

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

En Madrid, a 5 de junio de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Doña M.A.M, en nombre y representación de la empresa Instituto Tecnológico PET S.A., contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de fecha 6 de mayo de 2014, por la que se adjudica el contrato P.A. 20/2012 “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear: Fludesoxiglucosa 18F (18-FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21 y 25 de febrero de 2013, se publica en el BOE y en el BOCM, respectivamente, la convocatoria pública para la adjudicación del contrato de “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar con pluralidad de criterios, y con valor estimado de 4.750.590 euros.

De acuerdo con lo dispuesto en el punto 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto la adquisición de “Material radioactivo para Medicina Nuclear: Fludesoxiglucosa (18-FDG) viales multidosis” con destino a los siguientes hospitales del Servicio Madrileño de Salud: Hospital Clínico San Carlos, Hospital Universitario de Getafe, Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda; Hospital Universitario 12 de Octubre, Hospital Universitario La Paz y Hospital Universitario Gregorio Marañón.

El Anexo I del PCAP establecía en su apartado 8 b), entre otros, el siguiente criterio de valoración, de carácter técnico:

2.2. Número módulos de síntesis propios de 18-FDG. Hasta 5 puntos:

2.2.1. > 6 módulos de síntesis de FDG. 5 puntos.

2.2.2. = 6 módulos de síntesis de FDG. 0 puntos.”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro licitadoras entre ellas la recurrente, según certificado del Sermas que obra en el expediente administrativo.

Con fecha 31 de mayo de 2013, la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria del Sermas, resolvió adjudicar el contrato a la empresa Petnet Soluciones S.L. por importe de 1.293.622,20 euros, siendo clasificada en segundo lugar las empresas en compromiso de UTE, IBA Molecular Spain-Molypharma S.A. (en adelante Iba-Molypharma).

La empresa Instituto Tecnológico Pet interpuso recurso especial en materia de contratación contra la indicada Resolución el día 27 de junio de 2013, alegando que la adjudicataria Petnet Soluciones, carecía del requisito de solvencia económica y técnica exigido en el PCAP y que las empresas Iba-Molypharma S.A. que concurrían en compromiso de UTE, tampoco alcanzaban la solvencia técnica exigida.

Dicho recurso se estimó parcialmente mediante Resolución 111/2013 de 24 de julio, en la que se indicaba respecto de Petnet Soluciones que *“procede retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la admisión de los licitadores procediendo la exclusión de la adjudicataria por carecer de la solvencia exigida en el PCAP”*, y respecto de Iba-Molypharma S.A. se desestimaba el recurso. En concreto se afirmaba en el recurso que dichas empresas no disponían de la solvencia técnica exigida, y por otro lado en relación con los criterios de adjudicación que no disponían tampoco de más de seis módulos de síntesis por los que se le asignaban 5 puntos.

La desestimación del recurso se fundaba respecto de esta última cuestión, relativa a la apreciación del criterio de valoración, en que la cantidad de módulos de síntesis con que cuentan las licitadoras, resultaba acreditada mediante las facturas de compra y el plano de la instalación en el que consta que disponen de siete módulos de síntesis en la instalación de Ajalvir, por lo tanto uno más de los requeridos, sin perjuicio de las facultades de comprobación por parte del órgano de contratación.

El día 5 de agosto en cumplimiento de la Resolución 111/2013 la Mesa de contratación acordó realizar la comprobación de la documentación presentada por Iba- Molypharma y en concreto, por lo que se refiere al presente recurso:

“Solicitar la Agencia Española del Medicamento certificado que permita verificar los módulos de síntesis propios de los que disponen y que se encuentran afectados a la producción de 18-Afdg.”

Por otro lado la Subdirección General de Compras de Farmacia y Productos Sanitarios elaboró un informe fechado el 16 de agosto de 2013, en el que se hace constar que habiéndose solicitado a la Agencia Española del Medicamento, certificado del número de módulos de síntesis autorizados para la fabricación de FDG en las instalaciones de Ajalvir, el 13 de agosto se recibe contestación en la que

se indica que el número de módulos autorizados es de cuatro *“dos celdas de síntesis, dotada cada una de ellas con un módulo de síntesis doble. Por lo tanto su puntuación en el apartado 2.2 relativo al número de módulos de síntesis sería de 0 puntos, al no disponer de más de 6 módulos de síntesis”*.

Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2013 se traslada a las interesadas el informe de la Subdirección General de Compras de Farmacia y Productos Sanitarios de 16 de agosto de 2013, en el que se recogen las conclusiones respecto de las dos cuestiones planteadas, y en concreto respecto de la valoración de la oferta de Iba -Molypharma se indica que habría que darle 0 puntos al no disponer de más de 6 módulos de síntesis.

El día 9 de septiembre Iba-Molypharma realiza alegaciones al informe antes citado, comprendiendo las mismas las dos cuestiones controvertidas. Así interesa destacar de dichas alegaciones por lo que respecta a los módulos de síntesis que *“La instalación de Iba-Molypharma dispone de un total de siete módulos de síntesis propios de 18-FDG, es decir, un número superior a seis, lo que da derecho a obtener 5 puntos, según los citados pliegos del Expediente PA 20/2012. Se aportan las facturas de compra correspondientes a esos módulos en las que para mantener la debida confidencialidad se ha procedido a ocultar la información del precio”* (...). Aporta documentación con el objeto de acreditar tales afirmaciones.

