



Recursos nº 1216 y 1217/2019 C.A. Castilla-La Mancha 101 y 102/2019

Resolución nº 1492/2019

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

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

VISTOS los recursos interpuestos por D.J.A.M., en nombre de PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U. y de la UTE PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U Y AMEX S.A. contra los LOTES 1 y 2, respectivamente, de los comprendidos en la licitación convocada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para contratar el “*Servicio de hemodiálisis en centros de diálisis extrahospitalaria del SESCOAM*” (expediente 6101TO18SER00001), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 24 de julio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación dividida en tres lotes convocada por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para contratar el servicio de hemodiálisis en centros de diálisis extrahospitalaria (expediente 6101TO18SER00001). El valor estimado del contrato, calculado por todos sus lotes, asciende a 43.896.656,00 €.

Segundo. Mediante Resolución de 11 de septiembre de 2019, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, se acordó adjudicar los lotes 1 (Albacete, Cuenca y Alcázar de San Juan) y 2 (Toledo, Puertollano, Talavera de la Reina, Ciudad Real y Guadalajara) a la entidad AVERICUM, S.L.

Tercero. El 2 de octubre de 2019 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación formulado en nombre de la mercantil PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U. frente al acuerdo de adjudicación del lote 1, siéndole asignado el número 1216/2019.



El mismo día tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación formulado en nombre de la UTE PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U Y AMEX S.A. frente al acuerdo de adjudicación del lote 2, siéndole asignado el número 1217/2019.

En ambos casos, los recurrentes solicitan la anulación de la adjudicación y que el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha adopte las medidas en relación con el expediente de contratación que estime legalmente procedentes. Así mismo, solicitan que se les conceda acceso al expediente de contratación, y, en particular a los documentos identificados en el apartado segundo de la alegación primera de sus recursos por un plazo de diez días y que, tras el acceso al expediente, se les conceda un trámite de alegaciones.

Cuarto. El expediente del recurso 1216/2019, con su respectivo informe, fue recibido en este Tribunal el 8 de octubre de 2019. En esa misma fecha se recibió el expediente del recurso 1217/2019, con su respectivo informe.

Quinto. Ese mismo día, en el recurso 1216/2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la otra licitadora concurrente al lote 1 (AVERICUM, S.L.) señalando un plazo de cinco días para presentar las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolo verificado mediante escrito presentado el día 16 de octubre de 2019, en el que solicita la desestimación del recurso.

El día 8 de octubre de 2018, en el recurso 1217/2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la otra licitadora concurrente al lote 2 (AVERICUM, S.L.), señalando un plazo de cinco días para presentar las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolo verificado mediante escrito presentado el día 15 de octubre de 2019, en el que solicita la desestimación del recurso.

Sexto. Mediante Resolución de 23 de octubre de 2019, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, acordó mantener la suspensión de los lotes 1 y 2 del expediente de contratación producida como consecuencia de la interposición de los recursos, defiriendo su levantamiento a la resolución de aquellos.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y 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), se ha acordado por el Tribunal la acumulación de los recursos referidos en los antecedentes de hecho, al existir entre ellos íntima conexión, por ir dirigidos ambos contra adjudicaciones recaídas en una misma licitación y suscitarse idénticos motivos de impugnación.

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Convenio suscrito con la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha de 15 de octubre de 2012.

Tercero. Tratándose de la licitación de un contrato de servicio cuyo valor estimado es superior a 100.000 €, el acuerdo de adjudicación es susceptible de recurso especial de conformidad con el artículo 44, apartados 1.a) y 2.c), LCSP.

Cuarto. Ambos recursos han sido formulados dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 LCSP.

Quinto. En tanto que partícipes en la licitación de los lotes cuya adjudicación se recurre, y habida cuenta de que una eventual estimación de los recursos les permitiría alzarse con ellos, debe colegirse que tanto PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U., como la UTE PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U y AMEX S.A. se hallan legitimadas para interponer recurso especial con arreglo al artículo 48 LCSP.

