



Recurso nº 849/2019 C.A. Castilla-La Mancha 68/2019

Resolución nº 1045/2019

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.R.C.C., en representación de OXIMESA, S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de licitación de la “*Gestión del Servicio público de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida*”, expediente 6101T017GSP00001, en relación con el lote 3 (Cuenca), convocado por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha ha tramitado el procedimiento para la licitación del contrato de gestión de servicio público (modalidad de concesión) de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (lotes 1 a 5). El valor estimado del contrato es de 69.589.191,56 €, estando la actividad exenta de IVA. La publicación en la Plataforma de Contratación se produjo el 9 de octubre de 2017 y en el DOUE tuvo lugar el día 10 de octubre de 2017.

Segundo. En la Plataforma de Contratación del Sector Público se publicó el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 12 de marzo de 2018 sobre la admisión de los licitadores, en el que se señala expresamente que tras requerir la subsanación de algunas deficiencias a algunas de las empresas (tanto a la empresa adjudicataria como a la propia recurrente), las mismas habían sido correctamente subsanadas. Y, en consecuencia, se acordaba la admisión a la licitación de OXIGEN SALUD (entre otras).

Tercero. Con fecha 13 de junio de 2019, se dicta por la Dirección Gerencia del SESCOAM (suscrita por el Secretario General por sustitución) la citada resolución de adjudicación recurrida (Lote 3). Se pone a disposición de la empresa la notificación el día 14 de junio de



2019. En esta misma fecha además de su remisión coincide con la recepción y lectura de las mismas (documento 54).

Cuarto. Publicada con fecha 14 de junio de 2019 la resolución de adjudicación, OXIMESA solicitó la vista del expediente al amparo del art. 52 LCSP. Se recibe posteriormente correo electrónico del Jefe del Área de Contratación por el cual se solicita la relación de los documentos a los cuales se quiere acceder, si bien el día 26 de junio de 2019 se remite correo del Jefe de Área de Contratación proponiendo esa fecha, pero también advirtiéndolo a la empresa que si necesitaba otra fecha distinta, que lo indicara. Por tanto, se estableció el día 2 de julio de 2019 con la conformidad de la empresa, siendo finalmente convocados para la revisión del mismo con fecha 2 de Julio de 2019, en los términos expresados en la resolución. En este acto de revisión se entregó a los representantes de OXIMESA copia de los informes técnicos que sirvieron para la valoración de las ofertas técnicas de los licitadores en este Lote 3. Dichos términos se encuentran reflejados en el acta levantada a tal efecto y rubricada por los intervinientes en el mismo.

Quinto. Con fecha de 5 de julio 2019, la empresa OXIMESA, S.L interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación para el lote 3 (Cuenca).

Sexto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.1 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). La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones, habiéndose hecho uso del referido trámite la empresa adjudicataria OXIGEN SALUD, S.A.

Séptimo. El día 22 de julio de 2019 la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, medida provisional adoptada inicialmente de forma automática al impugnarse el acuerdo de adjudicación, defiriendo el levantamiento de la suspensión a la decisión definitiva en virtud de lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP y en el convenio de colaboración de fecha 2 de noviembre de 2012, suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP, y la recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso, no concurriendo los supuestos que negaron su legitimación activa en la resolución de este Tribunal de 28 de diciembre de 2018 dictada en el Recurso nº 1218/2018, interpuesto por el mismo recurrente contra la Resolución de adjudicación del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante, SESCOAM) resolviendo la adjudicación de los lotes 1 –provincia de Albacete–, lote 2 –provincia de Ciudad Real– y lote 5 –provincia de Toledo–, en el procedimiento de licitación de este mismo contrato.

Tercero. Como primera providencia es necesario descartar toda posible indefensión del recurrente en cuanto a la imposibilidad de acceso al expediente en virtud de la confidencialidad declarada de determinados documentos, cuando esencialmente señala que ha tenido un acceso limitado a la oferta de la adjudicataria, pretendiendo que lo que es confidencial para ella no lo sea para la adjudicataria, en un ejercicio cercano al abuso de derecho.

