

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

En Madrid, a 19 de septiembre 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.E.H., actuando en nombre y representación de la empresa Smiths Medical España, S.L. contra la Resolución de adjudicación del contrato de “Suministro de catéteres intravenosos periféricos para el Hospital Universitario 12 de Octubre” expediente de contratación nº 2018-0-205, por la que se adjudica el Lote 1 a la casa comercial B. Braun Medical, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 28 de abril se publica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación del contrato referido, por un valor estimado de 412.514,52 euros.

Segundo.- En fecha 2 de agosto se publica la adjudicación del lote 1 a Braun Medical, figurando la exclusión de la recurrente por el siguiente motivo (“licitador excluido técnicamente”): *“No es fácil el manejo tanto del catéter como de su dispositivo de seguridad, permitiendo una canalización segura y cómoda para el paciente (buen*

reflujo para que se confirme en vaso y cómoda para evitar posteriores punciones que son dolorosas). La cánula exterior de poliuretano NO es resistente a acodamiento”.

En el PPT figura respecto de este lote (“características técnicas”): *“Cánula exterior de poliuretano resistente a acodamientos, radiopaco, con conexión luer-lock”. “Fácil manejo tanto del catéter como de su dispositivo de seguridad, permitiendo una canalización segura y cómoda para el paciente (buen reflujo para que se confirme en vaso y cómoda para evitar punciones posteriores que son dolorosas)”.*
“Fácil manejo tanto del catéter como de su dispositivo de seguridad, permitiendo una canalización segura que garantice la integridad del profesional (que evite riesgos de accidente al profesional).

Impugna esta exclusión basado en *“la ficha técnica del producto “PROTECTIV PLUS ®” el cual se presentó para las órdenes 1 y 2 del Lote 1 y en la que puede observarse (subrayado en verde) que la administración pública se ha extralimitado de su discrecionalidad técnica, dado que es objetivable que el producto ofertado cumple con las dos prescripciones técnicas a que alude el órgano de contratación como incumplidas en motivación y justificación de la exclusión”.*

Por otro lado, impugna la admisión a la licitación de BRAUN MEDICAL, pues afirma que su dispositivo no cumple con las exigencias de seguridad.

Tercero.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 de 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) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 9 de septiembre. Igualmente se dio traslado para alegaciones a Braun Medical, que las presenta en fecha 17 de septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona inicialmente legitimada para ello al tratarse de un eventual adjudicatario del contrato, siendo la oferta económica el 70% de la valoración (30% de criterios técnicos) , se encontraría en primer lugar de no excluirse su producto y al mismo tiempo excluir a Braun. Existen tres proposiciones admitidas y calificadas.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la exclusión y adjudicación de un contrato de suministro de importe superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.2.b) y c) de la LCSP, y 44.1 a) de la misma.

Cuarto.- El recurso se presenta el 23 de agosto plazo de quince días hábiles desde que se tiene conocimiento de la infracción, el 2 de agosto, conforme al artículo 50.1. c) de la LCSP.

Quinta.- En su contestación al recurso el órgano de contratación se ratifica en el informe técnico transcrito en antecedentes de la Resolución de adjudicación y cita resolución de este Tribunal 1/2015 en el recurso 223/2014, señalando que la empresa no ha subsanado las deficiencias de la cánula exterior.

En esta Resolución de fecha 9 de enero de 2015 se desestimó el recurso de Smiths Medical España, S.L contra la valoración con 0 puntos del criterio de adjudicación *“catéter de material termosensible resistente a acodamiento”*, tras la realización de una prueba *“ad hoc”* admitida por el Tribunal, que concluye: *“En el caso que nos ocupa el motivo de aceptación del trámite de prueba es precisamente la*

prestación al Tribunal del auxilio técnico en una materia específica, prestado por profesionales de la materia, y el informe elaborado tiene una concatenación lógica y fuerza convincente que conduce a la aceptación de su conclusión, no contando el Tribunal con elementos que permitan apartarse de él. La conclusión de la prueba realizada es que el catéter de Smiths Medical tiene la capacidad de modificarse en respuesta a la temperatura aplicada, pero no recupera su estado original después de haberse producido la deformación. Es cierto que el criterio de adjudicación no indicó un grado o nivel de termosensibilidad en cuanto a que la recuperación deba reconducir al estado original o sea admisible un cierto grado de curvatura, pero tratándose de una cuestión técnica debe admitirse un cierto y razonable grado de discrecionalidad técnica en la apreciación.

Por tanto, considerando que la prueba efectuada a efectos de determinar si el producto ofertado dispone de la referida característica de termosensibilidad, informada por técnicos del Hospital Clínico San Carlos, ratifica el resultado conseguido en la prueba técnica realizada por el Supervisor de Recursos Materiales del Hospital 12 de Octubre, el Tribunal considera que está justificada la valoración con 0 puntos del producto ofertado por Smiths Medical España, procediendo la desestimación del recurso”.