Sexto. Las entidades recurrentes solicitan al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.3 de la LCSP el acceso al expediente y la concesión de un trámite de alegaciones complementarias. En síntesis, las citadas recurrentes fundamentan su petición en los siguientes razonamientos:



A pesar de las reiteradas solicitudes de acceso al expediente de contratación, la Dirección Gerencia del SESCAM sólo les ha permitido acceder a un número muy limitado de documentos, y ello únicamente, cuando se ha visto obligado por imperativo legal. Ese muy limitado acceso, sin embargo, no ha permitido ejercer de forma plena los derechos que corresponden a las entidades recurrentes. Por ese motivo, se han visto obligadas a formular este recurso sin haber podido conocer y valorar documentos fundamentales del expediente de contratación, sin ir más lejos, la oferta del adjudicatario.

El pasado 25 de septiembre de 2019, las entidades recurrentes se personaron en las dependencias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para llevar a cabo el examen del referido expediente. Sin embargo, el Órgano de Contratación no facilitó el acceso, ni permitió la consulta de:

- a) el informe o memoria justificativa del valor estimado del contrato elaborado por el Órgano de Contratación en el que consten la totalidad de los conceptos que lo integran y, en particular, los costes laborales; y
- b) los documentos integrantes del Sobre 3 de la oferta de la entidad adjudicataria que resultan esenciales para determinar la admisibilidad de una oferta, aunque no vayan a ser objeto de valoración, puesto que deben acreditar el cumplimiento de los requisitos y exigencias técnicas impuestas por los Pliegos del contrato.

Las recurrentes solicitaron explicaciones de los motivos por los que tales documentos no habían sido incluidos en el expediente del que se le permitía tomar vista. En respuesta, el Órgano de Contratación explicó verbalmente que la oferta de AVERICUM había sido declarada confidencial con posterioridad a la presentación de las proposiciones a instancia de la entidad adjudicataria, que habría manifestado el carácter confidencial de la práctica totalidad de los documentos que la integraban en el trámite de audiencia que les había sido concedido tras la solicitud de acceso.

Las sustanciales y no justificadas limitaciones impuestas en el acceso al expediente por parte del órgano de contratación no se adecuan a las previsiones del artículo 52 de la LCSP ni a la doctrina de este Tribunal, generando indefensión al privar a las recurrentes de información fundamental para poder ejercer de forma plena las acciones legales y, en particular, para



interponer, de forma completamente fundada, este recurso especial en materia de contratación.

Los documentos específicos a los que se ha hecho referencia con anterioridad, por su propia naturaleza, difícilmente pueden ser considerados o calificados como confidenciales puesto que, en ningún caso, afectan a secretos industriales o comerciales, ni a materias que puedan estimarse como reservadas.

Séptimo. Frente a dichos razonamientos, el órgano de contratación, en el informe emitido al efecto, señala lo siguiente:

Uno de los objetivos que tiene el acceso al expediente es complementar la información del recurrente para formular el recurso especial en materia de contratación. En este supuesto, las entidades recurrentes han tenido acceso a la documentación relativa a la valoración de las ofertas (propuesta económica y el resto de criterios de adjudicación, es decir, la oferta íntegra), a la capacidad de obrar, solvencia económica-financiera, solvencia técnico-profesional, garantías definitivas depositadas, certificados de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

Por otro lado, las recurrentes no identificaron nominativamente los documentos cuyo acceso solicitaban por lo que el órgano de contratación permitió el acceso, con la mayor amplitud posible, a los documentos citados anteriormente que configuran los requisitos mínimos para la admisión a la licitación y la valoración de los criterios de adjudicación.

Octavo. Expuestas las alegaciones de las partes, procede recordar la doctrina de este Tribunal sobre el acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad. La Resolución 855/2019 señala:

“Según ha declarado este Tribunal reiteradamente, ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad.



Así, en la Resolución nº 117/2018, de 9 de febrero, con cita de la anterior nº 506/2014, este Tribunal señala lo siguiente: “El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizada por los licitadores al amparo del artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina - que coincide básicamente con la que citan el recurrente y el órgano de contratación- la Resolución nº 288/2014, de 4 de abril, sintetiza la doctrina del siguiente modo:

El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012, antes citadas). A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.

En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que ‘puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma , las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado’.



Así mismo, es preciso recordar lo establecido en el artículo 56.5 de la LCSP, con arreglo al cual: *“El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento”*.

