

Recurso nº 370/2021
Resolución nº 430/2021

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 23 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Laboratorio Indas, S. A., contra la adjudicación de los Lotes 1, 2 y 3 del contrato de acuerdo marco de “Suministro de 24 lotes de absorbentes, empapadores y compresas”, para Centros del Servicio Madrileño de Salud, número de expediente AM PA SUM 24/2019, mediante Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, de fecha 14 de julio de 2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 28 y 30 de octubre de 2020, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (PCPCM) y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM), la convocatoria para la contratación del acuerdo marco de suministro de referencia, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación, el 7 y 10 de diciembre de 2020, se publicó en el DOUE, PCPCM y BOCM la ampliación de plazo. El valor estimado del contrato asciende a 52.844.120,60 euros, para un plazo de ejecución de 24 meses prorrogable hasta un máximo de 48 meses.

Segundo.- A la licitación se presentaron nueve empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 14 de julio de 2021, el SERMAS, mediante Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, a propuesta de la mesa de contratación en sesión celebrada el 25 de junio, adjudicó el acuerdo marco de suministro de 24 lotes, notificando a los interesados el 15 de julio y publicándolo en el perfil de contratante el 20 de julio de 2021. El Lote 1: Productos suministrados en la Zona A se adjudicó a la empresa Essity Spain, S.L., (en adelante Essity), el Lote 2: Productos suministrados en la Zona B a Ontex, ID, S.A., (en adelante Ontex), y el Lote 3: Productos suministrados en la Zona C a Active Medical Disposable, S.A.U., (en adelante AMD).

La recurrente el 19 de julio de 2021, solicitó al órgano de contratación acceso al expediente, realizado en el SERMAS el 30 de julio de 2021.

Por Acuerdo de 19 de agosto de 2021, este Tribunal le concedió a Laboratorio Indas, S. A., (en adelante Indas), acceso a parte de la documentación solicitada que no le fue facilitada por el órgano de contratación en el trámite de vista del expediente de fecha 30 de julio de 2021, por considerarla de carácter confidencial, concretamente al informe desagregado de valoración de criterios evaluables mediante fórmulas, emitido por el órgano promotor del contrato del SERMAS, para que, en su caso, procedan a completar su recurso en el plazo de diez días. Tras ello concedió al órgano de contratación nuevo plazo de dos días hábiles para la emisión del informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para efectuar las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Tercero.- Con fecha 5 de agosto de 2021, se recibió en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de la representación de Indas, contra la adjudicación del contrato de los Lotes 1, 2 y 3 de fecha 14 de julio de 2021. La recurrente impugna la adjudicación solicitando su anulación con exclusión de las ofertas presentadas por AMD, Hartmann, y Essity por incumplimiento de las especificaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares

(en adelante PPTP); y la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 de la LCSP, hasta que se resuelva el recurso. Asimismo, pide acceso al expediente íntegro, necesario para poder defender los intereses de Indas, evitando la indefensión, y una vez haya accedido al expediente, plazo adicional para formular las alegaciones complementarias que a su derecho convenga.

Con fecha 27 de agosto, tras el acceso concedido, se recibió en el Tribunal escrito de ampliación de recurso, presentado en plazo por la recurrente, solicitando de acuerdo con lo expuesto en el escrito de interposición la anulación de la Resolución de Adjudicación.

Cuarto.- En cumplimiento de lo establecido en 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 (en adelante, LCSP), el órgano de contratación remitió a este Tribunal con fecha 11 de agosto de 2021, extracto del expediente de contratación y el preceptivo informe.

El SERMAS solicita la desestimación del recurso con imposición de multa, considerando que la suspensión del procedimiento de licitación acarrea perjuicios económicos relacionados con la racionalización del gasto. Con fecha 13 de agosto de 2021, el órgano de contratación remite a solicitud del Tribunal el Informe de valoración de criterios evaluables mediante fórmulas, detallando la puntuación de cada licitador en cada criterio técnico, considerado confidencial por parte del órgano promotor por contener datos declarados confidenciales por las empresas licitadoras, incluida la recurrente.

Con fecha 21 de septiembre de 2021, presenta informe a la ampliación de recurso presentada por Indas.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso y del escrito de ampliación presentado por la recurrente a los interesados en los tres lotes impugnados (Essity, AMD, Hartmann y Ontex), en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 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, por un plazo de cinco días hábiles, para que formulen las alegaciones y aporten los documentos que consideren oportuno.

