

Recurso nº 444/2018

Resolución nº 22/2019

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

En Madrid, 23 de enero de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación de don R.R.M., en nombre y representación de Sistemas Integrales de Medicina, S.A.U. (SIM MEDICA), contra la adjudicación del contrato de suministros para el “Abordaje Integral del proceso de gestión de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos de gastroscopia, colonoscopia y rectoscopia en el Hospital Universitario del Henares, expediente HUH PA SE 2018/01”, este Tribunal Administrativo ha tomado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** En fecha 13 de septiembre de 2018 se publica el anuncio de licitación del procedimiento referido en el perfil del contratante, lote único, y valor estimado del contrato de 1.713.804,00 euros.

**Segundo.-** El día 5 de diciembre de 2018 se dicta resolución de adjudicación por el Director Gerente del hospital en uso de las atribuciones conferidas por resolución de 25 de febrero de 2011 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, de delegación de competencias en materia de contratación y gestión económica presupuestaria

(DOCM núm 76 de 31 de marzo ).

**Tercero.-** En la Resolución de adjudicación consta literalmente que Sistemas Integrales de Medicina “*no cumple con los requisitos técnicos exigibles en el Pliego de Prescripciones Técnicas*”.

**Cuarto.-** En el recurso se solicita la anulación de la adjudicación y permitir a la recurrente continuar en el procedimiento con retroacción de actuaciones. La impugnación de SIM MEDICA reprocha como alegación única que es contrario al principio de igualdad y no discriminación que no se hayan aceptado dos de las características técnicas que recoge su oferta porque considera que son plenamente equivalentes a lo solicitado en el PPTE. Textualmente: “*a) La característica Campo de Visión presentada por SIM MEDICA de 140º combinada con la tecnología HD (Alta definición) suministra tanto Campo de Visión efectivo como la característica solicitada por el pliego (170º). El ángulo requerido de 170 º produce una pérdida de contraste y un aumento de la distorsión teniendo como resultado el mismo Campo de Visión Efectivo que el ángulo de 140º. Numerosos estudios clínicos avalan esta información. Mayor campo de visión NO aporta ni mayor beneficio clínico ni una mejora en la seguridad del paciente lo que ambas tecnologías deben ser consideradas equivalentes ya que aportan el mismo valor tanto para el profesional como para el paciente.*

*b) Nuestra oferta incluía un sistema de magnificación óptico, que es multifocal (cantidad variable de focos) frente a lo solicitado que es un sistema dual (dos focos). Nuestra propuesta es superior en capacidad a lo requerido y mejora el beneficio clínico para el paciente y su seguridad clínica”.*

**Quinto.-** El órgano de contratación en su informe alega la existencia de un error en la consignación de las causas de exclusión por la empresa recurrente y concretamente: “*La impugnación de SIMNIEDICA reprocha como alegación única que es contrario al principio de igualdad y no discriminación que no se hayan aceptado dos de las características técnicas que recoge su oferta porque considera que son plenamente equivalentes a lo solicitado en el PPTE. Este órgano de*

*contratación informa que sí se han aceptado, que el reproche en el que se basa la impugnación del recurrente se fundamenta en un doble error.*

- *La característica del campo de visión presentada por SIMMEDICA ha sido aceptada, no existe ninguna observación en contrario sobre la misma.*
- *El sistema de magnificación óptico multifocal de SIMMEDICA tampoco ha sido rechazado, no consta ninguna observación en contra que sustente el reproche de la recurrente.*

*Ambas características han sido soluciones que el órgano de contratación ha aceptado como idóneas y por tanto existen en estos dos puntos consenso con el recurrente. Las características técnicas se dice en el pliego que admiten en todos los casos la indicación de ‘equivalente’. Por tratarse de conocimientos tan especializados el informe técnico es el que establece lo que entiende el sector por equivalente y respecto a estos dos puntos nada se ha objetado al respecto”.*

**Sexto.-** Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 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 (LCSP) y artículo 29 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual. En el escrito de alegaciones presentado el 17 de enero argumentan por extenso que las causas de rechazo de la proposición no son las alegadas en el recurso especial en materia de contratación:

*“Con relación a estas menciones debe ser indicado que el aludido no fue un motivo de exclusión indicado en el informe de evaluación realizado por el organismo, de modo que entendemos improcedente esta mención” (sobre el motivo primero).*

*“Ocurre, nuevamente, que este aspecto no figura en el informe de evaluación técnico realizado por el organismo y, por lo tanto, este extremo resulta improcedente generando confusión” (sobre el motivo segundo).*

Luego se extiende sobre los incumplimientos reales (cita hasta 13 según el informe técnico).

## 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.-** Se acredita en el expediente la legitimación de Sistemas Integrales de Medicina, S.A.U., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, así como se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El acto recurrido es susceptible de recurso por tratarse de la adjudicación de un contrato de suministro y exceder de los 100.000 euros. (Artículo 44. 2.c) LCSP).