Es lo cierto que, en contra de lo alegado por el órgano de contratación, la protección de los aspectos y partes de las proposiciones presentadas que pudieran ser confidenciales o merecieran una protección de tal tipo la encomienda la vigente LCSP, en primer lugar y con carácter esencial, al propio interesado en esa información y datos, que es el licitador. Esa protección, además, ha de efectuarla anticipadamente, con carácter previo, es decir, en la propia proposición cuando todavía nadie pretende el acceso a esa información, mediante la indicación concreta de qué documentos o partes de los mismos o información tiene ese carácter de confidencial o protegido por la declaración de confidencialidad, tal y como dispone el artículo 133.1 de la LCSP. Quiere ello decir que si el propio interesado no ha efectuado esa indicación o declaración de confidencialidad o no ha concretado la información que es confidencial en la misma proposición, el contenido de ésta no es, en principio, confidencial, por lo que el órgano de contratación no tiene deber alguno de amparar una confidencialidad inexistente respecto de una información que no ha sido protegida, si concurren los requisitos legales por el propio interesado concernido.

En ese mismo sentido, en este procedimiento de contratación singular, el PCAP es plenamente determinante al respecto, pues en su cláusula 17, en el apartado relativo a **“Documentos y datos de los licitadores de carácter confidencial”** establece que *“los licitadores deberán indicar qué documentos (o partes de los mismos) o datos de los incluidos en las ofertas tienen la consideración de “confidenciales” sin que resulten admisibles las declaraciones genéricas de confidenciales de todos los documentos La condición de confidencial deberá reflejarse claramente (sobreimpresa, al margen o de cualquier otra forma claramente identificable) en el propio documento que tenga tal condición, señalando además*



los motivos que justifican tal consideración. No se considerarán confidenciales documentos que no hayan sido expresamente calificados como tales por los licitadores o habiendo sido calificados como tales, No reúnan las condiciones indicadas con anterioridad”.

Ese texto se corresponde con lo indicado en el artículo 133 de la LCSP, y conduce a la conclusión de que no es confidencial lo que no ha declarado como tal el propio interesado en la misma información incluida en la proposición y tampoco lo es la que declarada formalmente confidencial no merezca esa protección materialmente.

En nuestro caso, el interesado no efectuó esa declaración de confidencialidad de ninguna parte o documento de la proposición ni de la propia proposición, lo que determina que ninguna parte de la misma merezca esa protección de acuerdo con la actual normativa que regula esta materia, que es el artículo 133 de la LCSP. No obstante, ello no quiere decidir que el órgano de contratación pueda difundir sin más esa información ni desprotegerla, sino solo que no cabe oponer un inexistente confidencialidad de la información a quien acredite un interés legítimo en el seno del procedimiento de contratación y, en concreto, para impugnar, en especial, el acto de adjudicación del contrato, en cuanto amparado por un derecho legal de acceso al expediente, de contratación y de adjudicación del contrato, reconocido en el artículo 52 de la LCSP y en el artículo 16 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, si bien en sus justos límites, ceñidos a satisfacer un interés legítimo en obtener un beneficio o ventaja o evitar un perjuicio cierto y real derivado de un acto cuya anulación pretende por un causa determinada y concreta con apariencia de realidad y certeza que se trata de corroborar con datos obrantes en el expediente. En suma, con el acceso al expediente se trata de evitar la indefensión del interesado en la anulación del acto por un indicio o apariencia de concurrencia de una infracción legal en un acto administrativo, en este caso, el que culmina el procedimiento de adjudicación.

En el presente caso, las empresas licitadoras interesadas no han tenido acceso a todo el expediente del procedimiento de adjudicación, pues no se les ha facilitado el acceso ni a la memoria justificativa del valor estimado del contrato ni a los documentos aportados por la adjudicataria relacionados con aspectos de las ofertas técnicas no susceptibles de valoración,



