

Recurso 341/2021
Resolución 520/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 3 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL HISPANIA, S.L.** contra la resolución, de 22 de junio de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Suministro de material específico para ventilación y monitorización, con cesión de uso de equipamiento necesario para la utilización del material para la actividad asistencial de los centros adscritos a la plataforma de logística sanitaria de Sevilla» (Expte. CCA. +Z9W2BS), respecto del lote 73, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de septiembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 10.874.758,18 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 22 de junio de 2021, del órgano de contratación se adjudica el contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 73, a la entidad INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L. (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 14 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad HOSPITAL HISPANIA, S.L. (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de adjudicación del contrato, respecto del lote 73.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 73, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación del contrato fue publicada en el perfil de contratante el 16 de julio de 2021 y notificada a la entidad ahora recurrente el 23 de junio de 2021, por lo que el recurso presentado el 14 de julio de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución adjudicación del contrato, respecto del lote 73, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se acuerde «- *La nulidad de la resolución de adjudicación del lote 73; - La retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la adopción de la resolución de adjudicación; - La exclusión de la oferta presentada por (...) [la ahora adjudicataria] para el lote 73 del procedimiento de licitación; Que el órgano de contratación, en el ejercicio de sus competencias y en ejecución de la resolución estimatoria interesada, adjudique el contrato referido al lote 73 a la empresa que hubiese presentado la oferta con la mejor relación calidad-precio, de acuerdo con los criterios de adjudicación fijados en los Pliegos.*».

Afirma la recurrente que la oferta presentada por la ahora adjudicataria para el lote 73 debió ser excluida del procedimiento de licitación debido a que el producto ofertado no reúne todos los requisitos exigidos por la normativa y legislación aplicable. En este sentido, señala que los equipos denominados “*espirógrafos*”, en los que se utilizarán los filtros del lote 73, sirven para diagnosticar el estado de los pulmones del paciente. Así las



cosas, para evitar que el aire exhalado pueda contaminar el equipo con virus y bacterias, es necesario interponer un filtro para reducir al máximo el riesgo de contaminación o infección, que debe cumplir unos mínimos de calidad de filtrado a los flujos a los que suele espirar el paciente (600-700 L/min), de modo que el siguiente paciente que realice la prueba en ese equipo no pueda contaminarse o contagiarse, lo que tendría muchas posibilidades de ocurrir si el filtro utilizado por el anterior paciente no fuese el adecuado.

En este sentido, indica la recurrente que la Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica, publicó en mayo del 2020 una versión actualizada del documento *“Recomendaciones de prevención de infección por coronavirus en las unidades de función pulmonar de los diferentes ámbitos asistenciales”*, en las que estableció que en la realización de este tipo de pruebas respiratorias, entre las que se incluye la espirometría, es esencial que el filtro pueda filtrar en un rango de flujos de 600-700 l/min. En el citado documento se impone que los filtros cuenten con una validación de su eficiencia de filtración vírica, no bastando la mera indicación de este dato en su ficha técnica, o la presunción de cumplimiento.

Concluye la recurrente que habiendo accedido al expediente y comprobado la documentación técnica presentada por la adjudicataria, podemos afirmar que esta validación del filtro no se aporta con su oferta. Esta omisión en cuanto al certificado de filtración debe considerarse como un incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (PPT), al haber quedado demostrado que el producto adjudicado no sirve, por no presentar todas las garantías de seguridad aplicable, para la consecución del objeto del contrato. En este sentido, a su entender, no era necesario que este requisito se detallara en el PPT, porque esta validación de la eficiencia de filtración vírica a altos flujos espiratorios es un requisito intrínseco del propio filtro, de modo que, si el grado de eficiencia no alcanza los estándares mínimos recomendados por las principales entidades en la materia, debe reputarse que no cumple con la función pretendida y la oferta debió, necesariamente ser excluida de la licitación al lote 73.

SEXTO. Alegaciones del órgano de contratación y de la entidad interesada.

1. Alegaciones del órgano de contratación.

Afirma el informe al recurso que en el PPT no se exige nada específico respecto al lote 73 denominado “Filtro para Espirógrafo. Diámetro: [30-30]”. En este sentido, señala que la empresa adjudicataria del lote 73, presenta en su oferta técnica el anexo VI del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), relativo a la declaración responsable de la adecuación de los bienes objeto del suministro al cumplimiento de las disposiciones específicas en materia de seguridad y salud, declarando que los bienes que constituyen el objeto de esta contratación cumplen con toda la disposición legal y/o reglamentaria que le es de aplicación en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como con las reglamentaciones específicas de carácter industrial o normas UNE que le pudieran igualmente ser de aplicación, y que asume el compromiso de entregar junto al bien la documentación acreditativa exigida reglamentariamente como puede ser la declaración CE de conformidad, ficha de seguridad, manual de instrucciones ...

2. Alegaciones de la entidad interesada.

La entidad ahora adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso se pronuncia en términos similares al informe al recurso del órgano de contratación. Asimismo, en lo que aquí concierne afirma que *«El producto ofertado por (...) en el lote 73 tiene marcado CE, y, al ser los filtros de espirometría productos sanitarios Clase IIa, ha sido evaluado y validado por un organismo notificado. En el caso del producto que nos ocupa, el organismo*



notificado ha sido SGS con sede en Bélgica, nº 1639. El certificado CE se entregó como parte de la documentación de nuestra oferta en el expediente que nos ocupa. Son los organismos notificados autorizados por la Comisión Europea las únicas entidades que pueden validar un producto sanitario de Clase IIA, IIB o III para la finalidad prevista por el fabricante, tras una exhaustiva revisión de la documentación técnica completa del producto, los estudios y ensayos que se realizan antes, durante y después de la producción, las instrucciones de utilización y el etiquetado, y los sistemas de calidad para el diseño, fabricación y control del producto de su fabricación. La validación obtenida por nuestro filtro demuestra que los filtros para espirómetros fabricados por (...) sí cumplen la función de reducir el riesgo de contaminación cruzada en las pruebas de función pulmonar, y ello queda patente en las instrucciones de uso del producto, de las que adjuntamos copia (...)».

