

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

En Madrid, a 26 de abril de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por doña A.H.S. en nombre y representación de la empresa Johnson & Johnson, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de gel hemostático de alta viscosidad” con destino al Hospital Universitario La Princesa, expediente nº 11/2019HUP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y Plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 7 de marzo de 2019 y en el BOCM de fecha 18 de marzo de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado asciende a 332.400,00 euros y su duración es de un año con posibilidad de prórroga por otro año más.

El plazo de presentación de ofertas terminó el día 2 de abril habiéndose recibido dos propuestas.

Segundo.- El 28 de marzo de 2019 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Johnson & Johnson, S.A., en el que solicita la anulación de los pliegos impugnados por limitar la concurrencia en el mercado y generar una situación de desigualdad y por vulneración del procedimiento de licitación legalmente establecido. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento.

El recurso alega que el gel hemostático de alta viscosidad con contenido igual o superior a 400UL/ml de trombina solicitado por el órgano de contratación es comercializado por una sola marca, no siendo necesario para alcanzar los objetivos médicos perseguidos recurrir a un gel con el contenido en trombina requerido.

El 3 de marzo de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal adoptado el 3 de marzo de 2019.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al otro licitador, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. La representación de Baxter S.L. presenta escrito ante este Tribunal en fecha 11 de abril de 2019, en el que pone de relieve que la formulación específica del gel hemostático solicitada por el órgano de contratación responde a la necesidad clínica que se pretende satisfacer. Añade que los estudios preclínicos aportados por la recurrente no pueden ser tenidos en cuenta a fin de publicitar un producto sanitario

según la legislación vigente. Justifica la acción clínica de la concentración de trombina en el producto objeto del suministro en los pacientes ante un sangrado o hemorragia. Asimismo indica que en referencia a la pretendida causa de nulidad por vulneración del procedimiento de contratación ha de ser desestimada al no motivar o aportar la recurrente dato o hecho concreto alguno que justifique tal solicitud.

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 un licitador que ha presentado el recurso con anterioridad a la presentación de su oferta ante el órgano de contratación *“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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones impugnados fueron puestos a disposición de los licitadores el día 7 de marzo de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el día 28 de marzo dentro del plazo de quince días hábiles. Con posterioridad, el día 2 de abril la recurrente presentó su oferta ante el órgano de contratación, todo ello de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es

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

Quinto.- El recurso alega como primer motivo que las características mínimas requeridas vulneran el principio de concurrencia.

Según el PPT las condiciones técnicas mínimas exigidas para el “Gel Hemostático Alta Viscosidad” son:

“Matriz hemosestática de gelatina de alta viscosidad con indicación en procedimientos quirúrgicos con sangrado arterial pulsátil, con un contenido igual o superior a 400UI/ml de trombina (humana) en producto final. Absorbible”.

La recurrente hace una referencia al “estudio preclínico realizado por Ferrosan Medical Devices que demostró que la solución de trombina con una concentración de 100UI/ml es tan eficaz como la concentración de 1000UI/ml de trombina.

Por tanto a partir de 100UI/ml de trombina el tiempo de hemostasia permanece constante por lo que la concentración de trombina de 400UI/ml Floseal® en producto final no incrementa la eficacia del producto frente a una concentración de trombina de 250UI/ml Surgiflo® en producto final.”

Por su parte el órgano de contratación manifiesta a través del informe técnico elaborado por la Jefa del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del HULP, en su informe al recurso que “se ha solicitado un producto con esta cantidad de trombina debido a los estudios existentes en la literatura científica sobre la capacidad de conseguir una hemostasia eficaz especialmente en situaciones de hemorragia arterial pulsátil y para todo tipo de pacientes ya que la concentración de trombina puede tener efecto en la eficacia hemostática del producto y en la formación del coágulo de fibrina dependiendo de la hemorragia a detener”.

Aporta asimismo relación de 11 artículos médicos sobre el uso de concentración de trombina en los geles de alta viscosidad

A fin de la resolución del recurso, cabe recordar, como hemos señalado en diversas ocasiones, que la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, si bien esta facultad encuentra un límite fundamental en el respeto al principio de libre concurrencia. No corresponde al Tribunal determinar las necesidades que deben ser atendidas ni el procedimiento para su consecución. Evidentemente cualquier producto que no demuestre eficacia para la indicación médica no debe utilizarse. Pero el procedimiento de contratación incluye una primera fase que es la determinación de las condiciones técnicas que deben cumplir los productos a suministrar que debe realizarse según los criterios fijados en la LCSP, esencialmente la exigencia de que cumplan una funcionalidad independientemente de cómo se obtenga, y una segunda, que es la comprobación de que los productos ofertados cumplen dichos requisitos.