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición del recurso especial se verifica dentro de los quince días hábiles siguientes, pues se presenta el 28 de diciembre y dice tener conocimiento de la adjudicación el 5 de diciembre, aunque se publica en el Perfil del Contratante el día 7.

**Quinto.-** Por lo que se refiere al fondo del recurso, en fecha 27 de diciembre de 2018 se da vista del expediente. Según afirma el mismo recurrente, en tal fecha “*se accede a comprobar la documentación relativa a los criterios no valorables de forma automática presentada por los licitadores, así como el resto de documentación que obra en el expediente*”. Por esta razón no se entiende que alega como causas de exclusión el incumplimiento de unas características técnicas que no se ponen en cuestión en el expediente de contratación.

Según la respuesta del órgano de contratación “*las razones recogidas en el informe técnico como fundamentos para excluir la oferta del recurrente nada tiene*

que ver con las razones técnicas que son el objeto de queja en las que motiva el recurrente su reproche a la Administración.

De lo reflejado en el informe técnico se concluye que la oferta de SIMMEDICA queda excluida porque no contiene una propuesta de cómo se va a llevar a cabo la integración total de los equipos con el sistema de gestión de informes existente en el Servicio de Digestivo del hospital del Henares, y ello es exigido en la página 2 del PPT donde se explica que se entiende por integración total”.

Pero no solo por esta razón. Es característica del procedimiento administrativo, que “la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas es de aplicación supletoria en los procedimientos de contratación administrativa.

En el informe de los servicios técnicos, obrante a los folios 80 a 83 del expediente administrativo figuran los siguientes incumplimientos:

“Análisis técnico de la oferta de SIM MEDICA para el contrato de ‘gestión Integral de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos de gastroscopia, colonoscopia y rectoscopia en el Hospital del Henares’ Expediente HUH PASE 2018/01.

#### *Equipos de endoscopia*

1) Respecto a las características generales de los equipos de endoscopia, tanto los equipos de videogastroscopio de alta definición HD (modelo EG 29-iO), videogastroscopio terapéutico HD (modelo EG-34-iOL), videocolonoscopio de magnificación (modelo EC-3890LZi) y Videocolonoscopio digital de alta definición HD (modelo EC-38i10L), NO cumplen la condición descrita en el expediente de prescripciones técnicas de permitir la captura de imágenes con el sistema de gestión de informes (programa EN DO BASE) presente en ‘la unidad de endoscopia del Hospital del Henares, desde la botonera del endoscopio’. Se considera este requisito como imprescindible y los equipos NO APTOS por dicho motivo.

2) Respecto a la oferta de videogastoscopios de alta definición HO (5 unidades), Los equipos ofertados por SIM MEDICA (modelo EG29-i10) tienen un diámetro en el

*extremo distal de 9.9 mm. NO cumplen con el requisito descrito en el pliego de prescripciones técnicas de diámetro en el extremo distal menor de 9.5 mm. Se considera este requisito como imprescindible y los equipos NO APTOS por dicho motivo*

*3) La ficha técnica del videocolonoscopio de magnificación (modelo EC-3890LZi), NO informa sobre el diámetro del extremo distal que debe ser menor de 13.3 mm ni del diámetro del canal de trabajo que debe ser como mínimo de 2 mm.*

*4) La ficha técnica de los videocolonoscopios de magnificación (modelo EC-38i10L), NO informa sobre el diámetro del extremo distal que "debe ser menor de 13.3 mm ni del diámetro del canal de trabajo que debe ser como mínimo de '3,2 mm.*

*5) La ficha técnica de los procesadores de endoscopios HD Modelo "OPTOVISTA"-EPKi7010 NO informa sobre las características del monitor que debe ser de 24" FULL HD, con panel LCD.*

*Mantenimiento: La oferta estudiada NO APORTA documentación referido a condiciones de mantenimiento, integración total de los equipos de endoscopia con el sistema de gestión de Informes, instalación de los equipos, mantenimiento integral y Formación del personal médico, enfermería y técnico. 1 Por lo que se considera NO APTA en los apartados mencionados*

*Material fungible para la realización de gastroscopias, colonoscopias y rectoscopias.*

*1) La oferta de capuchones endoscópicos NO incluye capuchones oblicuos ni capuchones oblicuos con reborde.*

*2) La oferta de agujas de esclerosis (REF: NI-D2423-T2505}, solo incluye agujas con longitud de aguja de 5 mm. Se considera imprescindible la existencia de modelos de agujas pequeñas .de longitud de 1.81 3, 41 5 y 6 mm y agujas estándar de longitud 4,51 y 6 mm, por lo que se considera como NO APTAS.*

