

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

En Madrid, a 26 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.C.G. y doña B.U.S., en nombre y representación de la empresa Pulsion Medical Systems, S.L., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, de 23 de octubre de 2015, por la que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro “Sistemas desechables de monitorización para gasto cardíaco”, con destino al Hospital Universitario La Paz, número de expediente: 2015-0-25, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 6 de junio, en el BOE de 19 de junio y en el BOCM y perfil de contratante el 18 de junio. El valor estimado asciende a 294.099,17 euros. La adjudicación se realizará por procedimiento abierto con criterio único el precio y el contrato se encuentra dividido en lotes.

Segundo.- Con fecha 25 de septiembre de 2015, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la subasta electrónica prevista en el procedimiento de contratación. Finalizada dicha subasta conforme a las previsiones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), a la vista del informe emitido por el gestor de la

plataforma electrónica, la Mesa de contratación propuso como oferta económicamente más ventajosa a la formulada por Edwards Lifesciences, S.L.

El 26 de octubre se procede a la adjudicación de ambos lotes del contrato. La notificación tuvo lugar el 29 de octubre.

Tercero.- El 12 de noviembre de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la empresa Pulsion Medical Systems, S.L. en el que solicita que *“Se declare no válida la Subasta electrónica, se declare el expediente 2015-0-25 desierto y se inicie un nuevo expediente o bien se proceda a fijar una nueva subasta electrónica con todas las garantías para todas las casas comerciales.”*

El 20 de noviembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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).

Cuarto.- Con fecha 18 de noviembre, el Tribunal acordó mantener la suspensión del lote 1 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se han formulado alegaciones por la empresa adjudicataria Edwards Lifesciences, S.L., que señala que estuvieron conectados durante la celebración de la subasta sin ningún problema técnico y sin que se les notificara en ningún momento la existencia de ningún fallo por la operadora de la Plataforma ni por las demás partes implicadas. Añade que en caso de que la subasta sea considerada no válida procediendo a fijar una nueva supondría un grave perjuicio para la empresa y que se conocen las estrategias usadas durante la misma. Y, en su caso el perjuicio

que supone paralizar el procedimiento debería repercutir en la empresa encargada de la subasta electrónica que debería indemnizar por los perjuicios causados.

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 licitadora al 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 de las firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación impugnado fue notificado el 29 de octubre de 2015, e interpuesto el recurso el 12 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

La falta de anuncio previo al órgano de contratación, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, se entiende cumplida con la comunicación de la interposición del recurso que realiza el Tribunal al órgano de contratación el mismo día de la interposición del recurso. La finalidad del anuncio es que el órgano de contratación conozca que contra su resolución se va a interponer el correspondiente recurso y vaya preparando el expediente y su informe que ha de remitir en el plazo de dos días hábiles, lo cual se consigue igualmente cuando el Tribunal reclama, con remisión del escrito de interposición del recurso, el expediente de contratación. Por otro lado, el artículo 44.4 permite la subsanación de los defectos observados en la interposición del recurso, para lo cual se deberá requerir al interesado para que lo haga en el plazo de tres días hábiles. Carecería de eficacia

que el Tribunal solicitara la subsanación para inmediatamente solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad del anuncio, como hemos señalado, se cumple con la reclamación del expediente, sin que ello suponga indefensión material para el órgano de contratación.

Cuarto.- Procede determinar cuál es el acto administrativo recurrido por Pulsion Medical Systems, S.L.

La recurrente, en su escrito de recurso, se dirige a la Mesa de contratación, si bien el mismo lo presenta ante este Tribunal, por lo que entendemos que efectivamente pretende interponer el recurso especial en materia de contratación, regulado en el artículo 40 y siguientes del TRLCSP. Manifiesta expresamente que se dirige *“Contra el procedimiento de subasta electrónica del día 25 de septiembre de 2015 del expediente 2015-0-25”*.

