



Recurso nº 727/2018

Resolución nº 789/2018

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. V. en representación de INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLINSAFA S.L contra el acuerdo de adjudicación en la licitación por ASEPEYO del *“Servicio de oftalmología según las necesidades del Hospital Asepeyo Sant Cugat, Barcelona y área metropolitana de Barcelona, en régimen hospitalario y ambulatorio”* Expediente SPO 32/2016, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. ASEPEYO MCSS Nº 151 convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado el 2 de noviembre de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector Público el *“Servicio de oftalmología según las necesidades del Hospital Asepeyo Sant Cugat, Barcelona y área metropolitana de Barcelona, en régimen hospitalario y ambulatorio”* MCSS nº 151” Expediente SPO 32/2016 con un valor estimado de 1.530.000 EUR.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Disconforme con el acuerdo de adjudicación de 29 de junio de 2018 el recurrente interpuso el 19 de julio de 2018 ante este Tribunal recurso especial. Los motivos que lo fundaban eran la discrepancia con la valoración efectuada de los subcriterios de la letra H del cuadro y cláusula 12 del PPT en particular los subcriterios

a.3, a.4, a.5 y a. 9 que aluden respectivamente a intervenciones quirúrgicas, pruebas complementarias, procedimientos más frecuentes y de nuevo intervenciones quirúrgicas. Entiende la recurrente que al no haber especificado que el reparto sería proporcional dentro de cada subcriterio y no atendiendo al importe económico de cada uno de ellos se habrían empleado criterios no previstos en el pliego que determinarían la nulidad de la cláusula del pliego.

En segundo término, considera que la experiencia y calificación profesional se han exigido como criterio de solvencia y como criterio de adjudicación sin un valor añadido en este segundo supuesto.

Cuarto. El Órgano de Contratación emitió informe en el que afirmaba que se cumplían los requisitos necesarios del pliego en los criterios de adjudicación, y que la solvencia técnica y los criterios de adjudicación estaban correctamente articulados sin que pudiese cuestionarse en este momento la legalidad de las cláusulas del pliego no impugnado en su momento.

Quinto. La Secretaria del Tribunal tras haber recibido el expediente de contratación y del recurso dio traslado a los demás licitadores. No se presentaron alegaciones.

Sexto. Al haberse recurrido el acuerdo de adjudicación queda en suspenso la tramitación del expediente de contratación de modo automático de acuerdo con lo previsto en los artículos 45 del TRLCSP. El Tribunal en resolución de 30 de julio de 2018 acordó mantener la medida cautelar adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LCSP.

Segundo. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50 de la LCSP.

Tercero. En relación a la legitimación, según el artículo 48 de la Ley 9/2017, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda 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 de recurso”.

El recurrente resultó el segundo mejor clasificado por lo que de estimarse el recurso resultaría adjudicatario del contrato.

Por lo expuesto procede reconocer la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso.

Cuarto. De acuerdo con el artículo 44.2.c) los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores son susceptibles de recurso especial.

El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios, cuyo CPV es 85121281 - Servicios oftalmológicos. Es incardinable, por tanto, en los contratos comprendidos en el ANEXO XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 que describe como contratos de “servicios sociales y de salud y servicios anexos”, los comprendidos, entre otros, entre los CPV de 85000000-9 a 85323000-9.

El valor estimado del contrato es, según el anuncio publicado en el perfil del contratante, de 1.530.000 EUR.

En atención a su objeto, el contrato está incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP “servicios sociales y de salud”, y en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE.

Nos encontramos ante un contrato de servicios para servicios sociales y de salud que es susceptible de recurso especial en materia de contratación con arreglo a la Directiva 2014/24/UE, cuyo plazo de transposición expiró el 18 de abril de 2016.

A lo anterior debe añadirse la circunstancia de que el acto ha sido dictado en un procedimiento que se rige por el TRLCSP, pero cuyo acto de adjudicación fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP y debe analizarse si en aplicación de la Disposición Transitoria 1ª en su apartado cuarto determina que el recurso deba ser admitido.