El 8 de septiembre de 2021, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones, presentado en plazo por la representación de AMD adjudicataria del lote 3, solicitando la desestimación íntegra del recurso, y que se acuerde la imposición de multa a la recurrente, habida cuenta de su manifiesta mala fe y temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la LCSP.

El 8 de septiembre de 2021, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones, presentado en plazo por la representación de Hartmann adjudicataria del lote 2, solicitando la inadmisión del recurso especial, y subsidiariamente su completa desestimación.

El 10 de septiembre de 2021, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones, presentado en plazo por la representación de la adjudicataria del lote 1, solicitando la desestimación de todas las pretensiones formuladas por Indas al lote 1, por no concurrir motivos para excluir la oferta presentada por Essity al cumplir todas y cada una de las especificaciones establecidas en el PPTP.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida automáticamente por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, ante la oposición del órgano de contratación a la suspensión manifestada en su informe de alegaciones al

recurso, se acuerda por el Tribunal el 12 de agosto de 2021, el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación de los lotes 1, 2 y 3, conforme a lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 21.3 del RPERMC. Este Tribunal consideró oportuno mantener la suspensión del procedimiento del expediente de contratación, hasta la resolución del recurso y expreso levantamiento de la suspensión, teniendo en cuenta que el acto recurrido es la adjudicación del contrato, y que, en la configuración de la licitación del acuerdo marco para los tres lotes impugnados, el pliego prevé que solo podrá existir un adjudicatario por lote, y no se podrá adjudicar más de un lote por licitador, estando los licitadores obligados a presentar oferta a los tres lotes, con indicación del orden de preferencia al poder ser adjudicatarios exclusivamente de uno de ellos. Además, dados los breves plazos de tramitación del recurso no es previsible que se puedan derivar perjuicios sensibles para el órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente por tratarse de una persona jurídica que ha licitado al contrato y de estimarse el recurso presentado podría resultar adjudicataria de alguno de los tres lotes impugnados. Así de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado el 14 de julio, se notificó el 15 y se publicó en el perfil de contratante el 20 de julio de 2021, y se ha interpuesto el recurso ante este Tribunal el 5 de agosto de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un acuerdo marco de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- La recurrente tras el acceso al informe de valoración de criterios evaluables mediante fórmulas desagregado, emitido por la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, en el que se detalla la puntuación de Hartmann, Essity, AMD, Indas y Ontex, en cada criterio técnico, ratifica básicamente en su escrito de ampliación las alegaciones contenidas en el recurso interpuesto el 5 de agosto de 2021, por considerar que la información aportada confirma los argumentos esgrimidos sobre el incumplimiento del PPTP de las ofertas realizadas por las otras cuatro empresas presentadas a la licitación de los lotes impugnados que se exponen a continuación. Además, con carácter ex novo plantea que, a la luz del Informe de valoración facilitado, ha advertido un error en la puntuación otorgada a Indas en relación al criterio de cintura elástica en la valoración de los absorbentes elásticos.

5.1. Las ofertas presentadas por AMD y Hartmann incumplen las especificaciones técnicas señaladas en el PPTP, por lo que ninguna de ellas podrá ser adjudicataria de los Lotes. Los productos ofertados por esas empresas carecen de la “*capa externa de material impermeable y transpirable*” exigida en la cláusula 6 del PPTP.

Los 3 lotes diferenciados por zonas, están integrados por tres tipos de

productos absorbentes para la incontinencia: (i) Braga-pañal elástico; (ii) anatómico; y, (iii) pants. Cada uno de los productos a su vez se distinguen por el grado de absorción y/o por el tamaño. Los productos absorbentes tipo “*Elásticos*” y tipo “*Pant*” tienen distintas tallas (pequeña, mediana, grande o extragrande) y absorciones (absorción “*día*” -entre 600 y 900 ml-; absorción “*noche*” -entre 900 y 1.200 ml-; y absorción “*súper noche*” -más de 1.200 ml-). Los productos absorbentes tipo “*Anatómicos*” presentan distintos tipos de absorción (“*día*”, “*noche*” y “*súper noche*”); en general no presentan variedad de tallas, aunque según el fabricante tienen mayor tamaño a medida que aumenta su absorción. En los 3 productos se exige “*capa externa de material impermeable y transpirable*”. Es precisamente el incumplimiento de esta característica exigida en la cláusula 6 del PPTP, lo que determina la necesaria exclusión de las ofertas de AMD y de Hartmann, dado que las especificaciones técnicas de los productos objeto de licitación contenidas en el PPTP son de obligado cumplimiento para los licitadores, y su incumplimiento debe determinar su inadmisión y exclusión de la licitación.