Considera el órgano de contratación que el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado que decide sobre la adjudicación ya que dependerá directamente del precio ofertado en la puja la adjudicación del contrato. Y como el artículo 44 del TRLCSP establece que el recurso habrá de interponerse en el plazo de 15 días hábiles contados, en el caso de que se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, el recurso resulta extemporáneo. Resultando que el recurso objeto del presente se interpone contra un acto de trámite, *“Contra el procedimiento de subasta electrónica del día 25 de septiembre de 2015 del expediente 2015-0-25”*, que dicho acto tuvo lugar el día 25 de septiembre de 2015 y que la recurrente tuvo conocimiento, como es obvio, en el concreto momento del desarrollo de la subasta, el *dies a quo* se corresponde con el 26 de septiembre de 2015, por lo que el plazo de interposición del recurso expiró el pasado día 15 de octubre de 2015. Resultando que la interposición del recurso tuvo lugar el día 12 de noviembre de 2015, el mismo debe calificarse de extemporáneo y, por tanto, ser inadmitido.

Según el artículo 40.1 del TRLCSP, serán susceptibles de recurso especial los actos relacionados en el apartado 2 de este artículo, cuando se refieran, entre otros, a contratos de suministro sujetos a regulación armonizada. Y en el apartado 2 se establece que podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores. Por tanto, cabe concluir que se interpone contra un acto de trámite cualificado que decide sobre la adjudicación ya que la misma dependerá directamente del precio ofertado en la puja.

En cuanto a la caída de la conexión informática y el conocimiento de que la oferta de la otra empresa es más ventajosa que la de la recurrente que no ha podido mejorarla, se trata, efectivamente, de un acto de trámite que, por un lado, produce un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la recurrente y, por otro, determina cuál es la oferta sobre la que ha de recaer la adjudicación. El artículo 40 incluye entre los actos susceptibles de recurso especial la adjudicación, momento en el que se puede invocar cualquier defecto de tramitación y cualquier acto de trámite que no fue objeto de recurso de forma independiente.

Aunque consta acreditado el conocimiento del acto de trámite susceptible de recurso especial, no consta la notificación expresa sobre la posibilidad de ser recurrido (recurso procedente, plazo para su interposición y órgano ante el que ha de interponerse), que daría inicio el plazo para la interposición del recurso desde el día siguiente a aquél en que se tuvo conocimiento.

Como regla general, el plazo de interposición del recurso se inicia el día siguiente a aquél en que se ha practicado la notificación o publicación del acto que se pretende recurrir. Si no se ha procedido a la notificación del acto impugnado permanecerá abierta para los interesados la posibilidad de acudir al recurso pues en tal caso, el día inicial no se produce hasta que efectivamente se procede a la

interposición del recurso o se notifica de forma expresa en el acto que pone fin al procedimiento, la adjudicación.

Debe entenderse que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP y por tanto dentro del plazo.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, argumenta la recurrente que cuando quedaban unos 2 minutos aproximadamente de tiempo (de los 3 minutos disponibles tras la oferta a la baja de otra casa comercial), introdujo una oferta a la baja pero vieron que no había conexión con la plataforma. Verificaron la conexión a Internet y lo explicado el día de la formación y todo parecía correcto. Por lo tanto, llamaron por teléfono a las 9:27 al número indicado, que les informó que no podían ser atendidos en ese momento. Estuvieron a la espera más de 5 minutos cuando se les facilitó un correo de soporte técnico. En el anexo 3 de la factura de ORANGE se puede ver que estuvieron 7 min 13 seg. al teléfono. Tal y como les indicaron remitieron a las 9:36, a las 9:40, a las 10:10 y a las 10:37. Varios minutos después de la conversación mantenida con la empresa Bravo Solution, la Directora comercial de dicha empresa se pone en contacto vía telefónica para afirmar que la puja ha finalizado y que ha sido Pulsion quien ha perdido conexión a Internet. Mantiene que la conexión a Internet que comenzó a las 8:43:44 duró 5.216 segundos (Anexo 2, según e-mail de ORANGE), lo que significa que entre las 8:43:44 y las 10:10:40 estuvieron sin perder conexión a Internet. Por lo tanto, han tenido ningún problema de conexión, por lo que fue un problema de la plataforma.

