Recurso nº 446/2024
Resolución nº 449/2024

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

En Madrid, a 28 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Tecnomed 2000 S.L., contra el acuerdo de fecha 15 de octubre de 2024 por el que se adjudican los lotes 16 y 17 del contrato de suministros denominado “Adquisición de aparataje sanitario con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del SERMAS” número de expediente A/SUM-007031/2024 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en el DOUE el día 18 de junio de 2024 y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 8 de junio, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 24 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 594.141,32 euros y su plazo de duración será de 16 meses.

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

A la licitación de los lotes 16 y 17 se presentaron cuatro ofertas, entre ellas la del recurrente.

Segundo. - El 7 de noviembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de Tecnomed 2000 en el que solicita la exclusión de la oferta del adjudicatario por recaer la adjudicación sobre una variante no admitida en pliegos y falta de datos de la empresa.

Tercero. - El 12 de noviembre de 2024 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación y el informe a que se refiere 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 (LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo Galmedica S.L. ha presentado escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta resolución.

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 una persona jurídica cuya oferta ha sido clasificada en segundo lugar,por lo que sus "*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 adoptado y notificado el 15 de octubre de 2024 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 11 de noviembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra la resolución de de adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso lo fundamenta Tecnomed 2000 en dos motivos. En el primero de ellos considera que el producto ofertado es una variante del indicado en el pliego, no estando éste contemplado en el mismo.

Manifiesta que lo solicitado es una pistola crioterapia capacidad 350 - cc y capacidad estática de 12 horas.

Indica que en la oferta del adjudicatario se plantean dos posibilidades, la pistola MC-150 de 350 cc y la misma, pero de capacidad 500 cc., informando de que en el catálogo del fabricante cada una de las prestaciones tiene referencia distinta.

Manifiesta que la pistola de 500 cc es más pesada y tiene peor maniobrabilidad, además se descarga aun sin uso, por lo que es más costosa.

Pone de manifiesto que en el PCAP no se permite la aportación de variantes al suministro objeto de contrato.

Por todo ello considera que en aras a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, no se ha respetado lo exigido por los pliegos de prescripciones técnicas y su oferta debe ser excluida.

El órgano de contratación defiende en su escrito de alegaciones al recurso manifiestando que en el mes de septiembre la recurrente ya envió a la mesa de contratación las consideraciones que hoy formula en el presente recurso, habiendo dado este órgano colegiado, traslado del mencionado escrito a la comisión de Adquisiciones de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria, la cual en fecha 16 de septiembre de 2024 indicó que *" Una vez revisada la documentación, muestra y oferta económica confirmamos que la oferta técnica corresponde inequívocamente a la referencia MC-150 y no está referida a ninguna otra variante".*

El órgano de contratación manifiesta que la oferta de ambos licitadores es la misma, tanto en su determinación, referencia y muestras. Añade que el lote 16 y 17 son el mismo producto, pero uno se destina a nuevas ubicaciones y el otro a reposición de pistolas deterioradas por el uso.

Presenta las fichas técnicas aportadas por ambas empresas, que en ambos casos hacen alusión a la diferente capacidad 300 cc o 500 cc, una en escrito y otra en imagen, pues la empresa productora fabrica ambas opciones.

Indica que la recurrente considera variante la ficha técnica de la adjudicataria, pero no la suya que recoge de manera gráfica la existencia de las dos capacidades.

Incluye una copia de las ofertas de ambas empresas, que son idénticas en cuanto a la determinación del producto a ofertar.

Por su parte el adjudicatario manifiesta que ambas presentaciones, 350 cc y 500 cc tienen una misma nomenclatura por parte del fabricante, por lo que no estamos ante variante alguna, si no ante la única forma de acreditar el producto a suministrar, aceptandose el formato indicado en los pliegos de condiciones.

A la vista de las posiciones de las partes, es evidente que no existe vulneración alguna en el suministro ofertado por Galmédica, que es conforme a lo establecido en los pliegos de condiciones que han sido aceptados por la recurrente con la presentación de su oferta según se establece en el artículo 139.1 de la LCSP, en consecuencia, se desestima este motivo de recurso.

