

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

En Madrid, a 15 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don G.B.G., en nombre y representación de Bemascé Técnica, S.L., contra la Resolución de 3 de mayo de 2016 de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el “Contrato de suministro de sensores de oximetría cerebral para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente número 2016-0-17, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 23 de enero y 11 de febrero de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOCM, y en el BOE la convocatoria, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios para la contratación del suministro de referencia, con un plazo de ejecución de 24 meses y un valor estimado de 242.280 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso las características técnicas del producto a suministrar, en concreto el Pliego de Prescripciones Técnicas, en adelante PPT, exige:

“Sensores de Oximetría Cerebral para uso con monitor, que permitan monitorizar simultáneamente a tiempo real y de forma no invasiva los cambios en la oxigenación regional a nivel cerebral, músculo esquelético y tisular.

Deben cumplir los siguientes requisitos:

(...)

- 3 tamaños: neonatal (< 2,5 kg) pediátrico (2,5-40 kg) y adulto (> 40kg).*

(...)

• Deben de constar como mínimo de un emisor y 2 detectores colocados a 3 y 4 cm de distancia”.

A la licitación convocada se presentaron dos licitadoras, la adjudicataria (Covidien Spain, S.L., ahora Medtronic) y la recurrente (Bemascé Técnica, S.L.).

Con fecha 3 de mayo de 2016, se dicta Resolución de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, que en este caso es la de Covidien Spain, S.L., en la que se excluye la oferta de la recurrente por los siguientes motivos: *“Los fotodetectores están colocados 2 y 4 y 1.25 y 2.5 cm de distancia, respectivamente en adulto y pediátrico-neonatal (se solicita 3 y 4 cm de distancia en todos los tamaños).*

Los tamaños del sensor pediátrico y neonatal son iguales, lo que dificulta la colocación en los diferentes tamaños de paciente”.

La Resolución se comunica a los interesados con fecha 5 de mayo de 2016.

Tercero.- El 24 de mayo de 2016 tuvo entrada escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Bemascé Técnica, S.L. en el que se solicita que se anule y deje sin efecto la resolución de adjudicación. Aduce para ello que sólo existe una empresa en España que pueda cumplir ese requisito, lo que supone, a su juicio, una evidente discriminación que, además, resulta carente del adecuado criterio técnico en los términos que explica, lo que determina que en el pliego de condiciones técnicas al hacer mención a dicha característica, se hayan *“fijado unas bases ilegales por atentatorias contra el artículo*

14 de nuestra Constitución”. Explica a lo largo del recurso como las distancias entre los fotodetectores del producto que oferta suponen una ventaja respecto de las solicitadas, por lo que deben ser consideradas una mejora técnica.

Por lo que respecta al tamaño de los fotodetectores aduce que el sensor presentado por Bemascé Técnica es menor que el menor de los tamaños de Covidien, (13,5 cm frente a 17,5 cm), lo que considera que no debe ser tratado como causa de exclusión, más bien como una ventaja respecto del producto de la adjudicataria.

Por último aduce que el producto ofertado por la adjudicataria tampoco cumple las exigencias del PPT por lo que se refiere a los tres tamaños solicitados: neonatal (< 2,5 kg) pediátrico (2,5-40 kg) y adulto (> 40kg), puesto que afirma que Covidien ha presentado el sensor INVOS neonatal válido para pesos $\geq 2,5$ kg, *“es decir dicho sensor no se puede utilizar en pacientes con peso menor a 2,5 kg que es lo que se solicita en el pliego”*.

El órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del artículo 45 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con fecha 31 de mayo de 2015, acompañado de un informe de los Servicios Técnicos de Anestesia y Reanimación y Anestesia Infantil del Hospital.

Señala el órgano de contratación que no consta la presentación de recurso contra los Pliegos de este expediente de contratación, impugnando el mantenimiento del requisito técnico exigido, que por otra parte defiende con los argumentos indicados en el informe del servicio técnico.

Cuarto.- Habiéndose dado traslado del recurso a la otra licitadora como única interesada en el procedimiento, con fecha 6 de junio, se ha recibido escrito de alegaciones en las que señala que aunque el recurso se dirige contra la adjudicación

del contrato, en realidad lo que discute y ataca de forma reiterada es la propia literalidad de los pliegos ya que *“en ningún apartado de su recurso, B+C indica que el órgano de contratación no valoró correctamente su oferta, sino que va más allá, al afirmar (i) que su incumplimiento existe y que además (ii) es debido a una obsoleta descripción del producto realizada por el órgano de contratación que, según su particular opinión, incluso califica como “criterios erróneos” los utilizados para caracterizar y solicitar el suministro de los productos necesarios al Hospital (...).”*

Asimismo niega que sea la única empresa que dispone de los sensores con las distancias exigidas, lo que acredita, indicando asimismo que la característica técnica sobre la distancia de los fotodetectores no es arbitraria, sino que obedece a razones técnicas, que pretenden una determinada funcionalidad del producto.