La recurrente alude a la eventual pérdida de conexión con la plataforma de la subasta y a la atención de las dudas que pudieran surgir. En definitiva, reincide en la formación para la subasta. Efectivamente, entre otros cometidos, Bravo Solution debía atender esas dudas y asesorar sobre qué hacer en caso de pérdida de conexión.

El órgano de contratación pone de manifiesto que el otro licitador en ningún momento perdió la conexión con la plataforma lo que evidencia que la misma estuvo

en todo momento operativa, sin interrupción ninguna. Al informe se adjunta otro de la empresa organizadora de la subasta electrónica (Bravo Solution) que en un fichero contiene la actividad desarrollada exclusivamente por la recurrente; en el mismo se muestran dos pestañas, cada una correspondiente a cada uno de los lotes. Este fichero, "BravoSolution-LOG-Subasta-2015-025-PULSION", recoge que a las 09:26:09,944 el sistema registra un error de conexión con el licitador "9765", que es el identificador de usuario de Pulsion Medical Systems en el fichero de log –"ID Usuario = 9765", al que corresponde la dirección IP. Indica el sistema que el licitador "9765" ha perdido la conexión a las 07:25:51,271 GMT, equivalente a 09:25:51.271. A las 09:27:54,564 la plataforma registra que la subasta ha finalizado a las 07:27:47,955 GMT, equivalente a las 09:27:47,955. La plataforma registra que el usuario ha recuperado su conexión a las 07:30: 54,335 (09:30: 54,335), cuando la subasta ya había finalizado. Pulsion Medical Systems no acredita su conexión entre las 09:25:51,271 y las 09:30:54,335, periodo en que permaneció desconectado según queda demostrado a la vista de los registros contenidos en los Anexos 2 y 3, ficheros EXCEL, del informe de Bravo Solution.

En el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP se detallan pormenorizadamente las condiciones en que se desarrollará la subasta electrónica. Así, en primer lugar se relacionan los requerimientos técnicos precisos para participar en la subasta, se especifica que la subasta electrónica se desarrollará en la Plataforma de Subastas Electrónicas de la Comunidad de Madrid, antes del comienzo de la subasta será responsabilidad del licitador realizar las comprobaciones técnicas necesarias para garantizar el buen funcionamiento de su navegador y su acceso a internet, el Hospital no será responsable de problemas técnicos derivados de una configuración incorrecta de su ordenador, de problemas en su conexión a internet, de configuración de seguridad o de cualquier otro problema técnico no relacionado con la plataforma de subasta electrónica. Se establecen las condiciones de acceso, las reglas de la subasta, su duración y el cierre de la misma. La empresa Bravo Solution ha sido designado gestor de la plataforma de la subasta en el procedimiento PA 2015-0- 25, siendo la misma la encargada de toda la operativa relacionada con la misma, incluida la formación facilitada a los licitadores.

Previamente a la celebración de la subasta se procedió a la formación de los licitadores y se informó que *“El usuario y contraseña para acceder a la plataforma de subasta electrónica serán enviadas a la persona firmante de la oferta. Téngase en cuenta que solamente UN (1) usuario puede acceder a la subasta electrónica con el usuario y la contraseña suministrada por el HULP.”* En ningún momento se les indica que no puedan tener un ordenador alternativo (sin estar conectado a la plataforma) por si tienen algún fallo en el que estén utilizando.

Tal y como se detalla en el Pliego de Cláusulas Administrativas, en el apartado 29. “Medios Electrónicos”, en relación a la subasta electrónica, es el licitador el que tiene que garantizar el buen funcionamiento de su navegador y acceso a Internet y, el Hospital no será responsable de los problemas que pueda tener. El Hospital sólo será responsable si los problemas son de la Plataforma de Subastas Electrónicas.