La finalidad del recurso especial en materia de contratación es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de manera que no es posible sustituir el juicio técnico sobre la determinación de la manera de atender determinadas necesidades clínicas. En definitiva, el Tribunal únicamente puede enjuiciar si la determinación de las prescripciones técnicas se hace de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre contratación pública sin que pueda pronunciarse sobre la adecuación de un determinado tratamiento indicado por especialistas médicos.

Este Tribunal manifiesta en los mismo términos que en su Resolución nº 151/2019 de 15 de septiembre que ya la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, contiene un conjunto de reglas que tienen

por objeto garantizar el principio de igualdad y de libre competencia. En concreto, el considerando 74 de su Exposición de Motivos establece que: *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia”*. A estos efectos, el artículo 42 de la citada Directiva 2014/24/UE señala que, *“las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Igualmente este precepto consagra la prohibición de que las especificaciones técnicas mencionen una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, o hagan referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada.

La LCSP transpone estos principios en su artículo 126 de la LCSP que establece:

“6. Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

(...)

8. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención “o equivalente””.

El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. 1-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93).

La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. Cabe indicar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre competencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab,-relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Consta en el expediente una *“memoria de necesidades”* donde únicamente se expone que *“se hace necesario llevar a cabo la contratación del suministro de “gel hemostático de alta viscosidad”, con las características que se especifican en los pliegos de prescripciones técnicas”*.

A la vista de los fundamentos jurídicos expuestos, veamos el caso concreto de incumplimientos del principio de concurrencia que se alegan en el recurso:

“Matriz hemostática de gelatina de alta viscosidad con indicación en procedimientos quirúrgicos con sangrado arterial pulsátil, con un contenido igual o superior a 400UL/ml de trombina (humana) en producto final. Absorbible”.

Afirma la recurrente que su producto Surgiflo contiene 1 vial de 2.000 uds. de trombina humana. Refiere un estudio para confirmar que a partir de una concentración final de trombina de más de 100 uds/ml, el efecto hemostático no varía, es decir, es el mismo. Motivo por el cual aunque la concentración de trombina en el Surgiflo® sea 2.000 uds y en el Floseal® de 2.500 uds. ambos productos presenten el mismo efecto hemostático. No hay ningún valor añadido con la exigencia de una concentración de trombina superior a 100 uds/ml y por ello la restricción de la competencia operada por el PPT carece de cualquier justificación funcional que la ampare.

El Floseal® contiene una cantidad de 2.500 uds. pero conforme consta en su Folleto de Instrucciones tan solo sería necesario que se mezclasen 2.000 uds. para obtener el producto final. El Surgiflo® contiene una cantidad de 2.000 uds. y conforme puede comprobarse en sus Instrucciones requiere mezclar los 2.000 uds.

De esta forma, la concentración final de trombina en el Surgiflo® es de 250 uds/ ml. frente a los 400 uds/ ml. en el Floseal®.

Afirma la recurrente que del estudio de la concentración de la trombina aportado se demuestra que a partir de una concentración de trombina 100 uds/ ml. el efecto hemostático es el mismo.

El informe técnico que se adjunta por el órgano de contratación sostiene que la concentración de trombina solicitada tiene efecto en la eficacia hemostática

especialmente en situaciones de hemorragia arterial y en la formación de fibrina por lo que requiere de dicha concentración.

En consecuencia, aceptando el criterio técnico médico del órgano de contratación, la mayor concentración de trombina es requisito necesario para atender el fin pretendido de control hemostático.

Por tanto, procede la desestimación del recurso en base a este motivo.

En cuanto a la pretendida nulidad de los pliegos de condiciones por vulneración del procedimiento de licitación establecido de conformidad con el artículo 38 de la LCSP en relación con el 47 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la recurrente no motiva su pretensión por lo que en aplicación del principio de congruencia recogido en el artículo 53 de la LCSP, este Tribunal debe desestimar el recurso en base a este motivo.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 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”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado*

ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

Considerando que la recurrente ha formulado dos recursos por los mismos motivos en distintos años y todos ellos han sido desestimados por los mismos fundamentos (151/2015 de 23 de septiembre y 76/2014 de 29 de abril), este Tribunal aprecia mala fe y temeridad en su actuación. El recurrente solicitó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la licitación que fue admitida por este Tribunal produciéndose en consecuencia una ralentización del procedimiento, motivos por los cuales se acuerda la imposición de multa en cuantía de mil euros de conformidad con el artículo 58 de la LCSP.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por doña A.H.S., en nombre y representación de la empresa Johnson & Johnson, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de gel hemostático de alta viscosidad” con destino

al Hospital Universitario La Princesa”, expediente nº P.A.11/2019 HUP.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP en cuantía de 1.000 euros

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada en fecha 3 de abril de 2019.

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.