que solo fueron declarados confidenciales por la adjudicataria con posterioridad tras la petición de acceso de las recurrentes y, por tanto, no estaban amparados con arreglo al propio PCAP. Sin embargo, es lo cierto que la pretensión de acceso era ilimitada e indagatoria, pues no se basaba en indicio de una presunta infracción, ya que el interés de las peticionarias se vinculaba a una concreta y aparente infracción legal en el acto de adjudicación en relación con la proposición de la adjudicataria o en relación a la de las recurrentes, sino que buscaba un motivo en que fundamentar una impugnación, por lo que, aunque existe un inicial derecho del acceso a esa parte del expediente, su interés era aparente respecto de la memoria justificativa del cálculo del valor estimado del contrato, que ya se había plasmado en el PCAP sin haberlo impugnado en su momento, así como respecto de los aspectos de la oferta técnica de la adjudicataria no susceptibles de valoración, en cuanto trascendentes solo durante la ejecución de la prestación. Aquéllas han tenido acceso a un informe de valoración detallado donde se examinan y ponderan con arreglo a los criterios que figuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares las ofertas y se confiere la puntuación correspondiente, y han podido articular un recurso fundado contra la adjudicación de los Lotes 1 y 2 del contrato. Por lo tanto, ninguna indefensión se ha causado a las recurrentes en su derecho a recurrir.

Así las cosas, tras una valoración ponderada de los intereses en juego, es decir, el derecho de acceso por una parte, como garantía del derecho de recurrir, y la confidencialidad material de determinados documentos que pudieran contener secretos profesionales o comerciales de interés para el adjudicatario, por otra, debemos, en este caso, dado el carácter indagatorio de la concreta petición de acceso, decantarnos por lo segundo, desestimando la solicitud de acceso al expediente planteada por las entidades recurrentes.

Noveno. Expuesto lo anterior, debemos indicar a continuación los motivos de impugnación suscitados por las entidades recurrentes. Son los siguientes:

a) Ausencia de justificación de los parámetros económicos de la licitación.

Nos encontramos ante un contrato en el que las necesidades a satisfacer se encuentran directa e íntimamente vinculadas con la vida y la salud de los ciudadanos de Castilla-La Mancha. Por ello, cabría esperar que el SESCOAM hubiera justificado extensamente y de forma rigurosa los parámetros económicos del contrato, tales como (a) el presupuesto base de

licitación (dando cumplimiento, así, a lo impuesto por el artículo 100.2 de la LCSP) o (b) los precios unitarios de las sesiones de hemodiálisis que operan como base de las ofertas económicas de los licitadores. Desgraciadamente, no ha sido así.

Por toda justificación de los parámetros económicos que han sido tomados en consideración en la preparación del procedimiento de adjudicación del contrato, el SESCAM informó de que se habría considerado: (i) la variabilidad de los precios de prestación de servicios de hemodiálisis entre diversas Comunidades Autónomas, (ii) el menor coste de prestación del servicio en los centros concertados respecto de los centros públicos, o (iii) la “enorme variabilidad dentro de los costes directos”.

Sin embargo, no se proporciona justificación o información sobre cuestiones tan elementales tales como: i. Cómo o en qué medida se habría tomado en consideración esa variabilidad de los precios para la determinación, en este caso, tanto del presupuesto base de licitación como de los precios unitarios de sesión de hemodiálisis que sirvieran de base para que los licitadores propusieran sus ofertas. ii. La ponderación o relevancia, dentro de la estructura de costes, que puedan tener los costes directos e indirectos en la prestación del servicio; en especial, la repercusión del coste del 50% de la asistencia farmacéutica. iii. La relevancia y peso relativo de las inversiones en inmuebles e infraestructuras en el caso de aquellos licitadores que no dispusieran ya de centros sanitarios adecuados para la prestación del servicio en las distintas localidades integrantes de los lotes del Contrato; iv. Un mínimo detalle desglosada de los costes laborales, en función de categoría profesional y género, tal y como prescribe la ley; máxime cuando los costes laborales, como reconoce el mismo SESCAM, constituye la principal partida de los costes directos de prestación del servicio de hemodiálisis.

b) El precio de adjudicación determina la inviabilidad económica de la prestación de los servicios con unos requisitos mínimos de calidad.

La oferta económica de la sociedad AVERICUM supone una baja de 19 puntos porcentuales respecto de la presentada por las recurrentes. De acuerdo con lo previsto en la Cláusula T.3) del Cuadro de Características del Contrato, no incurría en baja anormal. Con independencia de ello, resulta fuera de toda duda que, teniendo en cuenta el propio objeto y naturaleza del Contrato, el órgano de contratación se encontraba obligado a garantizar que el precio del

Contrato sea “correcto” y “adecuado” para que pueda ser debidamente cumplido por parte del adjudicatario.

