

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

En Madrid, a 20 de agosto de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BECTON DICKINSON, S.A contra su exclusión de la licitación (Lotes 27 y 28), del expediente N.º ACUERDO MARCO PA SUM 4/2019, relativo al “Suministro de tubos para extracción de sangre por vacío, con destino a los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, por parte de la Mesa de Contratación, a través del Acta de la Mesa de Contratación, de fecha 10 de marzo de 2020, la cual, fue publicada en el perfil del contratante, con fecha 8 de julio de 2020, así como, contra el informe técnico de valoración de los criterios objetivos de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, emitido por la Responsable de Logística de Recursos Materiales del Hospital Universitario de Móstoles, concretamente, contra lo relativo a la valoración, tanto de los Lotes 27 y 28, como de los Lotes 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 32, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 48, 49 y 61 y, como consecuencia de lo expuesto en dicho informe, contra la clasificación final que, respecto a estos lotes, se recoge en el Acta de la Mesa de Contratación, de fecha 10 de marzo de 2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

## RESOLUCIÓN

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 16 de octubre de 2019, fue publicado en el perfil del contratante y en Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación y, con fecha 7 de noviembre de 2019, los pliegos del expediente N.º ACUERDO MARCO PA SUM 4/2019, relativo al “Suministro de tubos para extracción de sangre por vacío, con destino a los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud”. Son 64 lotes con un valor estimado de 8.783.080,60 euros.

**Segundo.-** Con fecha 8 de julio de 2020, se publica en el perfil del contratante, el Acta de la Mesa de Contratación, de fecha 10 de marzo de 2020, que excluye a la recurrente de los lotes 7, 8, 28, 30, 31, 34 y 57. Asimismo, el informe técnico referenciado, respecto a los lotes 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 32, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 48, 49 y 61, lleva a cabo la valoración de la oferta de BD y, en relación a determinados criterios de adjudicación, no puntúa la oferta presentada por la mercantil, con las consecuencias negativas que ello conlleva para su oferta en la clasificación final de los lotes referenciados, tal y como, se ha reflejado en la clasificación final de las ofertas, respecto a los lotes referenciados, que se recoge en el Acta de la Mesa de Contratación, de fecha 10 de marzo de 2020.

**Tercero.-** La recurrente insta por correo electrónico en fecha 24 de julio y las 15 horas vista genérica del expediente administrativo para no más tarde del 27 de julio, venciendo el plazo para presentar el recurso el 29 de julio. La Administración contesta requiriendo aclaración sobre los extremos que se quieren consultar, habida cuenta la afectación de documentación al principio de confidencialidad, en fecha 30 de julio. En misma data requiere a las licitadoras que aclaren sus declaraciones de confidencialidad. El requerimiento es cumplimentado el 7 de agosto por la recurrente. En el escrito de recurso ante este Tribunal reitera el acceso al expediente, y en particular sobre el informe técnico íntegro de valoración de los criterios objetivos de

adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, emitido por la Responsable de Logística de Recursos Materiales del Hospital Universitario de Móstoles, así como, cualquier otro informe, información o documentación, que, al respecto, se hubiera podido emitir.

**Cuarto.-** En fecha 29 de julio se presenta el recurso especial en materia de contratación, justo en el plazo de los quince días hábiles.

**Quinto.-** El expediente e informe del órgano de contratación se reciben el 14 de agosto conforme al artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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). A tenor de lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no se ha estimado preciso dar plazo de alegaciones al propuesto adjudicatario de este procedimiento.