En el presente supuesto, no propone el recurrente prueba alguna al margen del expediente, sino que se remite a la ficha técnica del producto, donde se hace una descripción del mismo, con una calificación positiva en todos los ítems considerados por el propio productor.

Como señala Braun Medical en su escrito de alegaciones, las afirmaciones de los catálogos de la recurrente no sirven a desvirtuar la discrecionalidad técnica de la Administración en su valoración del cumplimiento de los requisitos técnicos, citando al respecto Resolución 915/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y resoluciones similares de este Tribunal.

Dice al respecto el citado Tribunal en fecha 11 de octubre de 2018: “Al respecto, debemos establecer una premisa fundamental, como es la de que las valoraciones de las ofertas realizadas por la mesa de contratación, con base en los dictámenes o

informes técnicos elaborados “ad hoc” por órganos especializados no pueden ser sustituidas por las valoraciones que pueda hacer este Tribunal. Es decir, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Sin embargo, ello no significa, como ya hemos apuntado anteriormente, que este Tribunal no pueda entrar a analizar el resultado de estas valoraciones, sino que este análisis debe limitarse de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

En el caso presente aparte sus propias afirmaciones, que se reproducen en su catálogo, no aporta la recurrente ningún elemento de juicio que sirva a desvirtuar la apreciación de los órganos técnicos del Hospital, y que ratifican la evaluación ya realizada en 2014 sobre la pericial practicada a instancias de este Tribunal, esto es, que el producto no ha subsanado las deficiencias detectadas.

Por este motivo procede la desestimación de este motivo del recurso.

Desestimada la impugnación de su exclusión, no se encuentra legitimada en cuanto al fondo del asunto para impugnar la proposición de Braun Medical por razones técnicas, pues ningún beneficio se le derivaría de su estimación, no encontrándose en condiciones de resultar adjudicatario en ningún caso por su exclusión, ni siquiera que el procedimiento quedara desierto, pues son tres las proposiciones admitidas y calificadas. La única razón de atacar la oferta técnica de Braun Medical, que es más económica, es que requiere dos requisitos para resultar adjudicataria: primero que se admita su proposición, segundo, que se excluya a Braun que solo en la puntuación económica tiene 70 puntos.

En el caso presente se aprecia temeridad y mala fe. Temeridad porque ya se desestimó recurso por este Tribunal por el mismo motivo, entonces criterio de

valoración y ahora causa de exclusión, habiéndose celebrado incluso prueba contradictoria entonces y ahora, sin mayores argumentos que el propio catálogo del producto, insistir en la misma pretensión.

Y mala fe, porque no puede ser ajeno al conocimiento del recurrente que desestimada su pretensión sobre su exclusión, no se encuentra legitimada para impugnar la admisión técnica del producto de Braun, por las razones expuestas en esta Resolución.

Como expone acertadamente Braun Medical: *“El recurso de Smiths solo persigue obstaculizar la formalización del contrato a favor de B. Braun antes de la finalización del actual donde Smiths es el adjudicatario (valoremos ponerlo porque suena raro ser adjudicatario y ahora estar excluido).*

Del contenido del recurso que carece de argumentaciones, se advierte la existencia de un abuso del derecho al recurso, pues no solo necesita Smiths ser excluido del procedimiento, si no que precisa que B. Braun también sea excluida para conseguir una resolución en derecho favorable, dado que todos los criterios de adjudicación son automáticos.

Ante lo expuesto, no solo solicitamos que se desestime el recurso interpuesto, sino que también solicitamos a este Tribunal que ante la falta de motivación, las acusaciones difamatorias sin prueba y el perjuicio económico que representa para B. Braun la suspensión de este contrato, se pronuncie este Tribunal sobre la temeridad procesal y se imponga multa a Smiths”.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

“La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la 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”.

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”.

“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 esta 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.

Mi representada ha calculado que la pérdida económica por día de retraso en la formalización del contrato, que debería haber sido el 4 de Septiembre de 2019, es de 198,- euros, por día”.

Sin ser posible un cálculo preciso sobre el perjuicio derivado de la tardanza en el inicio de la ejecución del contrato para el órgano de contratación y el “lucro cesante” del adjudicatario, apreciándose la concurrencia de las circunstancias de temeridad y mala fe, se impone la sanción en cuantía de 2.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por don L.E.H., actuando en nombre y representación de la empresa Smiths Medical España, S.L. contra la Resolución de adjudicación del contrato de “suministro de

catéteres intravenosos periféricos para el Hospital Universitario 12 de Octubre” expediente de contratación nº 2018-0-205.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento consecuencia de haberse impugnado la adjudicación.

Tercero.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe y 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 2.000 euros.

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 59 de la LCSP.