Para la adecuada interpretación de esta Disposición Transitoria 1ª cuarta recurriremos a la resolución 437/2018 de este Tribunal en la que hemos fijado el siguiente criterio: “Este

Tribunal considera que el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que cabe interponer recurso especial en vez de otros recursos administrativos en el caso de expedientes que se rijan por el TRLCSP al haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 9/2017, es, con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera.1, el determinado en el artículo 40.1 del TRLCSP en el caso de que el acto recurrido se haya dictado con posterioridad a su vigencia. Lo que implica que, si bien los actos recurribles son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, cuyo elenco es mayor que el del TRLCSP, los contratos respecto de los que se dicten han de ser en ese periodo transitorio, los contratos que menciona el artículo 40.1 del TRLCSP, y, además, significa que la nueva Ley ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial solo respecto de los actos en sí mismos considerados dictados en expedientes iniciados con posterioridad a su vigencia. Por tanto, los actos mencionados en el artículo 44.2 de la nueva Ley que antes de su vigencia no eran recurribles, sí lo serán no solo cuando se dicten en expedientes iniciados con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, sino también cuando hayan sido dictados en expedientes iniciados antes, pero dictados con posterioridad a dicha vigencia.

En conclusión, si una cosa es el ámbito sustantivo del recurso, y otra los actos susceptibles de recurso, frente a los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso respecto de contratos que se rigen y determinan por la normativa anterior, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 44.2 de la nueva Ley dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.”

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que examinamos resulta que rige en esta contratación ex Disposición Transitoria Primera, 1 y 4, de la Ley 9/2017, el TRLCSP, el artículo 40 de la TRLCSP, en cuanto determina los contratos respecto de los que son recurribles los actos que enumera en su apartado 2, actos que pasan a ser los del artículo 44.2, de la ley 9/2017, aplicable con arreglo a lo dispuesto en la Transitoria citada, apartado 4.

En consecuencia, en nuestro caso, el acto recurrido es susceptible de recurso especial al referirse a un contrato de servicios sujetos regulación armonizada que supera el umbral de 750.000 euros arriba expuesto.

Por ello, procede admitir el recuso especial interpuesto.

Quinto. Entrando ya en el fondo del asunto analizaremos en primer lugar el motivo alegado de la falta de especificación en el pliego de la valoración proporcional de los subcriterios de los criterios de adjudicación a.3, 4, 5 y 9 que alega el recurrente.

Ya desde nuestra Resolución 49/2017, la regla general es el carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que *"los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación"* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP: *"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna"*. Decíamos allí que, además de examinar la concurrencia de circunstancias objetivas cuales son los vicios de nulidad de pleno derecho alegados, "en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, - por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe." Nos apoyábamos en la Sentencia del TS de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar *"a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación"*; y la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), que deja a salvo el derecho a la impugnación extemporánea de los pliegos del "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" que "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Por lo que concluíamos: *"Por tanto, consideramos que, frente*

al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general”.

La parte recurrente alega omisión en la redacción de los pliegos que es la que le llevó a efectuar una oferta desconociéndolos y que de haberlos conocido con antelación podría haber formulado otra oferta distinta. Pero lo cierto es que no impugnó la redacción de las cláusulas del PCAP cuando este fue publicado, dentro del plazo que el TRLCSP confiere para ello, por lo que no cabe ahora pretender, cuando el resultado de la valoración le es desfavorable, revisar las cláusulas que regulan los criterios de adjudicación salvo que se haya incurrido en nulidad de pleno derecho y que además alegue quebranto en las exigencias de la buena fe. En la medida en que el interesado alega que efectivamente concurre causa de nulidad de pleno derecho y que exige la anulación de los pliegos y la licitación sin que considere que de estimarse el recurso fuese suficiente la retroacción de las actuaciones examinaremos su contenido.

