

Recurso nº 292/2017 C.A. Principado de Asturias 16/2017

Resolución nº 390/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 28 de abril de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. F. T., en nombre y representación de "B.BRAUN MEDICAL, S.A.", contra la resolución de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias de adjudicación del Lote 15 del contrato "Suministro de apósitos con destino a los Centros Sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias" (expediente nº Sc/28-16); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias convocó, mediante anuncio publicado en el BOE el 8 de septiembre, en el DOUE el 30 de agosto y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, licitación para adjudicar por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato de "Suministro de apósitos con destino a los Centros Sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias", por un valor estimado de 11.234.322,55 euros (IVA excluido).

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Con fecha 23 de enero de 2017, la mesa de contratación se constituye para el análisis del informe realizado por la Comisión Técnica sobre la documentación técnica

incluida en el Sobre nº 2 relativa a los criterios de adjudicación cuya evaluación depende de un juicio de valor. El 2 de febrero se celebra nueva reunión de la mesa de contratación para analizar el informe justificativo de las bajas desproporcionadas y realizar la propuesta de adjudicación, resultado adjudicataria del lote nº 15 la empresa “MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L.”.

Cuarto. Contra la resolución de adjudicación, “B.BRAUN MEDICAL, S.A.” interpone recurso especial en materia de contratación. Alega la recurrente como fundamento de su impugnación que en la documentación presentada por el adjudicatario se observa que la ficha técnica presentada para el lote nº 15, correspondiente al producto “Mepilex Border lite”, ha sido manipulada expresamente para éste expediente, con la finalidad de lograr que el producto adjudicado en dicho lote cumpla con las prescripciones técnicas solicitadas.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe.

Sexto. Por la Secretaría del Tribunal se ha puesto de manifiesto el expediente a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones y aportaran los documentos que tuvieran por conveniente, habiendo sido evacuado el trámite por “MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L.”, que solicita la desestimación del recurso y la declaración expresa de mala fe y temeridad de la recurrente.

Séptimo El 11 de abril de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación producida conforme al art. 45 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al

efecto con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013.

Segundo. El acto recurrido ha sido dictado en el seno de un proceso de licitación relativo a un acuerdo marco con un solo adjudicatario sujeto a regulación armonizada, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo preceptuado al respecto en el artículo 44 del TRLCSP, por quien ostenta legitimación para ello.

Cuarto. Entrando en el fondo del asunto, el recurrente alega que la valoración técnica de la oferta de la adjudicataria para el lote nº 15 está viciada como consecuencia de la manipulación por parte del adjudicatario de la ficha técnica del producto en cuestión, puesto que para justificar que el apósito propuesto cumple las especificaciones técnicas previstas en PPT, en concreto, que su capacidad de absorción sea apta para “media o alta exudación”, en la ficha técnica del fabricante, que lo describe “para el tratamiento de un amplio rango de heridas de bajo o nulo nivel de exudado”, añade una característica distinta, presentándolo como un apósito apto para el “medio o alto nivel de exudado”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe declara que el apósito cumple con los requisitos mínimos recogidos en el PPT, y que, una vez comprobados estos requisitos, las muestras presentadas por la empresa han sido probadas y valoradas por varios profesionales referentes al cuidado de heridas del SESPA para determinar, además de su adaptabilidad, la gestión del exudado, obteniendo, tanto el propuesto por el adjudicatario como por el recurrente la máxima puntuación, los que le hace merecedores de la calificación de apto por cumplir las características mínimas e indispensables.

Por último, el adjudicatario en sus alegaciones niega rotundamente que haya manipulado la correspondiente ficha técnica, sino que la expresión “medio o alto nivel de exudado” se emplea en la Hoja de Producto que es un documento específico para cada licitación. Así mismo, hace notar la voluntad del recurrente de tergiversar e inducir a error al Tribunal al aportar una fotografía de un producto distinto al ofertado, para justificar que el nivel de absorción del apósito propuesto no cumple con las exigencias del PPT.

Quinto. A la vista de las alegaciones de las partes es evidente que la principal controversia planteada en el presente recurso radica en el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el pliego de condiciones técnicas por parte del adjudicatario del lote nº 15.

Para resolver adecuadamente la cuestión propuesta debemos partir de varias ideas previas. La primera y más importante es que, como hemos declarado en una multitud de resoluciones (por ejemplo la 270/2013) los pliegos que elabora la Administración y que acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según reiterada y constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración, la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores y, por tanto, la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en los pliegos. Respecto a estos últimos, supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso, realizar la oferta con sujeción a los criterios de valoración contenidos en los pliegos (artículo 145 TRLCSP).

De acuerdo con lo expuesto, hemos de analizar previamente el contenido de los pliegos, con el fin de valorar si las proposiciones realizadas por la empresa recurrente se ajustan a sus determinaciones “lex contractus”. Ello nos obliga a tomar en consideración lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas, con el fin de analizar si la proposición realizada por la adjudicataria cumple con el mismo.

El apartado 4 del PPT define las especificaciones técnicas del lote nº 15, “apósito de espuma de poliuretano baja adherencia de 15 x 15 cm con borde adherente de silicona”, en los siguientes términos:

“Descripción: APÓSITO DE ESPUMA DE POLIURETANO BAJA ADHERENCIA DE 15 X15 CM CON BORDE ADHERENTE DE SILICONA.

