

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía todas las firmas auténticas y se han ocultado los datos personales protegidos y los códigos que permitirían acceder al original.

Recursos nº 366-367 y 382/2023

Resolución nº 393/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 8 de noviembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Baxter S.L., contra la adjudicación y formalización del contrato de “suministro de hemostático de gel y sellado”, número de expediente P2023-08, para el Hospital Universitario La Paz, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el día 2 de mayo de 2023 y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 4 de mayo de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 2.396.130 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Tras el normal desarrollo del procedimiento de licitación, el Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, adjudicó con fecha 18 de agosto el contrato que nos ocupa en sus dos lotes.

Dicha adjudicación fue notificada a los adjudicatarios en fecha 21 de agosto de 2023, publicándose en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid el 6 de septiembre de 2023.

Con fecha 30 de agosto se procede a formalizar el contrato, actuación que es publicitada en el perfil de contratante con fecha 6 de septiembre de 2023.

Con fecha 6 de octubre de 2023 son notificados los licitadores no adjudicatarios de la adjudicación del contrato.

Tercero.- El 6 de octubre de 2023 tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por la representación de Baxter, S.L. en el que solicita la anulación del contrato, uno en referencia al lote 1 y el segundo en referencia al lote 2, y con fecha 24 de octubre de 2023 se interpuso el tercer recurso, en este caso impugnando la adjudicación de ambos lotes por incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados por las ofertas de las empresas que han resultado adjudicatarias.

El 23 de octubre de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y los informes 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), en cuanto a los dos primeros recursos interpuesto y el día 31 de octubre en cuanto al tercero.

Cuarto.- La recurrente solicitó en sus dos primeros recursos la adopción de medidas cautelares, habiendo suspendido de oficio el órgano de contratación la ejecución del contrato.

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. Ambas adjudicatarias han presentado escritos de cuyo contenido daremos 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.- Los recursos ha sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos 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 artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo, el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de

organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de los mismos.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues los acuerdos impugnados fueron adoptados el 18 de agosto de 2023, practicada la notificación el 2 de octubre de 2023, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 6 y 24 de octubre de 2023, los tres recursos dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interpusieron contra la formalización del contrato y la adjudicación, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. Los actos son recurribles, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Sexto.- En cuanto al fondo de los recursos, dos son las cuestiones planteadas, en primer lugar, la nulidad de actuaciones en cuanto a la formalización del contrato y, en segundo lugar, el incumplimiento de las condiciones técnicas requeridas por la oferta de la adjudicataria.

Baxter, S.L. solicita la nulidad del contrato formalizado con SH Medical Salud y Servicios Ibérica S.L. y con Epicardio S.L. en base a lo establecido en el artículo 39.2 de la LCSP tanto en sus apartados d) como e).

Considera que la falta de notificación a los licitadores no adjudicatarios conlleva una restricción de derechos de éstos, manifiesta que así lo entiende la legislación y la jurisprudencia.

El órgano de contratación en su escrito al recurso considera que efectivamente no se ha notificado correctamente a los licitadores no adjudicatarios el acuerdo de adjudicación, pero esa falta de formalidad en ningún caso supone la nulidad del acto, invocando para aseverar su posición jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Admite que los actos no despliegan sus efectos hasta la correcta notificación por lo que a su entender el plazo para la interposición del recurso se inicia el 2 de octubre y no el 21 de agosto.

Admite también la precipitación en la formalización del contrato, pero resta importancia al hecho suspendiendo la ejecución del mismo de oficio.

Muestra su disconformidad con que en el presente caso se den las condiciones establecidas en el artículo 39.2 apartado d).

Este Tribunal debe comenzar por el análisis de la primera de las cuestiones planteadas, nulidad de pleno derecho de la formalización de la adjudicación, en base a lo dispuesto en el artículo 156.3 de la LCSP, debemos señalar que el citado precepto establece que la formalización del contrato no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.

Efectivamente, el órgano de contratación suscribe los contratos con fecha 30 de agosto de 2023, en la que aún no habían transcurrido los quince días hábiles señalados, toda vez que la adjudicación se produjo el día 28 de agosto.

El artículo 39 de la LCSP, establece en sus apartados d) y e) como causa de nulidad de los contratos:

“(...) 2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto. (...)”.

Por otro lado, el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal, en su artículo 22.3 establece:

“3. En los términos previstos en el artículo 39.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el órgano competente podrá inadmitir la cuestión de nulidad cuando previamente se haya interpuesto recurso contra alguno de los actos recurribles de conformidad con el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aún en el caso de que el órgano de contratación o la entidad contratante hubieran formalizado el contrato con incumplimiento del plazo de

espera previsto en el artículo 156.3 o de la suspensión automática o de la acordada por el órgano competente para resolver el recurso.

En tales casos, la estimación del recurso comportará la nulidad del contrato formalizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1 del texto refundido mencionado, con los efectos que en el mismo precepto se prevén.”.