En este sentido como señala el órgano de contratación “... *ya se pronunció la propia OXIMESA con ocasión de la petición de acceso realizada por otras licitadoras a su documentación señalando OXIMESA que su oferta era confidencial y no era posible su acceso*”.

En este punto hay que traer a colación la resolución de este Tribunal de 28 de diciembre de 2018 dictada en el Recurso nº 1218/2018, interpuesto por el mismo recurrente contra la Resolución de adjudicación del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante, SESCOAM) resolviendo la adjudicación de los lotes 1 –provincia de Albacete–, lote 2 –provincia de Ciudad Real– y lote 5 –provincia de Toledo–, en el procedimiento de licitación



de este mismo contrato de gestión de servicio público (modalidad de concesión) de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (6101TO17GSP00001), en el que se fundamenta lo siguiente:

“En el presente caso, la recurrente fundamenta su recurso en la vulneración del artículo 52 de la LCSP al no haber tenido acceso al expediente de contratación en los términos establecidos en la ley y por la doctrina de este Tribunal. Como consecuencia de ello, sostiene la imposibilidad material de formular sus alegaciones respecto de las ofertas de las empresas que finalmente han sido adjudicatarias, interesando que en sede de este Tribunal se le de vista completa del expediente, para en base a ello, poder ampliar el recurso especial que la empresa OXIMESA S.L. presenta. (...)

OXIMESA SL se limita a recurrir las limitaciones en el acceso a las ofertas técnicas de los adjudicatarios derivadas de la confidencialidad, cuando en su escrito de fecha 14 de noviembre de 2018 (documento 47 del expediente) declara confidencial gran parte de su oferta técnica, indicando que “el acceso a esa documentación por parte de una competidora directa sería extraordinariamente perjudicial para sus intereses”.

Y es que, como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en resolución de 14 de junio de 2018, recurso 160/2018, el derecho de acceso a las ofertas de los restantes licitadores no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra entidad licitadora.

Cuarto. También se alega bajo la rúbrica “*nulidad de la resolución recurrida e indefensión*” una mera elucubración, referida a una supuesta ignorancia sobre si la adjudicataria subsanó o no los defectos observados por la mesa de contratación en relación con la documentación administrativa.

Si bien es cierto que en los antecedentes de hecho de la resolución de adjudicación recurrida, al referir la tramitación durante el procedimiento de contratación del resultado del trámite de subsanación de la documentación administrativa, se observa una omisión del



resultado de dicho trámite respecto de la adjudicataria, no lo es menos que tal defecto no alcanza en ningún caso la categoría de irregularidad invalidante. En efecto, este Tribunal comparte absolutamente el criterio que manifiesta el órgano de contratación en su informe y es que tal como se puede comprobar en la plataforma de contratación del sector público –expediente 2017/000527–, con el sello de tiempo “12/03/2018 14:53:09” consta expresamente la admisión de los licitadores correspondientes entre ellos OXIGEN SALUD en el lote 3.

El recurrente tuvo conocimiento de esta subsanación y pudo por tanto constatar la misma, ya que la constaba publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Efectivamente, en dicha Plataforma se publicó el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 12 de marzo de 2018 sobre la admisión de los licitadores, en el que se señala expresamente que tras requerir la subsanación de algunas deficiencias a algunas de las empresas (entre ellas a la adjudicataria, y también a la propia recurrente), las mismas habían sido correctamente subsanadas y, en consecuencia, se acordaba la admisión a la licitación de OXIGEN SALUD (entre otras).