A la vista de estas alegaciones se realiza nuevo informe el 29 de noviembre de 2013 en el que se concluye:

“1-La nota emitida por la agencia no confirma la declaración efectuada por la empresa de que presenta seis módulos de síntesis.

En la misma línea que la nota remitida por correo electrónico el 13 de Agosto (Anexo I) se identifican tan sólo dos módulos de síntesis. Se identificaron otros

módulos de síntesis no cualificados ni en uso, significando la Agencia que la puesta en funcionamiento de cualquier nuevo módulo deber ser autorizada por dicha Agencia y que no se ha recibido al respecto ninguna comunicación. (...)”.

En sesión de 5 de diciembre de 2013, se acuerda estudiar los indicados informes al objeto de tomar una decisión, elevándose propuesta de adjudicación a favor de la empresa Instituto Tecnológico Pet, S.A.U en sesión de la Mesa de contratación del día 20 de diciembre de 2013, a quien finalmente se adjudicó el contrato el 24 de enero de 2014.

Con fecha 13 de febrero de 2014 las empresas Iba-Molypharma interpusieron recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato, cuyo objeto fue ampliado mediante Resolución de este Tribunal de 5 de marzo de 2014 a la vista de las alegaciones de la ahora recurrente sobre la tenencia del número de módulos de síntesis acreditada por aquéllas, concediendo plazo a todos los interesados para que realizaran las alegaciones que tuvieran por conveniente al respecto.

Con fecha 19 de marzo de 2014 se recibe informe acompañado del expediente. En dicho informe se concluye que la actuación del órgano de contratación y de la Mesa de contratación fue en todo momento ajustada a derecho, dando cumplida explicación de la cuestión atinente a la acreditación de los módulos de síntesis, que puede resumirse señalando que los módulos cuya adquisición acredita la recurrente no tienen por qué coincidir con los que se encuentran en funcionamiento y autorizados para la fabricación del medicamento por la Agencia, puesto que pueden ser utilizados para otros usos. Se indica asimismo que la Agencia remitió un correo firmado por el Departamento de Inspección y Control de Medicamentos en el que se indica “... *en la sala de producción de las citadas instalaciones existen dos celdas de síntesis, dotada cada una de ellas con un módulo de síntesis doble*”.

Por su parte la empresa Instituto Tecnológico Pet en escrito presentado el día 26 de marzo de 2014 afirmaba que el órgano de contratación puntuaba disponer de un número de módulos de síntesis superior a 6 que, a su vez, debían estar en plenas “condiciones de uso” y con “los certificados de autorización” de modo que se valora que el licitador tenga los medios necesarios para asumir la producción máxima en un día de mucha actividad, si bien aduce que Iba-Molypharma solo disponía de dos módulos de síntesis, autorizados en el momento de presentar su oferta. Sentado lo anterior respecto de la ampliación del objeto del recurso aduce la alegante que la misma no puede limitarse al criterio de puntuación sino que debe centrarse en valorar la veracidad de la información declarada responsablemente por la recurrente. De esta forma acreditado que Iba-Molypharma no disponía de los módulos de síntesis que decía tener, conscientemente, presentó a la licitación una declaración responsable cuyo contenido no se adecuaba a la realidad, motivo que debe conducir a acordar la exclusión de la oferta del recurrente, citando para ello lo dispuesto en el 71.bis apartado 4 de LRJPAC y una Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012.

El recurso interpuesto concluyó mediante resolución estimatoria de las pretensiones de Iba-Molypharma, pronunciándose en concreto en relación con la pretensión hecha valer por la empresa Instituto Tecnológico Pet en fase de alegaciones de la siguiente forma: *“Alega la empresa Instituto Tecnológico Pet, como más arriba se ha recogido, que la oferta de la recurrente debería ser excluida al contener una declaración falsa, relativa al número de módulos de síntesis, debiendo haber conocido tal falsedad la recurrente como operadora en el mercado objeto del contrato. A este respecto cabe señalar que siendo cierto que Iba-Molypharma no ha podido acreditar que tenía los seis módulos requeridos para la obtención de 5 puntos, ello no implica necesariamente falsedad en la declaración, ya que sí acredita tener los seis módulos aunque no autorizados, de manera que en principio tal declaración pudiera obedecer más que a una falsedad a una interpretación del PCAP más acorde con sus intereses. En todo caso frente a la*

