

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

En Madrid, a 17 de enero de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don I.B.Á., en nombre y representación de Covidien Spain, S.L contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre de Madrid, de fecha 10 de diciembre de 2013, por la que se adjudica el procedimiento abierto 2013-0-62, para la contratación del Suministro de Sistema de Ablación Tumoral por radiofrecuencia para el servicio de radiología vascular e intervencionista del Hospital Universitario 12 de Octubre, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas, 11, 23 y 25 de septiembre de 2013, se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM, y en el BOE el anuncio de la convocatoria correspondiente al contrato denominado “Suministro de Sistema de Ablación Tumoral por radiofrecuencia para el servicio de radiología vascular e intervencionista del Hospital Universitario 12 de Octubre”, con un valor estimado de 353.668 euros. IVA excluido.

A la licitación convocada se presentaron cuatro licitadoras, entre ellas la recurrente.

El objeto del contrato de acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) es el suministro sistema de ablación tumoral por radiofrecuencia, sistema que comprende electrodo activo monopolar, electrodo activo monopolar modificable, electrodo activo monopolar desplegable y electrodo activo específico para microondas, cada uno de los cuales constituye un lote independiente.

Asimismo se indica en el PPT que el adjudicatario suministrará sin coste adicional un generador ó unidad de control de potencia, elementos auxiliares incluidos en el precio (bomba peristáltica, si se precisa; electrodo neutro ó placa de retorno, si se precisa; cables; conexiones); carro ó carros específicos con fijación para el equipo, soporte para infusión, si precisa; caja para alojar varios electrodos activos y elementos auxiliares los generadores necesarios para la realización de la técnica, mediante cesión de uso durante la vigencia del contrato. Entre estos elementos debe destacarse en relación con el objeto del contrato la definición que el PPT realiza del generador o unidad de control de potencia, “ *Generador ó unidad de control de potencia con amplio rango de potencia desde 1 hasta 200-250 vatios ó más, completamente automatizado para un uso fácil y seguro, preprogramado, que muestre en el monitor todos los datos relevantes, con ablación automática del tracto de la aguja para facilitar la cauterización y evitar la diseminación de células tumorales, con conmutador de pedal*”.

Por su parte el punto 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas PCAP, recoge como objeto del contrato la adquisición del sistema con los mismos componentes descritos en el PPT.

Segundo.- Con fecha 10 de diciembre de 2013 la Directora Gerente del Hospital 12 de Octubre dictó Resolución por la que se adjudica el contrato, resultando

adjudicataria de lote 4 la recurrente y de los lotes 1 y 2, JJP Hospitalaria S.L.

Contra dicha Resolución Covidiem Spain S.L, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 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), interpuso recurso especial en materia de contratación el día 2 de enero, requiriéndose al órgano de contratación el día 3 para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo contemplado en el artículo 46 del TRLCSP.

La recurrente alega en primer lugar que los pliegos que rigen la licitación son nulos por indeterminación del objeto del contrato, puesto que según afirma, el generador exigido únicamente es compatible con el electrodo del lote 1, sin que los pliegos realicen ninguna especificación al respecto, lo que puede llevar a considerar que el generador debe ofrecerse para cada uno de los lotes.

En segundo lugar aduce que el generador ofertado por la adjudicataria del lote 1 no cumple con las especificaciones técnicas del PPT, en concreto con la exigencia de *“ablación automática del tracto de la aguja para facilitar la cauterización y evitar la diseminación de células tumorales”*.

Tercero.- El órgano de contratación remitió el correspondiente expediente junto con su informe el día 10 de diciembre.

En el indicado informe respecto de la primera de las cuestiones controvertidas se indica que el pliego define claramente cuál es el objeto del contrato, habiendo presentado cada licitador sus ofertas, sin que en momento alguno se haya cuestionado ni impugnado el contenido de los Pliegos habiendo sido además admitidas a la licitación todas las ofertas presentadas.

Respecto del pretendido incumplimiento de las especificaciones técnicas por

la oferta de la adjudicataria del lote 1, incorpora un Informe del Servicio de Radiología Vasculare Intervencionista que literalmente expresa: *“Que el generador descrito en la documentación técnica de la empresa JJP HOSPITALARIA S.L., reúne los requisitos exigidos en el pliego para uso fácil y seguro, y más en concreto el requisito de automatización cuestionado, como se pone de manifiesto en la descripción 2.2. Interfaz del equipo Parle Frontal, que señala en el punto 2. Botón de activación de modo auto, y posteriormente en la descripción 2.3 Modos de funcionamiento: patrones de emisión de energía, describe el Modo de funcionamiento VIVA Auto-Mode. Se considera que esta descripción que contiene la documentación presentada, reúne los requisitos de automatización requeridos en el Pliego.*

- Por último la descripción efectuada en el apartado 3. Generalidades de Funcionamiento pone asimismo de manifiesto el cumplimiento de las características exigidas al generador, que permiten la “ablación automática del tracto de la aguja para facilitar la cauterización y evitar la diseminación de células tumorales”, disponiendo asimismo de conmutador de pedal”.