En resoluciones del TACRC, entre otras en la 1158/2018, de 17 de diciembre señaló que: *“este supuesto especial de nulidad requiere el cumplimiento de estos tres requisitos:*

- Que no se haya respetado el plazo del Art 156.3*
- Que por esta causa el licitador se haya visto privado de su derecho a recurrir*
- Que hubiera concurrido alguna infracción del procedimiento que le hubiera impedido obtener la adjudicación*

En el mismo sentido el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 2/2015, de 8 de enero señala “Advierte este Tribunal, tanto del expediente remitido como del informe que se acompañaba al mismo, que se ha formalizado el contrato, sin respetar el plazo que establece el artículo 156.3 TRLCSP. De manera que nos encontramos, de hecho, ante una posible situación de nulidad del contrato, ya en fase de ejecución. Y es que, si la interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación de un contrato comporta la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación, y por lo tanto de la eficacia de dicha adjudicación —pues en otro caso carecería de razón de ser y de utilidad el recurso— ; se deriva inequívocamente que durante la tramitación del recurso especial el acto de adjudicación no tendrá eficacia jurídica y no podrá procederse a la formalización del contrato. Esta interpretación, llevó a este Tribunal en su Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, a sancionar la nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad de la adjudicación. Debe advertirse que el artículo 37 TRLCSP establece dos supuestos distintos en relación al incumplimiento del deber de no formalización, atendiendo al dato de que se hubiera interpuesto o no recurso especial. Así, de no existir recurso especial al momento de la formalización, obviamente no se impide el control de la

adjudicación, si bien este incumplimiento no implica de forma automática la existencia de cuestión de nulidad, pues para ello el artículo 37 TRLCSP exige que concurren los dos siguientes requisitos: 1º) Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes TRLCSP y, 2º) Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta. Por ello, como se acaba de argumentar en el fundamento jurídico segundo, al no existir infracción procedimental, no procede declarar la existencia de nulidad por indebida formalización sin respeto del plazo de suspensión. Al no existir vicio del procedimiento de adjudicación debe declararse la validez del contrato ya formalizado. Cuestión distinta sería de darse el supuesto de formalización indebida cuando ya se ha interpuesto el recurso especial sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación, en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido. En este caso, para garantizar el efecto útil del recurso especial y evitar actuaciones en fraude a su operatividad, la declaración de nulidad del contrato indebidamente formalizado deviene ineludible; aunque el TRLCSP prevé que tal nulidad puede conllevar únicamente la imposición de sanciones alternativas, sin que estas infracciones graves del Derecho de la Unión Europea tengan necesariamente que afectar al contrato perfeccionado.”.

Por lo expuesto, a la vista de que la recurrente no ha visto conculcado su derecho a presentar recurso contra la adjudicación y que el procedimiento está suspendido, no se dan las condiciones establecidas en el artículo 39.2 de la LCSP para declarar la nulidad del pleno derecho de los contratos formalizados.

En cuanto al segundo de los motivos de los recursos y antes de entrar en su fondo, es necesario manifestar que la notificación del acuerdo de adjudicación es la que marca el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, que tendrá como parte actora a los licitadores no adjudicatarios,

obviamente, por lo que demorar dicha notificación al 2 de octubre, conlleva que el plazo de interposición se iniciara al día siguiente del recibo de la notificación, pues en este caso no se cumple el principio de simultaneidad recogido en la disposición adicional 15 de la LCSP.

Por lo cual podemos entrar a conocer el fondo de la impugnación de la adjudicación a la oferta presentada por SH Medical.

Considera Baxter, S.L. que el producto ofertado por la adjudicataria incumple los requisitos técnicos establecidos en el PPTP, concretamente en el requerimiento de que el hemostático sea un gel de bovino enriquecido con trombina tópica, con más de 400 U.I. de trombina por ml.

Basando dicha aseveración en que el producto ofertado denominado “collastar” contiene colágeno de origen porcino y trombina de origen bovino, aparte de hecho manifiesta que en la ficha técnica del producto no se hace alusión alguna a la cantidad de U.I. de trombina.

El órgano de contratación a estos efectos considera que: *“Este órgano de contratación considera se cumplen todas premisas relacionadas en los pliegos y en concreto, en relación al producto “CollaStat” ofertado por la adjudicataria SH MEDICAL, tal y como se indica en la ficha técnica aportada, el agente hemostático CollaStat está formulado por colágeno, manitol y trombina de uso tópico y de origen bovino, formando un gel cuyo principal contenido es la trombina bovina, por lo que la afirmación de la mercantil recurrente “no es bovino” es incorrecta como se puede corroborar en la ficha técnica del producto*

En relación al apartado “Precaución”, de la ficha técnica del producto ofertado por SH MEDICAL, al que hace referencia el recurrente, señalar que no figura tal apartado en el mismo, demás, manifestar que CollaStat es un agente hemostático que dispone de dos jeringas precargadas que en el momento de la preparación

forman un gel hemostático cuyo principal componente es la trombina tópica de origen bovino.

En relación con el número de U.I. por ml, el órgano de contratación manifiesta, que esta información aparece detallada en la primera página de la citada ficha junto a la información general del producto y en la segunda página en el apartado “Composición”.