El PCAP regula los criterios valorables mediante fórmulas automáticas en la letra H del siguiente modo:

“a. Oferta económica. Máximo 50 puntos

Se valorará con un máximo de 50 puntos a la oferta más baja de todas las presentadas, y las demás en forma proporcional, aplicando la siguiente fórmula:

P= Total Puntos Apartado x OFERTA MÍNIMA PRESENTADA

OFERTA PRESENTADA

Actuaciones a realizar en las instalaciones de la empresa adjudicataria:

a.1. Urgencia o primera atención médica máx. 7 ptos

a.2. Visitas sucesivas máx. 7 ptos

a.3. Intervenciones quirúrgicas máx. 15 ptos

a.4. Pruebas complementarias máx. 5 ptos

a.5. Procedimientos más frecuentes máx. 5 ptos

a.6. Estancias máx. 2 ptos

Actuaciones a realizar en las instalaciones del Hospital Asepeyo de Sant Cugat:

a.7. Visitas iniciales no urgentes y sucesivas a pacientes ingresados

máx. 2 ptos

a.8. Visitas urgentes y visitas en fines de semana y festivos máx. 2 ptos

a.9. Intervenciones quirúrgicas máx. 5 ptos”

Pues bien, aplicando esta doctrina a nuestro caso, y observando, como resulta de los antecedentes, que el criterio valorativo que nos ocupa no daba lugar a duda alguna en su redacción en cuanto a los efectos de su aplicación, tratándose de una fórmula matemática cuyos componentes estaban claramente definidos, no se observa razón alguna por la cual el recurrente, actuando con diligencia, no pudo recurrir en su momento los pliegos si consideraba que los mismos deberían establecer una diferencia entre los subcriterios que tomase en consideración la importancia económica de cada actuación. De hecho, el propio órgano de contratación expone el reparto proporcional de la puntuación sin tomar en consideración el criterio económico en este aspecto que no estaba expresado en el pliego.

Por tanto, en aras de la buena fe y la seguridad jurídica, debe mantenerse la inatacabilidad de los pliegos, por lo que no pueden prosperar estas alegaciones, que implicarían su modificación.

Sexto. En segundo lugar, cuestiona el recurrente la duplicidad de exigencia de la experiencia en los criterios de solvencia y en los criterios de adjudicación sin que se añada ningún valor en este segundo supuesto que lo haga diferir de los requisitos de solvencia.

Antes de entrar en las cuestiones planteadas hemos de hacer referencia a lo que, en relación con la experiencia, ya como requisito de solvencia, ya como criterio de adjudicación, hemos dicho en nuestras resoluciones que se resume en la reciente Resolución nº 361/2017, de 21 de abril. Allí señalamos. “*El recurso se dirige tanto contra*

los requisitos de solvencia como a los criterios de valoración, y por ello nos referiremos a nuestra doctrina sobre el particular. Recordando nuestra doctrina (por todas resoluciones 187/2012, de 6 de septiembre, 220/2012, de 3 de octubre, y 290/2012, de 14 de diciembre) es necesario distinguir, dos fases del procedimiento de licitación, por un lado la de valoración de la solvencia de los licitadores y por otro la de valoración de sus ofertas. A estos efectos conviene traer a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se expone que, «el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes». En cuanto a los elementos o circunstancias que han de ser tenidos en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado informe 45/2002 concluye que, «la valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta.....

No obstante, sobre esta posición inicial vino a incidir la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, Ambisig. Conforme a dicha sentencia, siendo la regla general la imposibilidad de utilización como criterio de valoración de la experiencia, el Tribunal afirma que para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, la Directiva 2004/18/CE no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio de adjudicación que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros. Así, señala: "(31) La

calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación. (32) Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría. (33) Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/118. (34) Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate» Esta doctrina jurisprudencial se recoge así mismo tanto en el artículo 67.2.b) de la DN, que permite establecer como criterio de valoración «la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato», como en el artículo 145.3.b) del proyecto de la ley de Contratos de Sector Público actualmente en tramitación parlamentaria.” Para completar el razonamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 2015, hemos de acudir a las conclusiones del Abogado General, señor Melchior Wathelet, presentadas en dicho asunto C-601/13.”

Así para que sea posible utilizar las calificaciones técnicas y profesionales de los miembros del equipo encargado de la ejecución del contrato, en particular su experiencia, como criterio de adjudicación, es necesario que concurran dos requisitos:

Que la propia naturaleza del contrato lo justifique, en particular por tratarse de una prestación de servicios de carácter intelectual intrínsecamente relacionada con el objeto del contrato.