La “*capa externa*”, se compone habitualmente de dos materiales: una primera lámina de material plástico (polietileno) hidrófobo que le confiere impermeabilidad e impide que la orina salga del producto; y una segunda lámina de “*tejido no tejido*” (non woven) que le confiere un tacto o apariencia textil a fin de hacerlo más suave y agradable al tacto, evitar ruidos, e impedir que el material plástico entre en contacto directo con la piel. Para ser “*impermeable*”, basta con que la primera lámina de material plástico o polietileno lo sea, en cambio, para ser “*transpirable*” es condición necesaria que ambos materiales lo sean, es decir, que ambos permitan el paso del aire para que la piel “*respire*”. Si la capa de material plástico o polietileno no es transpirable, tampoco puede serlo la “*capa externa*” en su conjunto, pues el aire no podrá atravesar dicha capa para permitir que la piel del paciente esté ventilada. En este sentido menciona que los productos ofertados por Indas incorporan un polietileno especial que no sólo es impermeable, sino que tiene la propiedad de ser transpirable.

La exigencia de *“transpirable”* no es gratuita, al ser más saludable para la piel del paciente favoreciendo su calidad de vida. El plástico en contacto con la piel provoca sudoración, irritación, etc., y más en productos absorbentes de incontinencia que están en contacto con la piel del paciente 24 horas al día, 7 días a la semana. Para que la *“capa externa”* sea transpirable no basta con que las alas o paneles laterales que sobresalen o cierran el producto sean de un material tipo tejido no tejido transpirable, pues en ese caso no toda la *“capa externa”*, incluyendo el núcleo del producto es transpirable. Tampoco basta que un material plástico no transpirable se recubra de un material tejido no tejido transpirable para dar al producto apariencia textil pues al no ser transpirable el polietileno, la unión de ambas capas sigue siendo no transpirable, impidiendo que la piel del paciente *“respire”*. La *“capa externa”* en su conjunto debe ser *“transpirable”*, y sólo se consigue cuando ambas láminas lo son.

AMD no menciona en su envase la supuesta transpirabilidad de sus productos, podría tener alas o paneles laterales transpirables, o estar recubierto en su parte externa por una capa de tejido no tejido de aspecto textil, pero incumple el requisito de disponer de una *“capa externa transpirable”*, al no disponer de un polietileno con la característica especial de dotar de impermeabilidad al producto y permitir que el aire pase y la piel del paciente *“respire”*.

Los productos de Hartmann indican que tienen acabado textil y alas transpirables, sin embargo, nada dicen sobre la transpirabilidad de la capa externa o el producto en su conjunto. Al igual que en el caso de AMD, no dispondría de un polietileno con la característica especial de, además de dotar de impermeabilidad al producto, permitir que el aire pase y la piel del paciente *“respire”*.

Indas, tras hacer una comparativa con sus productos, concluye indicando que la incorporación de una *“capa externa transpirable”* en los productos ofertados con la finalidad de cumplir las especificaciones técnicas del PPTP, y proporcionar a los productos una mayor protección de la piel de los pacientes, supone aumentar su

coste de producción, aumento de coste que AMD y Hartmann evitan, disfrutando de una ventaja indebida frente al resto de licitadores y, en particular, frente a la parte recurrente, por lo que valorar sus ofertas, que contravienen las especificaciones técnicas contenidas en el PPTP, supone incumplir los principios de transparencia e igualdad de trato a los licitadores y el artículo 139 de la LCSP.

5.2. Respecto de Essity –adjudicataria del Lote 1– alega que en lo relativo al producto Anatómico Día (sublote 9) ha ofertado, un producto significativamente más pequeño que el ofertado por el resto de los licitadores –y al que ha venido siendo suministrado por Indas a las residencias de la Comunidad de Madrid hasta la fecha–, advirtiendo que el PPTP en lo relativo al tamaño indicaba que debía ser de tamaño “*mediano*”, con unas dimensiones de cintura entre 70 y 110 cm.