El adjudicatario por su parte, en su escrito de alegaciones, manifiesta que el documento aportado por la recurrente es la IFU (instrucciones de uso) tratándose este de un documento no aportado junto a la oferta puesto que su contenido es inexacto, no estando contrastado y del que se desconoce su origen. Considera que el único documento válido para la comprobación del extremo que nos ocupa es la ficha técnica aportada en la propuesta.

Este Tribunal ha comprobado la ficha técnica del producto ofertado por la adjudicataria y que consta en el expediente, constatando que el gel es de origen bovino tal y como se solicita en el PPTP y el número de U.I. por ml aparece claramente recogido, cifrándolo en 2.500 I.U.

En cuanto al fondo de la impugnación de la adjudicación a la oferta presentada por Epycardio S.L., considera Baxter, S.L. que el producto ofertado por la adjudicataria incumple los requisitos técnicos establecidos en el PPTP, concretamente: *“Sellante quirúrgico absorbible en hidrogel para zonas de sutura en cirugía torácica y cardiovascular y prevención de adherencias postquirúrgicas”,* añadiendo que: *“El producto ofertado por EPYCARDIO, denominado “Purabond”, (i)tiene únicamente la indicación “hemostático” pero no de sellante y (ii) no es para uso torácico ni es antiadherente como exige expresamente el Pliego (“sellante quirúrgico”, “para zonas de sutura en cirugía torácica y cardiovascular y prevención de adherencias postquirúrgicas”).*

El órgano de contratación se opone a dicha aseveración manifestando que:
“En la información que consta en la ficha técnica del producto “Purabond”, figuran detalladamente todas las indicaciones, especialidades y cirugías donde se puede utilizar, siendo de uso normalizado en hospitales desde hace muchos años y conteniendo estudios contrastados y resultados demostrados como hemostáticos y sellante en diversas especialidades médicas, Cirugía Cardíaca, Cirugía Torácica, Cirugía General, Cirugía Ginecológica, Cirugía Vascular, etc.

(...) Destacar que una de las principales características de “Purabond”, es que actúa de forma independiente de la cascada de coagulación, formando una barrera mecánica frente al flujo sanguíneo, independientemente del estado de coagulación del paciente, siendo el mismo mecanismo de acción, además señalar que se trata de un material traslúcido y que se adapta a la anatomía”.

El adjudicatario, por su parte, en su escrito de alegaciones manifiesta que:
“No obstante lo anterior, y a los solos efectos de probar la improcedencia de lo alegado por la recurrente respecto del incumplimiento por parte de nuestra proposición u oferta, baste decir en este trámite que BAXTER pretende demostrar un supuesto incumplimiento del producto con una simple fotografía, sin mayor prueba que su propia argumentación.

Es decir, BAXTER, no solo pretende que se lleve a cabo una actuación que no compete en este acto, sino que también pretende que excluyan a mi representada por una consideración subjetiva, lo que carece de toda lógica, fundamentación y no se ajusta a Derecho; ya que, nuestro producto cumple con los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Este Tribunal ha comprobado la ficha técnica del producto ofertado por la adjudicataria y que consta en el expediente, constatando que el producto tiene una función sellante especialmente en cirugías

Es doctrina de este Tribunal reconocer que, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su

contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de 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 determinar el contenido de la relación contractual. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

En el caso que nos ocupa, tanto el producto ofertado por Sh Medical para el lote 1 como el ofrecido por Epycardio para el lote 2 cumplen estrictamente con los requisitos técnicos establecidos en el PPTP, por lo que no procede anular las adjudicaciones de estos contratos.

El órgano de contratación debería haber esperado el plazo máximo establecido en el artículo 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a fin de que todos los interesados hayan sido notificados correctamente y a partir de ese momento

respetara el plazo de quince días hábiles a fin de que cualquier interesado pueda interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 153.3 de la LCSP, actuación que es la correcta y no la efectuada, independientemente del sentido de esta concreta Resolución, haciendo un llamamiento especial al Hospital Universitario La Paz a fin de que en la tramitación de sus contrataciones respete los plazos establecidos legalmente.

Transcurrido sobradamente ya el plazo de quince días hábiles desde el envío de la notificación de las adjudicaciones y no habiéndose registrado ni conocido la entrada de ningún otro recurso especial en materia de contratación, en ejecución de esta Resolución se consideran válida las adjudicaciones efectuadas y su formalización.

Este Tribunal no se manifiesta en relación a la suspensión solicitada por el recurrente, en base a que esta ha sido adoptada de oficio por el órgano de contratación.

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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Baxter S.L., contra adjudicación y la formalización de los contratos de “suministro de hemostático de gel y sellado” para el Hospital Universitario La Paz, número de expediente P2023-08.

Segundo.- Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Baxter S.L., contra la adjudicación el contrato de “suministro de hemostático de gel y sellado”, número de expediente P2023-08, para el Hospital Universitario La Paz y su posterior formalización.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2023.11.13 07:09