Que el equipo que tenga encomendado su cumplimiento sea determinante para el valor económico que el poder adjudicador atribuya a cada oferta.

La cláusula 9.3 E se refiere a la solvencia técnica:

“E) La solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse por los medios siguientes:

Respecto del personal responsable de la ejecución del contrato, como mínimo, se requerirá que la empresa disponga de seis especialistas en oftalmología, y ello al menos dos con experiencia mínima de tres años en intervenciones quirúrgicas oftalmológicas

Se acreditará:

- mediante las titulaciones académicas y profesionales*
- mediante certificados de ejecución*
- Años de experiencia profesional valorable de los médicos oftalmólogos de las empresas licitadoras*

Se acreditará mediante certificados de ejecución”

Y por su parte el PCAP en la letra H.f alude del siguiente modo a los criterios de adjudicación:

“f. Acreditación de experiencia y calificación profesional: Máximo 10 puntos.

Se asignarán puntos en función de la experiencia acreditada (mediante certificados de ejecución) de los profesionales que dispone la empresa licitadora, en las técnicas y actuaciones solicitadas en el presente pliego de condiciones.

Para la valoración de una oferta con diferentes profesionales, se calculará la media de los años de experiencia de los profesionales ofertados, ponderada por las horas de dedicación presencial semanales, según la siguiente fórmula:

Valor experiencia = (años experiencia prof. A x horas semanales prof. A + años experiencia prof. B x horas semanales

prof. B +) / (horas semanales prof. A + horas semanales prof. B +)

La asignación de puntos será la siguiente en función del valor obtenido (se tomará como referencia valores enteros):

_ De 0 a 4: 0 puntos

_ De 5 a 8: 4 puntos

_ De 8 a 10: 7 puntos

_ Más de 10: 10 puntos”

Por lo tanto, para la solvencia se requieren seis especialistas en oftalmología, y ello al menos dos con experiencia mínima de tres años en intervenciones quirúrgicas oftalmológicas y para los criterios de adjudicación la experiencia debe referirse a los profesionales ofertados en las concretas operaciones quirúrgicas que se van a ejecutar en este contrato.

Si bien hay que decir que la redacción no es muy afortunada y puede resultar algo imprecisa se trata como ya expusimos anteriormente de examinar si concurre causa de nulidad de pleno derecho y si se alega quebranto en las exigencias de la buena fe.

En fin, si la experiencia del equipo ofertado se utiliza como criterio de adjudicación, por concurrir en el contrato los requisitos de la sentencia Ambisig, lo que no es posible es que simultáneamente en el pliego la misma experiencia del equipo técnico se configure como requisito de solvencia, dado el distinto carácter de una y otra evaluación, dirigida en la solvencia a apreciar la capacidad o aptitud –económica, técnica y profesional– abstracta de los licitadores –no de los quipos que ofertan– para garantizar una buena ejecución del contrato, y en la adjudicación a la valoración de la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador y así lo señalamos en nuestra Resolución nº 361/2017.

En el caso que nos ocupa como hemos señalado la solvencia se refiere a un requisito más abstracto de número de profesionales con determinada antigüedad y los criterios de adjudicación a los concretos profesionales que se van a adscribir a la ejecución del contrato y a las concretas operaciones exigidas en el pliego por lo que no se aprecia concurrencia de vicio determinante de nulidad de pleno derecho.

El motivo debe ser desestimado.

La alegación referida a la disponibilidad de los quirófanos de la mercantil adjudicataria o de los box de urgencias que el propio recurrente califica sospechosa o de poco ajustada a

la realidad no se argumenta en ningún soporte específico más que la mera apreciación por lo que este Tribunal carece de elementos para su examen.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso especial interpuesto por D. J. C. V. en representación de INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLINSAFA S.L contra el acuerdo de adjudicación en la licitación por ASEPEYO del *“Servicio de oftalmología según las necesidades del Hospital Asepeyo Sant Cugat, Barcelona y área metropolitana de Barcelona, en régimen hospitalario y ambulatorio”* Expediente SPO 32/2016.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal de conformidad con los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.