Indas mantiene que el órgano de contratación al establecer que el producto “*Anatómico Día*” debía ser de tamaño “*mediano*”, lo que está requiriendo es que el producto tenga unas dimensiones adecuadas en línea con los estándares del mercado. Así plantea que si Essity tiene en su catálogo distintos productos “*Anatómico Día*”, con diferentes dimensiones, no cumpliría el PPTP si presenta un producto de inferior tamaño, cuando es notablemente pequeño. En este sentido relaciona las diferencias porcentuales de tamaño con el producto ofertado por Indas, ADM, y Hartmann en los Lotes 1-3, alegando que la diferencia de dimensiones se traduce necesariamente en una diferencia de rendimiento (absorción y retorno de humedad) muy relevante. De ello concluye que el producto anatómico de día de Essity no cumple con el tamaño “*mediano*” exigido en el PPTP, siendo además el ofertado el Anatómico Día más pequeño de la gama de anatómicos de Essity, por lo que razonablemente puede considerarse que el producto ofertado no es de tamaño mediano, tal y como exige el PPTP, sino de tamaño pequeño.

Asimismo, indica que ello ha permitido a Essity ofertar el producto a un precio notoriamente más bajo que si hubiera ofrecido un producto de talla “*mediana*”, aclarando que no es un producto más económico entre productos iguales o

similares, sino que es más pequeño y de peor rendimiento y, consecuentemente, es posible ofertarlo a un precio más bajo, pues se trata de un producto de una calidad inferior.

Esta situación, aprovechando cierta falta de definición en los pliegos, puede ocasionar enormes problemas a los 27 centros sociosanitarios incluidos en el territorio del Lote 1, siendo previsible que, debido al menor rendimiento, haya que aumentar el consumo de productos sobre la previsión inicial del órgano de contratación, perdiendo cualquier ventaja o beneficio derivado del menor coste teórico. Otra posibilidad, al no tener el rendimiento esperado es que los centros decidan utilizar “*Anatómico Noche*” de Essity, siendo éste un 32,7% superior (0,15 frente a 0,113). Si además consideramos que el “*Anatómico Día*” es el producto de mayor consumo, esto multiplicará de una forma muy considerable el gasto asociado a la incontinencia para el órgano de contratación, pasando de ser la oferta más económica, razón fundamental de la adjudicación a su favor, a la más cara.

Concluye indicando que existe una relación directamente proporcional entre el tamaño y el rendimiento del producto, por lo que resulta patente la inferior calidad del producto de Essity, por lo que no se ha adjudicado el Lote 1 a la oferta económicamente más ventajosa. A igualdad de condiciones, es decir de dimensiones y rendimiento, el producto de Essity no habría podido mantener un precio igualmente bajo, por lo que no presenta la mejor relación calidad-precio. El precio ofertado por la adjudicataria no resulta verdaderamente competitivo a la luz de sus especificaciones técnicas, al ser de dimensiones significativamente menores a las necesarias para dar cumplimiento al objeto del contrato (y, en todo caso, inferiores a lo que razonablemente podría considerarse un producto “*Anatómico Día*” “*mediano*”).

5.3. Por último, expone que el Informe de valoración recoge en el apartado 6 el criterio de cintura elástica indicando:

Presenta elástico en la parte postero-superior lateral (SI/NO)..... 2 puntos.

Si tiene presencia de elástico en la parte postero-superior lateral.....2 puntos. Si no tiene presencia de elástico en la parte postero-superior lateral..... 0 puntos.

Y en este sentido alega que en la información facilitada en el trámite de acceso al expediente ha comprobado que Indas ha obtenido cero puntos en el criterio relativo a los elásticos, cuando todos sus productos cuentan con dicha característica, tal y como se desprende de la información técnica que consta en el sobre 3.

Por ello, solicita que se proceda a su rectificación, y se le otorguen los dos puntos adicionales en cada uno de los lotes.

Sexto.- El SERMAS por su parte informa que el órgano de contratación goza de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios de adjudicación y para fijar su ponderación, debiendo, en todo caso, motivar su decisión, teniendo en cuenta el interés público en juego.