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha expuesto, en síntesis, afirma la recurrente que la omisión en la oferta de la ahora adjudicataria del certificado de filtración debe considerarse como un incumplimiento del PPT, no siendo necesario a su entender que este requisito se detallara en el citado pliego, al haber quedado demostrado que el producto adjudicado no sirve, por no presentar todas las garantías de seguridad aplicables, para la consecución del objeto del contrato.

Considera este Tribunal que en los pliegos no existe exigencia específica alguna respecto al lote 73, salvo en el cuadro resumen del PCAP y en el anexo I del PPT que aparece el número de lote, la descripción del mismo (FILTRO PARA ESPIROGRAFO Diámetro del filtro:[30-30]), el CPV (33141000-0), los datos económicos relativos al presupuesto base de licitación, posibles prórrogas y garantía definitiva y la cantidad consumida en 24 meses.

Asimismo, en cuanto a exigencias generales, y por tanto aplicable al lote 73, en el PCAP, en su cláusula 6.4.2 se dispone en lo que aquí concierne que se requerirá declaración responsable de la adecuación de los bienes objeto del suministro al cumplimiento de las disposiciones específicas en materia de seguridad y salud, según modelo recogido en el anexo VI, y en la cláusula 9.1.2, que la persona contratista está obligada a la observancia de las leyes, normas, y demás reglamentos en materia de seguridad y salud vigentes, así como al cumplimiento de los requisitos que, en materia de seguridad y salud, han de cumplir los bienes objeto del suministro; y por último en el PPT, dentro del apartado normativa en materia de riesgos laborales, se indica que las empresas contratistas deberán cumplir con la legislación en materia de seguridad y salud aplicables a la adquisición de bienes objeto de este procedimiento (R.D. 1591/2009, de 16 de octubre), por la que se regulan los productos sanitarios.

Así las cosas, de lo expuesto en los pliegos, y en cuanto al análisis de la controversia se refiere, se concluye que:

- i) Para formular oferta al presente contrato las entidades licitadoras tendrán que aportar una declaración responsable de la adecuación de los bienes objeto del suministro al cumplimiento de las disposiciones específicas en materia de seguridad y salud, según modelo recogido en el anexo VI, y
- ii) La persona contratista, que no la licitadora, está obligada al cumplimiento de los requisitos que, en materia de seguridad y salud, han de cumplir los bienes objeto del suministro.

En definitiva, conforme a los pliegos, es la empresa contratista la que tiene que acreditar el cumplimiento de los requisitos que, en materia de seguridad y salud, han de cumplir los bienes objeto del suministro.

Al respecto, se ha indicar lo expuesto por este Tribunal en multitud de ocasiones en relación a los incumplimientos de los requisitos o exigencias técnicas, en el sentido de que éstos no pueden presumirse ab initio, pudiendo únicamente verificarse en la fase de ejecución del contrato sin que sea razonable adivinar ni



presumir que la entidad licitadora, que ha asumido el compromiso de ejecutar la prestación con arreglo a las condiciones previstas en los pliegos, vaya a incumplirlo, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal 147/2020, de 1 de junio y 258/2020, de 23 de julio), circunstancias que no concurren en el supuesto examinado.

Por último, considera este Tribunal que la recomendación de la sociedad en la que basa su fundamentación la recurrente es una de tantas sociedades médicas, pero no tiene carácter normativo y no es obligada su observación a la hora de la fabricación, y por tanto no se puede definir el certificado de validación como de carácter intrínseco natural del filtro del espirómetro, no pudiendo calificarse su ausencia como una infracción al tratarse de una mera recomendación.

En consecuencia, a pesar de que la obligación por parte de la persona contratista de cumplir los requisitos que, en materia de seguridad y salud, han de satisfacer los bienes objeto del suministro, ha de verificarse en la fase de ejecución del contrato, de los términos de la oferta, como se ha analizado, no cabe concluir, sin género de dudas, que no se va a cumplir en su totalidad dicha obligación, como afirma la recurrente.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP 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», en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

<<Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley 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» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)>>.



En este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, desde el momento en el que su pretensión se basa en una recomendación de una de las sociedades médicas existentes y no en infracción normativa alguna y/o lesión de principios básicos de la contratación pública, y ello a pesar de que el PPT no obligaba a las entidades licitadoras a acreditar la exigencia en materia de seguridad y salud, bastando una mera declaración, como aportó la adjudicataria. Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano. Asimismo, la interposición del recurso acarreó la suspensión automática del procedimiento de licitación que surtió sus efectos desde la interposición del recurso hasta la presente resolución en la que se procede a su levantamiento.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería desestimado.

Sobre lo anterior, 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 cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos»*.

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero por las circunstancias expuestas de temeridad determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad ante la evidente falta de fundamento y viabilidad jurídica del recurso que ahora se analiza.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación por la entidad **HOSPITAL HISPANIA, S.L.** contra la resolución, de 22 de junio de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Suministro de material específico para ventilación y monitorización, con cesión de uso de equipamiento necesario para la utilización del material para la actividad asistencial de los centros adscritos a la plataforma de logística sanitaria de Sevilla» (Expte. CCA. +Z9W2BS), respecto del lote 73, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 73.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