## 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 *“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 el acuerdo impugnado fue publicado el 8 de julio y el recurso interpuesto en este Tribunal, el 29 de julio de 2020 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el acto de exclusión y contra la calificación de los lotes. El primero inadmitía la oferta de la recurrente en el marco de un contrato de suministros por incumplimiento de las prescripciones técnicas cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros sobre una serie de lotes. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP. El acto se adopta por la Mesa de Contratación. En cuanto al recurso sobre la calificación del resto de lotes lo que pretende BECTON es *“poner de manifiesto una serie de irregularidades del informe técnico de valoración de los criterios objetivos de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, emitido por la Responsable de Logística de Recursos Materiales del Hospital Universitario de Móstoles, concretamente, respecto a la oferta de BD a los Lotes 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 32, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 48, 49 y 61”*. Y de la que resulta la clasificación inicial de las empresas, no dando lugar siquiera a una propuesta de adjudicación, que no consta, porque existen una serie de empates y la Mesa acuerda requerir a los licitadores que cita la documentación de la cláusula 18ª del Pliego para dirimir esos empates. En cuanto a la recurrente concierne a los lotes 2, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 19, 23, 25, 26, 29, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 45, 46, 48, 50, 51, 58, 59, 60, 61, 63. Posteriormente, en fecha 15 de julio se vuelve a reunir la Mesa y en acta publicada el 6 de agosto consta que no habiéndose solventado los empates conforme a los criterios del Pliego, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula 1, apartado 3 del PCAP, en cuanto al procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco, en el que se prevé la adjudicación del mismo a varias empresas, con el fin de que cada centro seleccione, de entre los adjudicatarios de cada lote, al que haya alcanzado en conjunto la mayor puntuación total.

Esta calificación del informe técnico o su asunción por la Mesa de Contratación y la clasificación de las empresas resultantes no es recurrible de forma independiente, como hemos dicho reiteradamente, porque no causa estado, es una mera propuesta de la Mesa, tal y como señala el artículo 150.1 de la LCSP:

*“1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación”.*

Podrá alegarla, en su caso, en el recurso contra el acto de adjudicación.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso sobre la exclusión en los lotes 27 y 28 la cuestión se circunscribe a la exigencia del color azul oscuro en los tapones de seguridad, tal y como consta en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT):

*“LOTE 27: TUBO EXTRACCIÓN VACÍO PLÁSTICO CON GEL SEPARADOR ACTIVADOR COAGULACIÓN TAPÓN AZUL OSCURO 4ML.*

*Tubo de extracción de sangre por vacío de plástico, con gel separador del suero, con activador del coágulo. Para la determinación de pruebas funcionales.*

*Tapón de seguridad, lubricado para facilitar su apertura, pero que permita el retaponado sin riesgo para el trabajador. De color azul oscuro.*

*LOTE 28: TUBO EXTRACCIÓN VACÍO PLÁSTICO CON GEL SEPARADOR TAPÓN AZUL OSCURO 3,5ML.*

*Tubo de extracción de sangre por vacío de plástico, con gel separador del suero. Para la determinación de pruebas funcionales.*

*Tapón de seguridad, lubricado para facilitar su apertura, pero que permita el retaponado sin riesgo para el trabajador. De color azul oscuro.”*

Según alega la recurrente:

*“1º.- En la medida que, el PPT exige que, el tapón ofertado a los lotes 27 y 28 sea de “color azul oscuro”, y el informe técnico señala que, el tapón ofertado por BD a ambos lotes es de “azul claro”, ello no hace sino revelar que estamos ante una cuestión meramente subjetiva en cuanto a la apreciación de si se trata, o no, de color azul oscuro, es decir, a que el tono del azul sea lo suficientemente oscuro.*

*2º. En relación a esta cuestión cabe preguntarse lo siguiente: ¿En qué parte de los pliegos de esta licitación el Órgano de Contratación ha establecido el nivel para que el tono azul de los tapones se pueda considerar oscuro a efectos del cumplimiento del PPT? La respuesta debe ser que EN NINGUNA PARTE. Siendo así, la expresión “color azul oscuro” resulta ser, en sí misma, ambigua y no tiene una significación unívoca”.*

Según el informe del órgano de contratación:

*“Pues bien, la RAE define de forma clara y precisa el ‘azul oscuro’:*

*‘adj. Dicho de un color o de un tono: Que se acerca al negro, o que se contrapone a otro más claro de su misma clase. Azul oscuro’.*