En lo que respecta a la motivación del acuerdo de adjudicación, concretamente respecto de los criterios en los que concurre juicio de valor, indica que forma parte del expediente administrativo el informe de valoración de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, señalando que el criterio era común para todos los sublotes que constituyen los lotes 1, 2 y 3 “*Visualización óptima del indicador de nivel de saturación*”, y la valoración fue efectuada mediante fotografías donde se visualizaba claramente el indicador del nivel de saturación (foto de absorbente - pañal sin usar y foto absorbente – pañal al nivel máximo de saturación), y posteriormente comprobado con las muestras presentadas en el sobre 3. En lo que se refiere al informe sobre los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas del acuerdo marco señala que se elaboró un informe con la ponderación desagregada en el que se recogió la puntuación final obtenida en cada uno de los lotes por cada una de las ofertas presentadas por las empresas

licitadoras, suficientemente motivado ya que se otorgan las distintas puntuaciones de manera automática por aplicación de fórmulas o cifras sin que se requiera valoración subjetiva o discrecional.

6.1. En cuanto a las alegaciones de la recurrente sobre las ofertas de AMD y Hartmann alega que los técnicos del órgano promotor entienden que los documentos técnicos e informativos de los productos aportados por los licitadores, deben tenerse en cuenta como pruebas fehacientes de sus características, verificando a través de la información recogida en la ficha técnica el cumplimiento de las características técnicas exigidas en el PPTP. La ficha técnica del producto, está firmada por el apoderado de la empresa, dándole carácter de veracidad, y por ello en la comprobación del cumplimiento del PPTP, se da por cumplido el requisito de *“Capa externa de material impermeable y transpirable”* exigido.

AMD señala en la ficha técnica *“Capa exterior. Formada por una lámina de material totalmente impermeable y transpirable, suave y discreto, recubierto por un velo textil (TBS) de manera que el tacto final es de algodón, suave y silencioso”*, dando los técnicos del SERMAS por cumplido el requisito *“Capa externa de material impermeable y transpirable”* exigido en el PPTP.

En cuanto a Hartmann en la subsanación de la información técnica aportada detalla *“Capa externa está compuesta de una laminable impermeable, que impide el traspaso de líquidos, y de tejido no-tejido hidrófobo y transpirable”*, por lo que igualmente el órgano promotor da por cumplido el requisito de *“Capa externa de material impermeable y transpirable”* exigido en el PPTP.

En este sentido concluye indicando que la afirmación de la recurrente de que AMD y Hartmann incumplen las especificaciones técnicas de transpirabilidad señaladas en la cláusula 6 del PPTP, carece de fundamento.

6.2. En cuanto al producto ofertado por Essity el órgano promotor considera que

según la documentación aportada cumple con todos los requisitos exigidos en el PPTP. Así en lo que respecta al tallaje, señala que como figura en la ficha técnica, se trata de un pañal anatómico ajustable de talla única y que se encuentra dentro del rango de absorción mayor o igual a 600 ml y menor de 900 ml, tal y como se exige en el pliego.

En cuanto a la valoración que hace Indas sobre la calidad del producto ofertado considerándolo de baja calidad, se reitera que el producto cumple con los criterios mínimos exigidos en el PPTP.

Concluye indicando que *“A la vista de lo anterior, y gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, y toda vez que los pliegos no han sido recurridos no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir su criterio por el criterio realizado de forma correcta por la Administración”*.

6.3. En lo que respecta al criterio de adjudicación relativo a la cinta elástica, una vez revisadas las fichas técnicas remitidas por Indas, comprueba que efectivamente en las mismas consta que los productos ofertados tienen cintura elástica por lo que se procede a modificar la puntuación obtenida quedando el cuadro de la puntuación de la siguiente manera:

TABLA RESUMEN LOTES 1, 2 y 3

LICITADOR	PUNTUACIÓN EVALUACIÓN CRITERIOS OBJETIVOS
AMD	24,521462
ESSITY	15,88004437
HARTMANN	20,88212593
INDAS	18,49446835
ONTEX	20,2935619