Se trata, por tanto, de comprobar si existieron problemas de conexión imputables a la Plataforma de Subastas o a la propia licitadora.

Según el informe en relación al desarrollo de la subasta elaborado por la empresa Bravo Solution, cuando quedaban menos de dos minutos (01:94,472 minutos) para que la subasta finalizara, desde la sala donde se encontraba reunida la Mesa de contratación se observó en el monitor que uno de los licitadores ya no estaba conectado (se había desconectado voluntariamente o bien, había perdido su conexión a internet). La subasta finalizó y se dio por adjudicatario en cada lote al licitador que había presentado la oferta más económica.

Según dicho informe, la Plataforma dispone de trazabilidad de todo lo que acontece en ella pudiendo esta información ser auditada si así se desea. Junto al informe se adjuntan el fichero de disponibilidad de la Plataforma, los ficheros de “log” de la subasta, y los certificados de seguridad de la Plataforma. En estos ficheros se puede comprobar que:

- La Plataforma estuvo operativa sin ningún tipo de interrupción. La Plataforma está constantemente chequeando su disponibilidad y dejando constancia de este chequeo. Se puede comprobar en el informe “BravoSolution-ICM-PRTG Report_25092015-disponibilidad” que se adjunta como ANEXO 1 que la disponibilidad de la Plataforma durante el día 25/09/2015 fue del 100% en todo momento. Puesto que cuando perdió su conexión tan sólo quedaban 1:94,473 minutos para que la subasta finalizase (si nadie emitía una puja), la subasta finalizó, y cuando la recurrente recuperó su conexión (5:03,064 minutos después) la subasta había finalizado y por tanto, su intento de pujar se registró en la plataforma pero ésta no le permitió enviar la puja debido a que la subasta ya había finalizado. Reconoce que cuando quedaban 43 segundos para la finalización de la subasta recibieron una llamada en el Centro de Soporte en la que se explica que están intentando pujar al lote 1 y no pueden.

- Con el registro de la actividad detallada en los ficheros referidos consideramos que queda demostrado que la plataforma de Subasta electrónicas funcionó correctamente durante todo el tiempo y que fue el licitador Pulsion Medical System Iberica, S.L. el que perdió su conexión a internet.

En los informes, aportados por Pulsion Medical Systems junto al escrito de recurso, se muestra la hora de inicio de las conexiones, pero no el tiempo de duración de esas llamadas. Por tanto nada acreditan en cuanto a si permaneció en todo el intervalo que dice haber estado conectada. El documento que se anexa por la recurrente como nº 2 al escrito de recurso se limita a afirmar que existe una conexión con una duración de 5.216 minutos, pero en nada certifica que esa conexión fuera ininterrumpida; se trata de un correo electrónico sin que se aporte ningún tipo de registro que certifique técnicamente la conexión, ni su duración, ni su continuidad o interrupciones. En definitiva, no existe acreditación de lo que se pretende afirmar. Al contrario, existen varios momentos de inicio de conexión, que demuestran la existencia de interrupciones. Suponiendo que todo lo anterior se hubiera demostrado correctamente por parte de Pulsion Medical System IBERICA, lo que habría quedado demostrado es que tenía conectividad con ORANGE pero en ningún caso que ORANGE tenía conectividad con la Plataforma de Subastas.

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 M.C.G. y doña B.U.S., en nombre y representación de la empresa Pulsion Medical Systems, S.L., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, de 23 de octubre de 2015, por la que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro “Sistemas desechables de monitorización para gasto cardíaco”, con destino al Hospital Universitario La Paz, número de expediente: 2015-0-25.

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, respecto del lote 1 la suspensión cuyo mantenimiento fue acordada por este Tribunal el día 18 de noviembre.

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.