser adjudicada a la misma entidad licitadora lo que conlleva que la agrupación se deba considerar, a su juicio, como un único lote.



Sobre esta cuestión la recurrente invoca el apartado 5.2. del cuadro resumen del PCAP donde se indica: *“Cada agrupación de lote está formada por la prótesis principal y sus respectivos complementos, de modo que no es posible técnicamente realizar el implante incorporando componentes de fabricantes diferentes al de la prótesis principal, dado que ello no asegura la compatibilidad 100%. De lo contrario no cabe descartar la aparición de secuelas clínicas y complicaciones severas en los pacientes. Es por ello que no es conveniente licitar estos productos por lotes sueltos, sino que se necesita licitar por agrupaciones”.*

A su juicio, prueba de que se debe considerar la agrupación como un solo lote resulta de como se ha determinado el presupuesto base de licitación y la fórmula para valorar las ofertas económicas de las que se desprende que las desviaciones en los lotes se compensan y que lo relevante es la cifra total de cada agrupación.

Respecto a la configuración del PCAP, la recurrente argumenta que tanto para la adjudicación como para la determinación de si una oferta está presuntamente incurso en valores anormales o desproporcionados no se tiene en cuenta la suma del valor individual de cada uno de los lotes, sino que se aplica un valor que se denomina *“valor económico unitario neto (VEUN)”* que supone una magnitud en la que se toma en consideración las unidades bonificadas del producto que ofrece cada licitador para cada agrupación de lotes.

En definitiva, la entidad recurrente considera que el valor unitario del lote no cumple ninguna función autónoma en esta licitación, al menos en los lotes que se encuentran agrupados y realiza diversos cálculos para concluir que su oferta es la más económica de las presentadas.

Por lo demás, la recurrente fundamenta sus alegaciones citando diversa doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para concluir que: *«debería ser obvio que dado que el pliego parte de un concepto como el de valor económico unitario neto, que descuenta del precio unitario las unidades bonificadas, sería contrario al objetivo de seleccionar la oferta con mejor relación calidad-precio, que impone el artículo 145 de la LCSP, no tomar en consideración el carácter unitario de la oferta y del presupuesto de licitación, lo que supondría excluir ofertas, como la de mi representada, que en realidad pueden tener para un mismo lote un precio superior al unitario, pero, como hemos visto, un coste real inferior a las ofertas que respetan formalmente dicho precio unitario –habiendo obtenido mi representada, además, la máxima puntuación técnica- y que respetan siempre el presupuesto máximo de la licitación. Esto demuestra que la variante “precio unitario” no puede tener*



carácter limitativo en esta licitación» motivos por los que solicita que se anule el acto impugnado y se admita su oferta por haber sido excluida de forma ilegal.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta, en síntesis, que ha de darse la razón a la recurrente en cuanto desde el punto de vista técnico y funcional la agrupación debe ser considerada como una unidad pero, a su juicio, tras el análisis de la doctrina existente sobre la cuestión controvertida se debe concluir que la recurrente fue correctamente excluida dado que la licitación se configuró por precio unitario y tracto sucesivo, en los términos anteriormente reproducidos.

Finalmente, la entidad interesada STRYKER se manifiesta en términos similares a los del órgano de contratación. En concreto, la entidad argumenta *«la Administración lo que plantea es un contrato de tracto sucesivo, donde va comprando elementos de cada lote según sus necesidades y pagando a precio de mercado (y, en su caso, con bonificaciones a partir de un número de unidades), pero sin incurrir en el riesgo de pagar un precio excesivo y superior al de mercado en ninguno de los lotes y, si se quiere, por todo el contrato, lo que puede darse y probablemente suceda si se da curso a la práctica perniciosa de la licitante de no respetar el precio unitario para cada lote, so pretexto de que se compensa en el global de la agrupación».*

SÉPTIMO. Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En primer lugar, se ha de precisar como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones: (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre, y Resolución 188/2020, de 1 de junio) *«) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos»*

En este sentido, queda claro que la proposición económica de EXACTECH debía ajustarse a las previsiones establecidas en el PCAP que como anteriormente se ha reproducido establece en su cláusula 3.1.3. que el precio de los bienes se establece por precios unitarios en los términos previstos en el artículo 16.3. a) de la LCSP. Además, ello se puede constatar en la documentación anexa al PCAP en la que se indica el precio unitario por cada lote que conforma la agrupación 2 -a la hora de configurar el presupuesto de la licitación- y a su vez se puede confirmar en la oferta presentada por la recurrente -que forma parte del expediente



remitido a este Tribunal- y en la que se puede observar que queda confeccionada indicando el valor unitario de cada lote.