Séptimo.- En trámite de alegaciones la empresa AMD manifiesta que todos los

productos ofertados en los lotes 1, 2 y 3 cumplen los requisitos de transpirabilidad e impermeabilidad fijados en la cláusula 6 del PPTP, por lo que la adjudicación del Lote 3 es planamente conforme a Derecho. Asimismo, plantea que Indas basa su recurso en meras hipótesis que no tienen reflejo alguno en el contenido de la oferta técnica presentada, pues los absorbentes ofertados presentan una capa externa compuesta por una lámina de material impermeable (polietileno) que impide que la orina salga del producto, pero que también es transpirable, permitiendo que pase el vapor de agua y la piel “respire”. La transpirabilidad del polietileno utilizado en los productos se ha justificado con certificado del proveedor, aportado en el Sobre 3 como “6. Ficha Técnica de Material Transpirable” en el apartado de Certificados Adicionales unidos a las Fichas Técnicas. A mayor abundamiento señala, que la capa externa de los absorbentes ofertados cuenta, además, de la lámina de polietileno transpirable, con un material tejido no tejido, que es por su propia naturaleza transpirable y que además, al ser hidrófobo, repele la humedad protegiendo más y mejor la piel de la persona incontinente, destacando que los pliegos que rigen la licitación no exigen que el dato relativo a la transpirabilidad se refleje en el envase del absorbente, ni fijan valores concretos de transpirabilidad.

Por otra parte, señala que Indas, buena conocedora del sector de fabricación de absorbentes anatómicos al que se circunscribe el objeto de la presente licitación - sabe perfectamente las características técnicas de los productos suministrados por parte de sus competidores y también, lógicamente, por parte de AMD y sabe que el material “*tejido no tejido*” del que se componen los absorbentes presentes en el mercado, como los que suministra AMD, por su propia naturaleza son transpirables.

Asimismo, reseña que, la recurrente es la empresa que actualmente suministra a la Administración contratante algunos de los absorbentes que constituyen el objeto del contrato, y que es conocedora de que la impugnación de la adjudicación comporta la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, lo que conlleva que siga suministrando dichos productos a la Administración mientras no se resuelva el presente recurso.

Ello evidencia que el recurso se ha presentado con temeridad o mala fe, con el único objetivo de paralizar el procedimiento y la ejecución del contrato adjudicado en cuanto al Lote 3 a AMD, máxime teniendo en cuenta que Indas plantea el recurso con una fundamentación basada en meras hipótesis y juicios de valor claramente subjetivos, de manera totalmente infundada y huérfanas de prueba. A tenor de lo indicado, aprecia un claro abuso del derecho al recurso por la recurrente, con el único fin de dilatar el procedimiento de contratación.

Hartmann plantea en primer lugar la falta de acreditación de interés legítimo por parte de la recurrente y el hecho de que ello no puede sino determinar la inadmisión del recurso interpuesto por falta de legitimidad activa. En cuanto al fondo del recurso manifiesta que el 5 de febrero de 2021, en trámite de subsanación aportó el documento que adjunta en el que se detalla la composición de las capas de los absorbente ofertados, aportando también Test de Transpirabilidad de los materiales que corresponden a los laminados de los productos de incontinencia anatómicos y elásticos de MoliCare / Lindor / Lindor Care. Por lo tanto, se constata que la capa exterior muestra un determinado grado de transpirabilidad que comporta, indefectiblemente, el cumplimiento de las prescripciones técnicas que recoge el PPTP.

Essity alude en primer lugar a la consideración del contenido de los pliegos como lex contractus, así como la aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, indicando que la descripción de las características del sublote 9 en el PPTP era:

Lote Nº de Orden	Tipo Absorbente	Absorción	Talla	Cintura
1.9	Absorbente anatómico con malla de sujeción	≥ 600 < 900ml (DÍA)	Mediana	70-100 cm.

Y Essity ofertó, en el sublote 9 del lote 1, el producto TENA ProSkin Confort Normal, referencia 759000, totalmente transpirable, que presenta un nivel de absorción (método vertical) igual a 600ml, y la malla de sujeción es de talla mediana.