Composición;

- *Apósitos de estructura trílaminar o superior compuesto externamente de una lámina de poliuretano microperforado y/o silicona, Mediálmente presenta una*

capa absorbente de espuma, y poliacrilato o una hidrofibra de hidrocoloide. Externamente un poliuretano semipermeable. Pueden también incorporar una capa enmascaradora de exudado.

Medidas: Superficie activa 11X11cm (+1cm).

Características técnicas:

- *Prevención y tratamiento en úlceras por presión de estadio I*
- *Úlceras de presión o vasculares de estadio II-III o IV de media o alta exudación.”*

Pues bien, como afirma el órgano de contratación y resulta del informe técnico de valoración, la capacidad de absorción en supuestos de media o alta exudación han sido debidamente comprobadas por el órgano de contratación y resultan del informe técnico emitido como fundamento de la resolución recurrida. Para contradecirlos, el recurrente alega una eventual manipulación de la ficha técnica por parte del adjudicatario y realiza una referencia a la simbología empleada por las distintas comercializadoras para determinar la capacidad de absorción, pero refiriéndose a un producto distinto al ofertado por el adjudicatario, y, todo caso, obviando las conclusiones del informe técnico de valoración.

Así mismo, aporta sendos escritos en los que se declara que el apósito propuesto por la adjudicataria para el lote nº 15 únicamente está indicado para lesiones de bajo o nulo nivel de exudado. Estos escritos no son suficiente para refutar las conclusiones del órgano de contratación, a juicio de este Tribunal. Hemos de recordar que el Tribunal Supremo, al analizar el valor de las pruebas periciales de parte ha señalado, entre otras cosas que, de existir varias pruebas, y de entre ellas, varias periciales, éstas no se valoran aisladamente sino conjuntamente, entre sí y con el resto del material probatorio, valoración conjunta que justifica también que el Tribunal priorice aquellas conclusiones contenidas en un dictamen, cuando se compadecen con las derivadas de otros elementos probatorios, principalmente documentos (STS de 10 de Diciembre de 2.010). También ha reiterado el Alto Tribunal que la prueba ha de valorarse según las reglas de la sana crítica, y que la existencia de un dictamen forense no obliga al juzgador a aceptar sus conclusiones (STS de 29 de Noviembre de 2.004), teniendo en cuenta también que la fuerza probatoria del dictamen no reside en sus afirmaciones, ni en la condición,

categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de su esencia, debiendo tener, por tanto, como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes (STS de 11 de Mayo de 1.981).

Los escritos aportados generan ciertas dudas en cuanto a su contenido, pues no es lo suficientemente claro y explicativo respecto del cumplimiento de los requisitos del pliego.

Por el contrario, la documentación aportada por el órgano de contratación, incluido el informe técnico, contiene criterios basados en mediciones objetivas y no afirmaciones genéricas no explicadas, como ocurre con la documentación aportada por el recurrente. Bajo esta premisa es evidente que el Tribunal no puede dar más peso a los escritos aportados por la recurrente que a la documentación del órgano contratante.

Por esta razón, conforme expusimos con anterioridad, la función de este Tribunal quedaría ceñida exclusivamente al control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable, como se presencia en el supuesto objeto de este recurso.

En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetando los principios de la contratación y que, no existiendo error de juicio, la valoración se ajusta a los cánones de discrecionalidad técnica, y existe motivación adecuada y suficiente. Tales parámetros se muestran en la resolución recurrida, de modo que, descartado el error en que el recurrente insiste para desestimar su oferta, hemos de rechazar el motivo expuesto, pues no apreciamos que concurra infracción alguna del ordenamiento jurídico en ninguno de los aspectos formales, así como tampoco la existencia de aplicación arbitraria o errónea de los criterios fijados en los pliegos.

Sexto. Finalmente resulta procedente, a la vista de las circunstancias concurrentes en este caso, pronunciarse sobre la posible imposición de la multa establecida en el artículo

47.5 del TRLCSP. Efectivamente, el artículo 47.5 del TRLCSP establece: *“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 su parte, el artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015 que desarrolla la anterior previsión, continúa: *“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, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso.”*

Pues bien, en el presente caso concurren las circunstancias previstas en dicho precepto, habida cuenta de la ausencia en los motivos fundamentados de argumentación, de la grave e infundada acusación de manipulación de la documentación presentada por el adjudicatario en su oferta y la solicitud de mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación. Por todo ello, consideramos que el recurso se presenta con temeridad, con el único y reiterado objetivo de retrasar la formalización del contrato. Por consiguiente, resultan de aplicación las previsiones del artículo 47.5 del TRLCSP, por lo que procede la imposición de una multa a la empresa recurrente., para garantizar un mínimo de fundamento y seriedad en la interposición del recurso, por lo que se fija una multa de 1.000 euros, cuantía mínima prevista en el citado artículo 47.5.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M. F. T., en nombre y representación de “B.BRAUN MEDICAL, S.A.”, contra la resolución de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias de adjudicación del Lote 15 del contrato *"Suministro de apósitos con destino a los Centros Sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias"* (expediente nº Sc/28-16),

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Apreciar la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso, e imponer a la recurrente la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, consistente en una multa de mil euros (1.000 €).

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.