Cuarto.- Con fecha 13 de enero de 2013, se concedió trámite de audiencia a la única interesada en el procedimiento que ha presentado escrito de alegaciones el día 16 de enero de 2014. En ellas afirma que el objeto del contrato aparece claramente determinado en los pliegos *“Por lo que no entendemos, el motivo de tal alegación, máxime cuando, como ellos expresamente reconocen en su Recurso planteado, cuando fue publicado dicho pliego de condiciones técnicas así como el pliego de cláusulas administrativas, no fue presentado escrito alguno impugnando el mismo ni tampoco fue solicitado aclaración del mismo o de algún punto concreto”.*

Afirma asimismo que el producto ofertado cumple con todas las especificaciones del PPT incluida la ablación automática del todo el tracto de la aguja para cuya acreditación aporta la Guía del Usuario del producto, *“por lo que el mensaje alarmista que la parte recurrente intenta transmitir a ese Tribunal resulta a*

todas luces injustificado, improcedente y totalmente infundado”.

Por último solicita que se imponga una multa al recurrente por temeridad y mala fe en la interposición del recurso por considerar que el mismo busca una finalidad más allá de su estimación ante la inconsistencia de sus fundamentos. En concreto aduce que *“es evidente que el motivo de la interposición del recurso planteado por la parte recurrente tiene como finalidad, además de la ya mencionada pataleta, el retrasar lo máximo posible la ejecución del Acuerdo de Adjudicación, de modo que mientras se resuelva la misma y dado la naturaleza del producto sanitario objeto de suministro. El tratamiento a los pacientes no puede demorarse, por lo que las compras por parte del centro hospitalario del material sanitario objeto de adjudicación, se siga realizando por el departamento de compras mediante el procedimiento de contratos menores contemplado en el artículo 138.3 del TRLCSP, el cual se realiza de manera directa.*

De este modo, se garantizan que el hospital les siga comprando dicho material por esa vía, cuyo precio dicho sea de paso, es muy superior, no ya sólo al ofertado por la empresa adjudicataria, sino el ofertado por la propia entidad recurrente”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP).

Así mismo se acredita la representación con que cuenta el firmante del recurso.

Segundo.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid, de fecha 10 de diciembre de 2013, por el que se acuerda la adjudicación de un contrato de suministros, con un valor estimado de 353.668 euros, por lo que dicho contrato se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación objetiva recogido en el artículo 40.1 del TRLCSP.

Por otro lado, el acto impugnado es susceptible de recurso especial, al amparo del artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que “*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 158. (...)*”.

Habiéndose producido la notificación de la Resolución de adjudicación, el día 16 de diciembre de 2013, el recurso interpuesto el día 2 de enero de 2014, se presentó en plazo.

Cuarto.- 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.

Quinto.- Son dos las cuestiones hechas valer por la recurrente, de un lado la nulidad de los pliegos por la oscuridad de sus cláusulas en cuanto a la determinación del objeto del contrato y de otro el incumplimiento por parte del producto ofertado por la adjudicataria, de las especificaciones técnicas exigidas.

Respecto de la invocada nulidad de los pliegos y por ende de todo el procedimiento de licitación, este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que los vicios o defectos de que pudieran adolecer los pliegos que rigen la contratación pública, deben ser puestos de manifiesto a través del recurso especial en materia de contratación en el plazo establecido para ello, sin que posteriormente puedan invocarse los pretendidos defectos a la luz del resultado de la licitación. No obstante, también se ha señalado que la única excepción a este principio de vinculación de los pliegos, es el supuesto de que los mismos adolecieran de una causa de nulidad de pleno derecho.

Como es sabido la sanción de nulidad en nuestro ordenamiento, es una consecuencia extraordinaria, reservada solo para los más graves supuestos de ilegalidad, que se establecen como *números clausus* y que deben interpretarse de forma restrictiva. En concreto en el ámbito de la contratación pública el artículo 32 del TRLCSP remite al 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) en cuanto a las concretas causas de nulidad de pleno derecho, adicionando además la falta de capacidad o de solvencia del adjudicatario, la carencia o insuficiencia de crédito, así como las disposiciones que otorguen de forma directa o indirecta ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración.