Demostrado el cumplimiento íntegro de los requisitos fijados en el PPTP, merece especial mención la reflexión de Indas en cuanto a la baja calidad del producto presentado y su correlación con el precio ofertado, exponiendo que Essity debió ofertar el mejor producto de su portfolio, a un precio más elevado, entendiendo que esta sería la única forma de garantizar la competición en condiciones de igualdad con el resto de licitadores, es decir, pretende sustituir la libertad de Essity de decidir legítimamente qué productos debe ofertar. En este sentido alega que no es susceptible de reproche el haber estudiado las condiciones de la licitación, buscando el equilibrio entre la calidad y el precio como criterios de adjudicación (formulados conforme a lo dispuesto en la LCSP), y haber ofertado un producto que permite alcanzar el equilibrio entre precio y calidad, siendo esa la mecánica del procedimiento de licitación, y como debe actuar un licitador normalmente informado y razonablemente diligente: ponderando las circunstancias y formulando una oferta que le permita hacerse con la adjudicación del contrato.

Octavo.- Este Tribunal comprueba a la vista de la documentación que obra en el expediente administrativo y de las alegaciones formuladas por todas las partes que no se aprecian incumplimientos de los requisitos exigidos en los pliegos que rigen la contratación del acuerdo marco de suministro en las ofertas presentadas por las adjudicatarias de los lotes 1, 2 y 3 por lo que procede desestimar los motivos alegados para la exclusión de AMD, Hartmann y Essity.

Igualmente se constata que procede estimar la alegación relativa a la errónea ponderación del criterio de adjudicación objetivo por aplicación de fórmula recogido en la cláusula 1.6.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) relativo a la cinta elástica, por lo que procede modificar la puntuación obtenida por Essity en el citado criterio sumando dos puntos en cada uno de los lotes. No obstante, la citada corrección carece de virtualidad a los efectos de la impugnación de las adjudicaciones de los lotes 1, 2 y 3, objeto de recurso puesto que no afecta ni altera la clasificación de las ofertas de las adjudicatarias.

Del análisis de la ponderación de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP, y del orden en que quedan clasificadas las ofertas por la puntuación total obtenida de la aplicación de los mismos en los tres lotes impugnados, lo primero que salta a la vista es que la recurrente es la última clasificada en todos los lotes, incluso respecto a la valoración técnica al ser la que obtiene también peor valoración a excepción de Essity. Por ello sorprende la impugnación del contrato dada la casi imposibilidad de resultar adjudicataria de ninguno de los tres lotes recurridos, si bien este Tribunal ha tenido que considerar legitimada a la recurrente, como consta en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, por tener que entrar en el fondo del asunto para poder descartar su falta de legitimación, ante la forma en que están configurados los tres lotes en el acuerdo marco, y ser objeto de impugnación el cumplimiento del PPTP por parte de tres de los cinco licitadores presentados (incluida la recurrente). Por ello no procede acoger la inadmisión solicitada por Hartmann, ante la formal aunque remota posibilidad de que Indas pudiese llegar a resultar adjudicatario de alguno de los lotes impugnados.

En el inicial escrito de recurso Indas planteaba falta de motivación en el acuerdo de adjudicación, por considerar que en la valoración de la documentación técnica la mesa se limitó a expresar la valoración final de cada uno de los apartados, lo que no permitía conocer el porqué de la ponderación otorgada a las ofertas presentadas, resultando por ello insuficiente para servir de motivación in aliunde de la decisión adoptada, alegación que no parece mantenga en la ampliación del recurso al haber podido acceder al informe de valoración desagregado y no hacer alusión a la motivación del acuerdo, no obstante queda justificada por parte del SERMAS en el informe al recurso.

Las características técnicas recogidas en el PPTP constituyen prescripciones de carácter obligatorio conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y 125.1 de la LCSP, por ser las reglas de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definir sus calidades. Concretamente en los contratos de suministro

fijan los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al fijar el contenido de la relación contractual, correspondiendo al órgano de contratación su determinación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, y sin que se haya constatado incumplimiento de lo dispuesto en el PPTP en las ofertas presentadas a la licitación de los lotes 1, 2 y 3 del acuerdo marco.

Asimismo, hemos de convenir con el órgano de adjudicación, y los interesados en el procedimiento que han formulado alegaciones al recurso, que la determinación del cumplimiento de las características técnicas de los productos ofertados es una cuestión de carácter eminentemente técnico, en la que debe primar el principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación y presunción de acierto en sus informes, dada la cualificación e independencia que se le supone salvo prueba en contrario, sin que este Tribunal por su formación jurídica cuente con conocimientos especializados en la materia que puedan oponerse a lo informado por la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del SERMAS, puesto que no se aprecia evidente error en la valoración técnica del cumplimiento del PPTP por las empresas admitidas a la licitación.