Sobre lo anterior, no es objeto de discusión -ya que EXACTECH lo reconoce- que su oferta supera el importe unitario establecido en el PCAP respecto de los lotes 14 y 19. En este sentido, y como argumenta el órgano de contratación, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), establece que: *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición».*

En este sentido, como el órgano de contratación afirma, no se discute que la oferta de la recurrente podría haber sido la más ventajosa si hubiera respetado la limitación establecida en los pliegos, pero lo que resulta un hecho cierto es que uno de los supuestos en los que procede el rechazo de la oferta se produce en el caso de que la misma supere el presupuesto de licitación, en este caso, los importes unitarios de determinados lotes, que es el supuesto ante el que nos encontramos.

En estos términos se ha pronunciado este Tribunal y otros Órganos de resolución de recursos contractuales, por ejemplo en nuestra Resolución 202/2014, de 27 de octubre, aludiendo a la doctrina mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 509/2014, en un supuesto en el que el propio pliego prohibía que se superasen los precios unitarios, al indicar: *«es evidente que los términos de los pliegos son claros e inequívocos en relación a la prohibición de que los precios unitarios de los artículos a suministrar superen el precio unitario fijado para la licitación, por lo que habiendo superado la empresa adjudicataria los mismos en determinados artículos de los Lotes n °1 y n ° 4, procede estimar este motivo del recurso, y anular el acto de adjudicación de dichos lotes».*

También se trata esta cuestión en la Resolución de este Tribunal 5/2017, de 20 de enero, en la que se indica: *«En definitiva, el PCAP es taxativo y claro al señalar que no se valorará ninguna oferta que supere el precio unitario máximo establecido para cada artículo en el Anexo II, lo cual no es sino consecuencia de la naturaleza del*



suministro a contratar donde la adjudicación debe efectuarse necesariamente por precios unitarios al no estar determinadas, desde un principio, las unidades a adquirir, ni el presupuesto global de estas, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración, de modo que el presupuesto de licitación viene a configurarse como un límite máximo del gasto calculado sobre la base de una estimación previa de las necesidades de suministro.

Así las cosas, resulta claro que las ofertas, tal y como dispone el Anexo VI-B del PCAP, no podrán exceder del precio unitario máximo señalado para cada uno de los artículos de los distintos lotes, debiendo ser rechazadas en caso contrario».

En estos términos se han manifestado más recientemente otros órganos de resolución de recursos contractuales, así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 416/2019, de 17 de abril, manifiesta: *«El Tribunal confirma que los precios unitarios se constituyen en máximos y excluyentes. Así: “Por el contrario, la fórmula contenida en la Cl. LL para valorar el precio no atiende a los precios unitarios ofertados, sino «a la oferta económica total más barata». Pese a este último extremo (que separa nuestro supuesto del resuelto en nuestra Res. 856/2017 ya citada), entendemos que un licitador normalmente diligente debería, dado el tenor de la cl.7.3 del PCAP y el E “in fine” del Anexo I, así como el Anexo VIII, haber comprendido que los precios unitarios se formulaban como máximos y determinantes de la exclusión. Por ello, no es admisible la interpretación del recurrente, según el cual, del pliego se derivaría que su única virtualidad era servir como «como precios con los que se ha obtenido el precio unitario de licitación».*

Por tanto, teniendo en cuenta que el sistema de determinación del precio de la presente licitación queda configurada de forma clara por precios unitarios y aunque no se indique de modo taxativo en el PCAP la exclusión por su superación, este Tribunal considera que un licitador razonablemente informado y normalmente diligente debe conocer que su oferta no puede exceder en ningún caso los precios unitarios establecidos ya que a estos efectos se entienden asimilables al presupuesto de licitación cuya superación supone causa de exclusión que sí queda recogida en el apartado 7 del PCAP y en el artículo 84 del RGLCAP.

Visto todo lo anteriormente argumentado, este Tribunal considera que la mesa de contratación actuó correctamente en lo relativo a la exclusión de la oferta de la recurrente por haber superado su proposición económica los precios unitarios máximos establecidos para los lotes 14 y 19 de la agrupación 2, procediendo así la desestimación del recurso presentado.



Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXACTECH IBÉRICA, S.LU.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del acuerdo marco denominado “Acuerdo Marco con una única empresa para el suministro de prótesis de rodilla, con cesión de uso de determinado equipamiento necesario para la utilización del material.” agrupación 2 (lotes 13 a 22). (Expte 68/2020 PAAM 1/20), promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 28 de enero de 2021.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