Es importante destacar que sobre el supuesto incumplimiento de las exigencias del PPT por el producto ofertado por la adjudicataria, *“rechaza rotundamente dicha información, por ser falsa y no correspondiente con las características técnicas del producto debidamente presentadas en su oferta en el presente procedimiento de licitación”*. Para acreditar esta afirmación acompaña una fotografía del envase del sensor de Medtronic donde se indica el rango de peso compatible con este dispositivo, y que es para todos los neonatos inferiores a 5 kg, lo que cubre la necesidad prevista en el concurso, según aduce.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las*

decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Especial examen merece el plazo de interposición del recurso, ya que el mismo se dirige al menos formalmente, contra la adjudicación del contrato en la que se indica asimismo que la oferta de la adjudicataria está excluida de la licitación por incumplir las prescripciones técnicas del PPT, cuya notificación se remitió a la recurrente el 5 de mayo de 2016, por lo que habiéndose interpuesto el recurso el día 24 del mismo mes, el mismo se habría presentado dentro del plazo de 15 días previsto en el artículo 44 del TRLCSP, *“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 151.4”*, teniendo en cuenta que el día 16 de mayo era inhábil en la Ciudad de Madrid. Todo ello sin perjuicio del efecto que sobre la admisión del recurso pueda tener el contenido de las alegaciones hechas valer en el mismo y que se examinará con el fondo del asunto.

Cuarto.- El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo tanto el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Como se ha expuesto en los hechos de la presente resolución, el PPT establece unas exigencias al producto a suministrar cuyo incumplimiento por parte de la oferta de la recurrente determinó su exclusión del procedimiento de licitación y la correspondiente adjudicación a la única empresa que ha concurrido con la anterior. Debemos partir de la circunstancia de que la recurrente en ningún momento niega que su oferta incumpliera las exigencias del PPT, sino que de un lado desarrolla su actividad argumental en cuanto a la procedencia y bondad de las características exigidas respecto de las que presenta su producto y de otro, alega que la oferta de la adjudicataria tampoco cumple una de las exigencias previstas.

El primer argumento se utiliza en relación con la exigencia de que los sensores cuenten con un emisor y 2 detectores colocados a 3 y 4 cm de distancia y respecto de la necesidad de aportar sensores de tres tamaños diferentes, neonatal, pediátrico y adulto.

Para la resolución del recurso debemos partir de la conocida doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia que considera que los pliegos constituyen la ley del contrato y que su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como mínimo necesario en los pliegos que rigen el procedimiento. Los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos y, por tanto, al presentar su oferta, según el artículo 145 del TRLCSP, se han aceptado incondicionalmente en todo su contenido. Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T4/01, Renco SpA, contra el Consejo de la Unión Europea, sobre criterios de adjudicación en su apartado 68 y respecto del criterio “conformidad de la oferta” dice: *“Dado que el criterio relativo a la conformidad de la oferta es absoluto, se debe rechazar una oferta cuando no se ajusta al Pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Dado que la recurrente en su momento no impugnó ni hizo observación o reserva alguna sobre los pliegos, no cabe en este momento tener en cuenta argumento alguno respecto de la adecuación a derecho o la pretendida vulneración de los principios que rigen la contratación pública en la descripción de las

prescripciones técnicas del producto a suministrar. Por lo tanto como apuntábamos en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, el recurso interpuesto formalmente contra la adjudicación pero en el que únicamente se hacen valer cuestiones sobre las prescripciones de los pliegos, cuyo incumplimiento además no se cuestiona, necesariamente debe ser considerado extemporáneo y por lo tanto ser inadmitido.

Efectivamente como declaró este Tribunal en su Resolución 10/2015, de 14 de enero, el principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores, además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo, encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la adjudicación, aparece un recurso contra los pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.

Este Tribunal se ha pronunciado de igual forma en diversas resoluciones como la Resolución 29/2016 de 15 de febrero, o la 32 /2016, de 24 de febrero o por último la 42/2016, de 2 de marzo.