Toda la documentación administrativa incluida la solvencia técnica fue comprobada por la Mesa de Contratación, en la que se verifica que el importe de los principales servicios de OXIGEN SALUD asciende a la cantidad de 13.719.921,34 €, siendo superior a la solvencia técnica exigida en el PCAP a OXIGEN SALUD para los 4 lotes a los que se presenta (1, 3, 4 y 5, todos excepto el lote 2) que ascendía a 12.234.025,25 €. Asimismo, consta en la plataforma de contratación del sector público la resolución de clasificación de las ofertas en el lote 3 con el sellado de tiempo “09/11/2018 12:47:47”, en la que se incluye a OXIGEN SALUD en el citado lote.

En consecuencia, se trata de un mero defecto formal que no genera indefensión por lo que el motivo debe ser desestimado.

Quinto. A continuación, alega un error material o de hecho, ya que en la resolución de adjudicación se hace referencia a la propuesta de adjudicación del lote 1 de Albacete en lugar del lote 3 de Cuenca. No es necesario reiterar que los meros errores materiales o de hecho no constituyen causa de invalidez de los actos administrativos. Asimismo, es clara



la falta de consistencia del argumento empleado por la recurrente que ya declara que se trata de un mero “*error material de hecho*” (sic), anudando a tal calificación jurídica unas consecuencias inadmisibles. Pero en todo caso el error que se aprecia puede entenderse integrado sin desmerecimiento de la parte dispositiva de la adjudicación, ni operación alguna de interpretación ni calificación jurídica, más allá de la lógica integración de hechos que aparecen con claridad del propio expediente administrativo.

Y este Tribunal coincide con el órgano de contratación cuando afirma en su informe lo siguiente:

“Sobre esta cuestión, indicar que efectivamente en los antecedentes de la resolución aparece la propuesta de la mesa de contratación del lote 1, circunstancia absolutamente indiferente y sin trascendencia jurídica puesto que se refiere exclusivamente a antecedentes del expediente, que ni siquiera exige la Ley que se incluya en el contenido de una resolución de adjudicación.

En este sentido, la Ley exige que la resolución de adjudicación incluya las características determinantes de la proposición del adjudicatario que en este supuesto realmente ha sido el precio, dato que se incluye correctamente en la parte dispositiva de la resolución recurrida en la que se indica

‘1º. Adjudicar el contrato de GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE TERAPIAS RESPIRATORIAS A DOMICILIO (EXPTE: 6101TO17GSP00001). LOTE3. PROVINCIA DE CUENCA, a OXIGEN SALUD S.A., en las condiciones recogidas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por un precio unitario de 8,39 € (exento de IVA), con cargo a la aplicación presupuestaria :61033000 G/412D2540AGAI de Cuenca’.

Asimismo, en la resolución de adjudicación se incluye la puntuación otorgada a los dos licitadores incluidos en la clasificación de las ofertas (excluido CONTSE), en el antecedente de hecho decimoquinto.



‘Por lo que resulta adjudicataria del contrato de GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE TERAPIAS RESPIRATORIAS A DOMICILIO Y OTRAS TÉCNICAS DE VENTILACIÓN ASISTIDA para el Lote 3. Provincia de Cuenca, la mercantil OXIGEN SALUD S.A.’”

Asimismo, aunque la característica determinante de la puntuación ha sido el precio, además en el acta de acceso del expediente se entrega a la recurrente una copia literal del informe técnico de su empresa, de la adjudicataria OXIGEN SALUD y de la excluida CONTSE, para su conocimiento y discrepancia, en su caso (documento 53). Dicha entrega consta en el acta de la diligencia de acceso (documento 59) así como lo reconoce la recurrente en su recurso”.

Sexto. Por último, se pretende la nulidad del acto de adjudicación alegando, por no haber podido acceder de forma completa a la oferta de la adjudicataria, que este Tribunal valore y revise las puntuaciones obtenidas por la recurrente y por la adjudicataria para que *“bien por un incremento de la puntuación de OXIMESA o decremento de la de OXIGEN SALUD, el resultado final pudiera ser distinto del obtenido en la resolución de adjudicación, propiciando el cambio de adjudicatario”.*

Este motivo debe ser igualmente desestimado por absoluta falta de carga alegatoria y ausencia de toda crítica a los informes de valoración a los que ha tenido acceso y que constan en el expediente. Además, no corresponde a este Tribunal suplir las cargas procedimentales impuestas a los recurrentes.