Pues bien, de entre todas las causas de nulidad contempladas en el artículo 62 de la LRJ-PAC, cabría examinar si el vicio invocado por la recurrente puede ser considerado generador de indefensión, como uno de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional a que hace referencia su apartado 1.a).

No es preciso un examen muy profundo para determinar que en el caso que ahora nos ocupa no se ha producido indefensión alguna, ni para la recurrente, ni para ninguno de los licitadores. Efectivamente como señala el órgano de

contratación, además de que no se solicitó aclaración alguna respecto del objeto del contrato y en concreto sobre la vinculación del generador solo a la oferta del lote 1, lo cierto es que ninguna de las ofertas presentadas fue rechazada por no incluir el citado generador, que obviamente fue ofertado por todas las empresas.

No se ha producido por tanto vulneración efectiva de derecho fundamental alguno que justifique la nulidad de los pliegos.

En cuanto al incumplimiento de las especificaciones técnicas, debemos partir de la consideración de que, como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009) tal y como señala el artículo 145 del TRLCSP que obliga a que las proposiciones de los interesados se ajusten a lo previsto en el PCAP suponiendo su presentación la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de dichas cláusula sin salvedad o reserva alguna, debiendo estar y pasar por ellas y al órgano de contratación a admitir las ofertas presentadas conforme a sus prescripciones y a valorarlas en la forma en ellos establecida.

En este caso la prescripción controvertida es la relativa a la ablación automática del tracto de la aguja, que la recurrente sin aportar siquiera un principio de prueba al respecto, considera que no se cumple en la oferta de la adjudicataria.

Como más arriba se ha expuesto, el órgano de contratación a través de informe del servicio Radiología Vasculare Intervencionista afirma que el generador descrito en la documentación técnica de la empresa JJP Hospitalaria S.L., reúne los requisitos exigidos en el pliego, reproduciendo el apartado 2.2 2.3 y 3 de la documentación técnica de la oferta, de la que se desprende el automatismo de la ablación de la aguja.

La adjudicataria de los lotes 1 y 2 oferta como generador el modelo Viva RF cuya documentación técnica consta en el expediente administrativo y se aporta asimismo en fase de alegaciones. En concreto en el punto 2.2 de la indicada documentación, descriptivo del interface del generador se indica la existencia de “Botón de activación del modo auto”, lo que necesariamente implica que el generador puede actuar en modo automático. Además en el apartado “2.3 Modos de funcionamiento Patrones de emisión de energía:” se indica “*Como hemos visto anteriormente, el generador de RF VIVA nos permite obtener tres tipos de patrones de energía, según sea nuestro objetivo:*

- *Modo 1: Viva-Auto mode: Este modo genera una potencia de 50 W de salida, para incrementar 10 W cada minuto de manera automática hasta alcanzar la primera pausa. Después de la primera pausa de energía, cambia a modo de pulsos”.*

A la vista de dicha documentación y teniendo en cuenta que la recurrente se limita a afirmar, sin acreditar en modo alguno que el generador ofertado no cumple con el requisito exigido, este Tribunal entiende que no queda probado el incumplimiento por el producto ofertado de las prescripciones del PPT.

Sexto.- Resta por último pronunciarse sobre la solicitud de imposición de multa realizada por la adjudicataria del contrato en fase de alegaciones.

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que “*en 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 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden*

Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística”.

En este caso, si bien no resulta acreditada la intencionalidad aducida en la recurrente de seguir siendo suministradora del producto hasta tanto se resuelva el recurso, y por ende no quede debidamente probada la mala fe, resulta más dudosa la concurrencia de 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 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, RJ 1990\3637. La Sentencia 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*.

En el presente recurso si bien es cierto que las afirmaciones realizadas por la recurrente carecen de sustrato probatorio y que el recurso adolece de cierta inconsistencia, este Tribunal considera que no se dan los elemento y requisitos para considerar temeraria su interposición de acuerdo con los anteriores parámetros, por lo que no procede la interposición de la multa establecida en el 47.5 del TRLCSP.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Don I.B.Á., en nombre y representación de Covidien Spain, S.L contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre de Madrid, de fecha 10 de diciembre de 2013, por el que se acuerda la adjudicación del procedimiento abierto 2013-0-62, para la contratación del Suministro de Sistema de Ablación Tumoral por radiofrecuencia para el servicio de radiología vascular e intervencionista del Hospital Universitario 12 de Octubre.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión adoptada por este Tribunal en sesión del día 9 de enero de 2014.

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 TRLCSP.