Las alegaciones de la recurrente no acreditan la existencia de error o arbitrariedad en la apreciación del cumplimiento del PPTP por parte del órgano promotor, centrada en hacer una comparativa de sus productos con los del resto de licitadores, claramente parcial, sugiriendo unas prescripciones mínimas y una valoración alternativa a la realizada por el órgano de contratación improcedente, promocionando la calidad de sus productos.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto por Indas.

Noveno.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que *“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 la multa 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”*.

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, la Audiencia Nacional en Sentencia de 4 de marzo de 2015, recurso 265/2014 señalaba en relación al artículo 47.5 del TRLCSP, *“que en relación con el origen de esta norma cabe citar el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de*

abril de 2010 en el que se 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’.

Pues bien, interpretando el precepto y analizando un supuesto prácticamente idéntico al de autos, la SAN (3ª) de 6 de febrero de 2014 (Rec. 456/2012) razona que *“es de apreciar el abuso de derecho tenido en cuenta en la resolución recurrida, por cuanto las alegaciones formuladas por la recurrente en su nuevo recurso especial ante el TACRC reproducían los mismos argumentos que ya habían sido desestimados de modo que su nuevo recurso administrativo sólo podrá tener como finalidad la suspensión del procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo tanto para los adjudicatarios como para la entidad contratante y el interés público por llevar aparejada una suspensión automática’. En la misma línea nos hemos pronunciado en la SAN (4ª) de 14 de julio de 2013 (Rec. 3595/2012) y 14 de mayo de 2014 (Rec. 278/2013) donde hemos dicho que ‘la finalidad de esta facultad de imponer una multa 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 que sea resuelto. Se trata en suma de garantizar lo que podríamos denominar ‘seriedad’ en el recurso”.*

Este Tribunal considera que el recurso se ha interpuesto con temeridad por la recurrente ante la improcedencia de su interposición, dada la deficiente fundamentación, y su clasificación en el orden de adjudicación, así como su escasa ponderación en los criterios de adjudicación, por lo que procede la imposición de multa, solicitada además tanto por el órgano de contratación como por una de las

adjudicatarias. Asimismo resulta dudosa la buena fe de Indas en la interposición del recurso mostrada tanto en las argumentaciones empleadas para el acceso a la documentación confidencial del resto de licitadores, también declarada confidencial por la recurrente, como en los incumplimientos del PPTP alegados propios de alguien no experto en el sector, siendo claro además el interés económico en la demora de la entrada en vigor de unos contratos en los que no ha resultado adjudicataria de unos productos que suministra actualmente.

Respecto a la cuantía se considera que debe imponerse en la cantidad de 10.000 euros, puesto que además de ser un recurso temerario, de dudosa buena fe por parte de Indas, la demora de la contratación del suministro va a suponer sensibles perjuicios económicos para el órgano de contratación, por tratarse además de una licitación para la racionalización de la contratación del suministro de productos muy utilizados en numerosos centros del SERMAS, impidiéndole obtener los importantes ahorros en absorbentes conseguidos con la adjudicación. Asimismo, se ha de destacar el beneficio obtenido por la recurrente con la demora del procedimiento al ser la actual adjudicataria de algunos de los productos. Además, se ha tomado en consideración la elevada cuantía de los tres contratos objeto de impugnación de cara a ponderar los perjuicios que el retraso en el inicio de la ejecución supone para el órgano de contratación, que no obstante no ha cuantificado, y el correlativo beneficio de la recurrente.

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 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 de la empresa Laboratorio Indas, S. A., contra la adjudicación de los Lotes 1, 2 y 3 del contrato de acuerdo marco de “Suministro de 24 lotes de absorbentes, empapadores y compresas”, para Centros del Servicio Madrileño de Salud, número de expediente AM PA SUM 24/2019, mediante Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, de fecha 14 de julio de 2021.

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 diez mil euros (10.000 €).

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 del acuerdo marco de suministro prevista en el artículo 53 de la LCSP, y mantenida por Acuerdo de este Tribunal de 12 de agosto de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 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.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2021 09 30 10:37