En todo caso es necesario añadir también que este Tribunal no puede sustituir el criterio de los informes técnicos que valoran el contenido de las ofertas técnicas. Aclarado lo anterior y dado que nos hallamos ante juicios de discrecionalidad técnica cabe citar, entre otras y entre las más recientes, la Resolución del propio TACRC dictada en el Recurso nº 520/2019, de 25 de julio de 2019, reiterando nuestra doctrina en estos supuestos: *“Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones*



no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Séptimo. El artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015 establece 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, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La imposición de multas al recurrente sólo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso”.

Por su parte, el artículo 58.2 de la LCSP establece que el importe de la multa será de entre 1000 y 30.000 euros.

Pues bien, en el presente caso el Tribunal aprecia mala fe en la interposición del recurso. La escasa consistencia de las alegaciones vertidas, y el hecho de ser la recurrente la actual adjudicataria del Lote 3 (Cuenca), de tal modo que obtiene beneficio de la demora en la adjudicación del nuevo contrato, hace que el Tribunal interprete que la finalidad de la interposición del recurso ha sido fundamentalmente dilatoria.

La empresa recurrente resultó adjudicataria del anterior contrato (expediente DGEI/84/2009), todavía vigente, por resoluciones de fecha 15 de abril de 2010 (de adjudicación provisional), y de 18 de mayo de 2010 (de adjudicación definitiva). El contrato, por importe de 1.772.201,91 euros anuales, IVA excluido, fue firmado el día 7 de junio de 2010.



Alega OXIMESA en su recurso limitaciones en el acceso a la oferta de la adjudicataria, cuando en nuestra Resolución del Recurso 1218/2018, planteado por la misma recurrente, ya dijimos que estaba atentando contra sus propios actos, al haber declarado ella confidencial gran parte de su oferta, y afirmar que *“el acceso a esa documentación por parte de una competidora directa sería extraordinariamente perjudicial para sus intereses”*.

Alega en segundo lugar que no sabe si la empresa adjudicataria ha subsanado los defectos advertidos en su documentación administrativa, cuando constan dos anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público en el sentido de afirmar su subsanación, y que dicha empresa (junto con otras), continuaba en el procedimiento (anuncios de 12 de marzo y 9 de noviembre de 2018).

En tercer lugar, impugna la empresa recurrente un mero error material en los antecedentes de hecho de la resolución, que no impide en absoluto su perfecta comprensión. Como alega el órgano de contratación, la empresa recurrente también ha cometido errores materiales en su recurso, y por ello no está viciado éste de nulidad o anulabilidad (entre otros, *“la denominación del expediente citando ‘terapias respiratorias’ en lugar de ‘terapias respiratorias’. Página 1. El plazo final de presentación de proposiciones que indica ‘16 de noviembre de 2.107’ en lugar de ‘16 de noviembre de 2.017’. Página 1”*).

Y finalmente pretende que este Tribunal haga correcciones en la valoración de los criterios subjetivos, cuestión para la que es manifiestamente incompetente. Hay que tener en cuenta, además, que la empresa recurrente ha obtenido 35,592 puntos de 40 posibles en los criterios dependientes de un juicio de valor, frente a sólo 15,134 de la adjudicataria, habiéndose decidido la adjudicación por el peso de 60 puntos de la oferta económica.

En consecuencia, el Tribunal impone a la empresa recurrente una multa por mala fe, de 2000 euros.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.J.R.C.C., en representación de OXIMESA, S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de licitación de la *“Gestión del Servicio público de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida”*, expediente 6101T017GSPOOOO1, en relación con el lote 3 (Cuenca), convocado por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que se aprecia mala fe en la interposición del recurso, conforme a lo argumentado en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Resolución, imponiendo a la empresa recurrente OXIMESA, S.L. una multa de 2000 euros.

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