*Atendiendo a esta definición, no puede considerarse una cuestión subjetiva. La empresa BECTON DICKINSON, S.A. presenta en la ficha técnica de los lotes 27 y 28, una descripción del tapón como ‘azul’ sin especificar la tonalidad, teniendo en cuenta que se solicitan en este expediente tapones del mismo color y diferente tonalidad, por tratarse de tubos para pruebas diferentes y con aditivos también diferentes por lo que*

*es muy importante tener en cuenta la ‘tonalidad’ para ser claramente diferenciados y evitar errores en su manipulación”.*

Comprueba este Tribunal que en las fichas técnicas del licitador figura simplemente “azul”.

En el recurso copia la muestra del tapón en color. Se comprueba por este Tribunal que lejos de ser azul oscuro, es azul cielo o claro, dentro de las tonalidades de azul celeste. No entra en ninguna tonalidad posible del azul marino. No hay confusión posible. Son extremos opuestos.

Procede la desestimación de este motivo de recurso. No hay que reiterar lo sabido: que las prescripciones técnicas obligan tanto a los licitadores como la Administración. Ni citar reiteradísima doctrina al respecto.

Esta alegación del recurrente es temeraria, azul oscuro y claro son claramente diferenciables, son dos tipos diferentes de azul, no dos tonalidades del color azul. Pero es que la muestra cuya reproducción acompaña es notoriamente azul claro, no existe aproximación alguna al azul oscuro o azul marino. Por ello procede la imposición de la multa del artículo 58.2 de la LCSP.

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.

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 esta 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”.*

La Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 4ª), de fecha 7 de octubre del 2015, SAN 4017/2015 establece: *“Como dijimos en nuestra sentencia de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014, FJ 2º), en relación con el origen de esta norma cabe citar el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 en el que se indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial», en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas»”.*

Afirmar que el Pliego no especifica la tonalidad de azul oscuro como argumento jurídico y presentar un tapón que en la ficha técnica pone simplemente “azul” y que en la muestra y el recurso es notoriamente azul claro o celeste, no existiendo aproximación alguna posible al azul oscuro, es temerario, por carecer completamente de fundamento.

Procede la imposición de la multa en 1.000 euros, no acreditados otros daños.

En cuanto a al recurso sobre la calificación del resto de lotes ya hemos adelantado en el ordinal cuarto que no es un acto recurrible, porque no causa estado, es una propuesta de la Mesa de contratación, recurrible con el acto de adjudicación, que no ha tenido lugar. Este motivo debe ser inadmitido.

Por la misma razón, no procede dar acceso al expediente administrativo en este trámite, siendo indiferente para fundamentar un motivo de recurso inadmitido, pudiendo hacerlo en su caso en el órgano de contratación en los términos conferidos, de reproducir el recurso contra la adjudicación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 representación de BECTON DICKINSON, S.A contra su exclusión de la licitación (Lotes 27 y 28), del expediente N.º ACUERDO MARCO PA SUM 4/2019, relativo al “Suministro de tubos para extracción de sangre por vacío, con destino a los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, por parte de la Mesa de Contratación, a través del Acta de la Mesa de Contratación, de fecha 10 de marzo de 2020, la cual, fue publicada en el perfil del contratante, con fecha 8 de julio de 2020, así como, contra el informe técnico de valoración de los criterios objetivos de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, emitido por la Responsable de Logística de Recursos Materiales del Hospital Universitario de Móstoles, concretamente, contra lo relativo a la valoración, tanto de los Lotes 27 y 28, como de

los Lotes 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 32, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 48, 49 y 61 y, como consecuencia de lo expuesto en dicho informe, contra la clasificación final que, respecto a estos lotes, se recoge en el Acta de la Mesa de Contratación, de fecha 10 de marzo de 2020.

**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 la cuantía de 1000 euros.

**Tercero.-** Levantar la suspensión del procedimiento.

**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.