pretendida procedencia de la exclusión al contener la declaración alguna falsedad, debe señalarse que la normativa en materia de contratos y el propio pliego ya establecen, una consecuencia a la falta de acreditación de la tenencia de un elemento susceptible de valoración, cual es la asignación de 0 puntos. Caso distinto sería si se tratara de un requisito de solvencia o capacidad, pudiendo incluso dar lugar a la tramitación del procedimiento para declarar una prohibición de contratar en los términos del artículo 60.e) del TRLCSP. Por su parte no es la Sentencia del Tribunal Supremo que cita la recurrente la que contiene un pronunciamiento relativo a la falsedad de las declaraciones, sino la Sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 20.195, de 17 de octubre de 2008, que casa y que contiene tal argumentación, pero no en su parte dispositiva sino en sus pronunciamientos obiter dicta, y recogiendo además la declaración de los técnicos del órgano de contratación, ante las dos opciones que les cabía, por lo que de la misma no puede extraerse la conclusión de que en el caso de que algunas de las declaraciones relativas a los criterios de valoración no sean veraces, necesariamente debe excluirse la oferta, salvo claro está el supuesto en que no sea posible la valoración debido a la falsedad, lo que deriva de la existencia no de una falsedad, sino de una incoherencia interna en la propia oferta, que en este caso no se produce.”

Tercero.- Con fecha 6 de mayo de 2014 y en cumplimiento de la Resolución de este Tribunal antes citada, se adjudica el contrato a las empresas Iba-Molypharma. Contra dicha adjudicación se ha presentado recurso especial en materia de contratación por el Instituto Tecnológico Pet, que ha tenido entrada en el registro de este Tribunal el día 27 del mismo mes, en el que de nuevo se solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria al haber realizado, según se aduce, una declaración falsa en relación con los módulos de síntesis de que disponía, de acuerdo con lo dispuesto en el 71.bis apartado 4 de LRJPAC.

Con fecha 29 de mayo se ha recibido el informe del órgano de contratación en el que se aduce que *“La resolución del (TACP) es directamente ejecutiva en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.2 TRLCSP, resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre.*

En consecuencia, al órgano de contratación, ante la citada Resolución del TACP que estima las pretensiones del recurrente, no le cabía otra cosa que cumplirla en sus justos términos, ya que el órgano de contratación estaba en la obligación de resolver en el sentido ordenado por la misma.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de las recurrentes para interponer recurso especial por tratarse ambas de personas jurídicas licitadoras al contrato objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada se notificó a la recurrente el 8 de mayo de 2014 mediante correo electrónico y el recurso se interpuso el 27 de mayo de 2014.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación

armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- Debe examinarse el objeto del recurso, puesto que aunque la recurrente manifiesta que, *“no es intención de mi mandante, puesto no es objeto de este recurso, revisar la Resolución 53/2014 de este mismo Tribunal, pues como se ha señalado en los Hechos la misma ha sido recurrida ya ante los Tribunales de Justicia(...)”*, y de hecho no solicita que se deje sin efecto la Resolución 53/2014,- lo cierto es que todo el cuerpo del recurso contiene argumentos dirigidos a rebatir el contenido de la indicada Resolución, sin alegar ni realizar argumentación alguna más allá, que pudiera justificar con distintos argumentos de los esgrimidos en las alegaciones efectuadas en el Recurso 35/2014, la nulidad de la Resolución de adjudicación.

Por tanto se trata de hacer valer de nuevo una cuestión ya resuelta por este Tribunal, y respecto de la que el mismo considera que se produce el efecto de cosa juzgada, que entendemos de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*.

De acuerdo con estas consideraciones cabría concluir que en este caso es de aplicación el principio de cosa juzgada al haberse resuelto el recurso presentado por la empresa recurrente, sin que sea posible un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto por este Tribunal.

Cabe indicar a mayor abundamiento, que contra las Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, no cabe recurso alguno, en vía administrativa, únicamente cabe recurso contencioso administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 del TRLCSP. No desconoce este Tribunal que el recurso presentado ni se dirige formalmente contra la Resolución 53/2014, ni en el suplico del mismo se solicita su nulidad, pero no es menos cierto que, como ya hemos indicado, los únicos argumentos hechos valer son revisores de la resolución dictada, por lo que también desde esta consideración procedería la inadmisión del recurso.

Sexto.- Este Tribunal considera al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP que procede la imposición de una multa al haber existido temeridad en la interposición del recurso.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas*

de la apelación". La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal "ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita."

A la vista del contenido del recurso, que no hace sino reproducir una argumentación que ya fue desechada expresamente por este Tribunal, se advierte la existencia de un abuso del derecho al mismo que altera su finalidad como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, con evidente temeridad al conocer la recurrente o deber conocer que ni cabe recurso contra las Resoluciones del Tribunal, como lo demuestra el hecho de que expresamente indica que no pretende recurrir la resolución y que ha interpuesto recurso en sede jurisdiccional, ni cabe examinar cuestiones ya resueltas.

En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, situándose en todo caso entre 1.000 y 15.000 euros. Este Tribunal considera que la multa debe imponerse en su grado mínimo al no haberse acreditado otros perjuicios por parte del órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto Doña M.A.M, en nombre y representación de la empresa Instituto Tecnológico PET S.A., contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de fecha 6 de mayo de 2014 por la que se adjudica el contrato P.A. 20/2012 “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear: Fludesoxiglucosa 18F (18-FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”.

Segundo.- Imponer a la empresa Instituto Tecnológico Pet, S.A. la multa, prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, por importe de mil euros (1.000 euros), por temeridad en la interposición del recurso.

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 49 del TRLCSP.