En cuanto al segundo de los motivos esgrimidos por el recurrente, este considera que procede la exclusión de la oferta de la adjudicataria por carecer de servicio de asistencia técnica y en todo caso al indicar en la licitación un domicilio inexistente y no reseñar número de teléfono.

Refiere el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP que obliga a las empresas a aportar: “*Relación de los SAT (Servicios de Asistencia Técnica), incluyendo dirección*

y teléfono. El horario del Servicio Técnico será, como mínimo de 8:00 a 17:00 horas de lunes a viernes, con atención telefónica en castellano".

Indica que analizada la oferta de Galmedica se observa que no aporta teléfono alguno, y que el domicilio que indica como servicio de atención técnica, ha comprobado que en el mismo se ejerce en la actualidad actividades totalmente distintas de las de la asistencia técnica requerida en el pliego.

Así mismo, el domicilio social que inidcan en su oferta, tampoco pertenece a dicha empresa ejerciéndose en el mismo otras actividades distintas. Todas estas manifestaciones se efectúan a través de los trabajos de investigación efectuados por un detective privado.

El órgano de contratación recuerda a la recurrente la imposibilidad de ofrecer imágenes que afectan a ciudadanos particulares o trabajadores para defender una postura y recuerda que a ella misma se le excluyo de una anterior licitación por los motivos que ahora hace acusación contra la adjudicataria, pero que lo acontecido en anteriores licitaciones no afectan a la presente.

Por su parte el adjudicatario manifiesta que ha aportado el nombre del servicio técnico requerido en su propuesta, siendo este Testing Lab Equipments S.L.U.

El domicilio indicado en la oferta que es el de Calle Cerezo n.º 5 del municipio Moraleja de Enmedio, ya no es el correcto por haber cambiado dicha mercantil su ubicación durante el periodo temporal de de licitación, siendo ahora calle Emilio Alzamora n.º 27 Bajo de Leganés. Esta realidad no desvirtúa en ningún momento el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y llegado al caso, en lugar de una nulidad de la oferta, como mucho supondría una comunicación de esta adjudicataria al órgano de contratación rectificando dicho domicilio.

Vistas las posiciones de las partes, nos encontramos más ante una situación de hecho que de derecho.

Es evidente que el principal motivo esgrimido por el recurrente era la ausencia de determinación de un servicio de asistencia técnica, lo cual ha quedado demostrado y comprobado que no era cierto. En segundo lugar, se ponía en duda la propia existencia de este servicio de asistencia técnica por no corresponder su ubicación con la aportada por el adjudicatario, habiendo quedado aclarado en el escrito de alegaciones aportado que dicha afirmación no es cierta.

Por todo ello se desestima el recurso planteado

Sexto. - 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 como 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 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".

Este Tribunal a la vista de los antecedentes, por un lado, la coincidencia en el suministro propuesto, del mismo fabricante, con la misma ficha técnica y las mismas imágenes y por otro lado la acusación incierta de no proponer un servicio técnico veraz, considera que la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que, si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

Esta multa no tiene carácter sancionador, no siendo necesaria la tramitación de un expediente contradictorio, tal y como informa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 11/22 de 22 de enero, recurso 290/2020, contra Resolución de este Tribunal Administrativo, en:

…Por último alega la actora la improcedencia de la sanción impuesta. Se nos dice que el TACPCM le impone una multa de 3.000 euros en virtud del artículo 58.2 LCSP porque aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

La actora no admite ni temeridad ni mala fe en la interposición de recurso, y asimismo apunta a que el TCAP no ha respetado los principios básicos del procedimiento sancionador puesto que no ha incoado procedimiento sancionador alguno, no ha concedido trámite de audiencia a la imputada, imponiéndose directamente la sanción a mi representada sin que esta compañía haya podido defenderse.

Tales alegaciones se descartan, no estamos ante sanción alguna…

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 la representación legal de Tecnomed 2000 S.L., contra el acuerdo de fecha 15 de octubre de 2024 por el que se adjudican los lotes 16 y 17 del contrato de suministros denominado “Adquisición de aparataje sanitario con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del SERMAS” número de expediente A/SUM-007031/2024.

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 cuantía de mil euros (1.000 €).

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.