*3) La oferta de abrebozas desechable con correa de silicona (REF: BEI-SEL-02) corresponde a un abrebozas de tamaño pediátrico, útil solo en endoscopia para niños y no para adultos y NO CUMPLE con el diámetro central mínimo que debe ser de 22por27 mm, por lo que se consideran como NO APTOS*

*4) La oferta de sonda de coagulación (REF: 20191-372), NO dispone de canal de irrigación integrado, por lo que se considera como NO APTA.*

5) La oferta de bisturíes desechables para disección endoscópica NO INCLUYE modelos diferenciados. NO SE INCLUYEN modelos de cuchillo de 3.5 mm de longitud con punta cerámica de 1.7 rpm. NO SE INCLUYEN cuchillos de 4.5 mm de longitud en forma de gancho rotatorio con función de inyección de agua. NO SE INCLUYEN cuchillos de 4.5 mm de longitud en forma de triángulo con función de inyección de agua. NO SE INCLUYEN sistemas de tracción y elevación de la pieza para simplificar la disección endoscópica submucosa (DES). Por todos estos motivos, se considera la oferta NO APTA.

6) En el apartado de oferta de pinzas de hemostasia rotatoria monopolar desechable, solo se incluye la referencia del modelo HS-02622, pero no se ha incluido ninguna ficha técnica de dicho modelo por lo que se considera NO APTA.

7) En el apartado de oferta de Asa hemostática premontada, solo se incluye la referencia del modelo MBL-U6, pero no se ha incluido ninguna ficha técnica de dicho modelo por lo que se considera NO APTA.

Conclusión final: Debido a todas las deficiencias señaladas en los apartados anteriores se considera que la oferta de la empresa SIM Médica para la 'gestión Integral de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos de gastroscopia, colonoscopia y rectoscopia en el Hospital del Henares' Expediente HUH PASE 2018/01, NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS TÉCNICOS MINIMOS IMPRESCINDIBLES y DEBE SER RECHAZADA EN SU APARTADO TÉCNICO"

Es decir, el órgano de contratación hace referencia en su respuesta a uno solo de los incumplimientos técnicos, que son mucho mayores y extensos, de ahí que la resolución de adjudicación refiera genéricamente a incumplimiento de los requisitos del PPT.

Y el adjudicatario se extiende ampliamente sobre estos incumplimientos en relación con el PPT, que no es necesario reseñar, pues no responden a las alegaciones del recurrente, respetando el principio de contradicción.

Las características de exclusión citadas por la recurrente, y transcritas en antecedentes, no constan en el informe técnico y expresamente el órgano de

contratación señala que las mismas se han aceptado por los servicios técnicos, resultando bastante incomprensible el error si, como dice el recurrente, ha tenido acceso al expediente para la formalización del recurso.

En el mismo se extiende en su exposición sobre estas características y las consultas realizadas al órgano de contratación sobre la posibilidad de presentar un suministro con características equivalentes en los dos puntos referenciados, que fueron respondidas afirmativamente por el mismo. Estas consultas y respuestas se transcriben en el recurso. Siendo esto así y habiendo solicitado vista del expediente es poco comprensible la formalización del recurso en los términos que se hace.

Como dice el órgano de contratación, el recurso se sustenta en un “error”, por el que se entiende el conocimiento equivocado de una cosa.

Dentro del error cabe diferenciar entre el error vencible, que se puede superar con el empleo de una mínima diligencia, y el invencible, aquél que incluso con las máximas precauciones, empleando la máxima diligencia, es inevitable.

Es difícil referirse al error cuando el recurrente dice haber tenido vista de todo el expediente de contratación y, por ende, de las causas de su exclusión, que no son las que afirma en el recurso.

Por la misma razón es difícil entender que la formalización del recurso sea conforme a las exigencias de la “buena fe”, o, en otros, términos que se verifique en la convicción de que las causas de exclusión son las que se alegan como motivo de recurso. En cualquier caso, la misma diligencia que empleó solicitando vista del expediente debe trasladarla a su formalización, apreciando este Tribunal ante la magnitud de los incumplimientos y la discordancia entre el informe técnico y lo alegado, temeridad en el recurrente manteniendo una pretensión objetivamente inviable.

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 4<sup>a</sup>), 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 1<sup>a</sup>) 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".

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario y se aprecia mala fe, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

**En su virtud**, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 57 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

## ACUERDA

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación de don R.R.M., en nombre y representación de Sistemas Integrales de Medicina, S.A.U., contra la adjudicación del contrato para el Abordaje Integral del proceso de gestión de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos de gastroscopia, colonoscopia y rectoscopia en el Hospital Universitario del Henares, expediente HUH PA SE 2018/01.

**Segundo.-** 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 58.5 de la LCSP, por importe de 1.000 euros.

**Tercero.-** Levantar la suspensión de la adjudicación del contrato.

**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 .