Sentado lo anterior, cabe señalar que, si bien solo por el incumplimiento de la exigencia de la distancia de los sensores cabe tener por correctamente excluida la

oferta de la recurrente, inadmitiendo el recurso, debe también examinarse el recurso por lo que al cumplimiento por parte de la adjudicataria se refiere, puesto que aunque la recurrente no podría en modo alguno obtener la adjudicación del contrato, sí cabría apreciar su legitimación para impugnar la adjudicación con el objeto de que el contrato quedara desierto, tal y como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones.

En este caso aduce la recurrente que la oferta de la adjudicataria incumple el requisito de tres tamaños por lo que se refiere al tamaño neonatal (< 2,5 kg), ya que según aduce el producto de la oferta de Covidien, el sensor INVOS neonatal, es válido para pesos $\geq 2,5$ Kg; es decir, dicho sensor no se puede utilizar en pacientes con peso menor a 2,5 Kg., que es lo que se solicita en el pliego y que representa a un elevado número de pacientes en estas unidades. Para acreditar esta afirmación presenta un documento que denomina “Comparativa tamaño de sensores”, que parece ser un folleto informativo en inglés en el que aparece un cuadro en que se recogen distintos tipos de sensores y en concreto el sistema INVOS en el que se indica para los rangos de peso infant/neonatal, 2,5-40 kg.

Sin embargo la adjudicataria *“rechaza rotundamente dicha información por ser falsa y no correspondiente con las características técnicas del producto debidamente presentadas en su oferta en el presente procedimiento de licitación”* anunciando un posible ejercicio de acciones en tal sentido, adjuntando las indicaciones técnicas del envase del sensor neonatal en el que consta *“< 5 kg only”*.

Por su parte el órgano de contratación en el informe técnico de los servicios de Anestesia y Reanimación y Anestesia infantil afirma que el sensor INVOS neonatal en su ficha técnica señala que está diseñado para su uso en neonatos < 5 kg. y por lo tanto engloba a los menores de 2.5 kg. existiendo publicaciones en las que se ha utilizado en bebés de 1 kg. de peso.

Comprobadas estas circunstancias por este Tribunal en la ficha técnica del producto en que consta *“Disposable OxyAlert NIRSensor, infant/neonatal (< 5 kg)*

with sensor cable, supplied 10 per box”, no cabe sino desestimar el recurso por este motivo al no resultar acreditado el incumplimiento aducido en la oferta de la adjudicataria.

Sexto.- Solicita Covidien en su escrito de alegaciones que se imponga una multa a la reclamante de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.5 del TRLCSP *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”,* ya que entiende que *“la empresa recurrente se limita a cuestionar el criterio médico -y hasta la propia honradez- del órgano de contratación, sin exponer ningún razonamiento jurídico o técnico objetivo por el cual entienda que la propuesta de la Mesa, asumida por el órgano de contratación, no se ajusta a Derecho.*

No nos encontramos por lo tanto, ante un caso en que el interesado entre a rebatir los hechos y fundamentos dados por el órgano de contratación con otros distintos, sino ante un supuesto donde el recurrente simplemente señala que discrepa de la valoración efectuada, poniendo en duda de forma extemporánea la idoneidad de los criterios técnicos del pliego, no siendo posible atisbar las causas objetivas por las cuales pudiese ser ilegal el acto recurrido”.

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 *“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 tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser*

subsana 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”.

En este caso el recurso interpuesto carece de fundamento por lo que se refiere al cumplimiento por la recurrente de las prescripciones técnicas exigidas, sin embargo, ello no permite apreciar la existencia de temeridad, considerando que las alegaciones vertidas en aquél sobre la funcionalidad del producto presentado se han realizado en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, sin que concurren otras circunstancias que determinen que la recurrente debía conocer sin ningún género de dudas la suerte desestimatoria que podría correr el recurso.

En cuanto a las alegaciones sobre el cumplimiento por la adjudicataria, si bien es cierto que la información ofrecida no se corresponde con la ficha técnica del producto, este Tribunal no puede considerar esa falta de correspondencia como una falsedad intencionada sin ulterior prueba, lo que no es objeto del presente recurso, por lo que no puede apreciar la existencia de mala fe.

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, interpuesto por don G.B.G., en nombre y representación de Bemascé Técnica, S.L., contra la Resolución de 3 de mayo de 2016 de la Directora gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre por la que se adjudica el “Contrato de suministro de sensores de oximetría cerebral para el

Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente número 2016-0-17, por lo que se refiere a las características técnicas del producto tal y como es descrito en el PPT y desestimarlos respecto de la alegación de un posible incumplimiento por parte de la adjudicataria.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento mantenida mediante Acuerdo de este Tribunal de 1 de junio de 2016.

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 49 del TRLCSP.