Como se puede comprobar, el precio de adjudicación se sitúa muy por debajo de lo que podría considerarse, a estos efectos, el “precio de mercado” para la prestación de este tipo de servicios sanitarios.

Con la finalidad de analizar, desde una perspectiva económica, el precio de adjudicación del Contrato, se ha solicitado a la firma “DELOITTE FINANCIAL ADVISORY, S.L.U.” la elaboración de un Informe Pericial, de fecha 1 de octubre de 2019. Este Informe ha analizado si, con el precio de adjudicación, la ejecución del Contrato resulta viable desde un punto de vista económico o si, por el contrario, dados sus requisitos y exigencias, tanto técnicos como prestacionales, su explotación no resulta económicamente viable (con el riesgo que ello implica, lógicamente, para su correcto cumplimiento y ejecución y, en consecuencia, para la debida satisfacción de los intereses generales). La conclusión a la que llega el Informe Pericial es que *“tal y como hemos explicado en los dos escenarios contemplados, tomando como base el precio ofertado por Avericum al Concurso de 2018, el EBITDA teórico obtenido sería negativo, y el beneficio operativo sería aún más negativo lo que implica que, en todos los escenarios planteados, la prestación del servicio no sería viable desde un punto de vista económico”*.

En definitiva, existen sobradas razones para concluir que el precio de adjudicación del Contrato no puede ser considerado “adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato” en los términos exigidos por el artículo 102.3 de la LCSP. La inviabilidad económica de la explotación del Contrato, con las variables económicas que han determinado su adjudicación, pone en peligro evidente su debida ejecución durante la totalidad del plazo de duración, con las consecuentes repercusiones negativas que ello puede tener, dado su objeto y finalidad, en la salud e integridad física de los ciudadanos de Castilla-La Mancha.

c) Irregularidades que se habrían producido en la apertura y valoración de los sobres 1 y 3 de las proposiciones de los licitadores por la mesa de contratación.

Durante el procedimiento de adjudicación y, en particular, en el acto de apertura y valoración de los Sobres 1 y 3 por parte de la Mesa de Contratación, tuvieron lugar una serie de hechos

que, cuando menos, resultan difíciles de explicar y que permiten cuestionar, lícitamente, que se desarrollasen correctamente.

Cabe señalar, con carácter previo, que el acto público de apertura del Sobre 3 de las proposiciones de los licitadores por parte de la Mesa de Contratación, el día 7 de febrero de 2019, tuvo lugar ocho días naturales después de la apertura del Sobre 1 (el día 30 de enero de 2019), lo que no puede ser considerado conforme con las previsiones del Pliego. El plazo máximo de 7 días naturales, además de tratarse de un plazo que persigue garantizar la transparencia de los procedimientos de contratación, es un plazo normativamente establecido en el artículo 27.1, primer párrafo, del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Éste no ha sido el único plazo incumplido a lo largo del procedimiento de adjudicación. La Cláusula 19 del PCAP del Contrato señala que la composición de la Mesa de Contratación “se publicará en el perfil del contratante del órgano de contratación correspondiente con una antelación mínima de siete días con respecto a la sesión que deba celebrar para la comprobación de la corrección de la documentación solicitada en el archivo electrónico o Sobre 1”. Pues bien, el día 4 de febrero de 2019 fueron publicadas en el perfil del contratante del SESCAM, de forma simultánea, dos resoluciones. La primera, adoptada por el Órgano de Contratación el anterior 19 de enero de 2019, designaba a los miembros de la Mesa de Contratación. La segunda, adoptada por la Mesa de Contratación el día 4 de febrero de 2019, convocaba al acto público de apertura del Sobre 3 para el día 7 de febrero de 2019. Posteriormente, fue dado a conocer que la apertura del Sobre 1 había tenido lugar el día 30 de enero de 2019.

Se ha producido un doble incumplimiento: (a) por un lado, la apertura del Sobre 1 y la calificación de la documentación que contenía se produjo días antes de que fuera publicada en el perfil del contratante la composición de la Mesa de Contratación; y (b) por el otro, la apertura del Sobre 3 tuvo lugar apenas tres días después de que esa composición se hubiera hecho pública.

Por otro lado, como se puede comprobar en el Acta Nº 2, el acto de apertura y valoración del Sobre 3 por parte de la Mesa de Contratación tan sólo tuvo una hora de duración. En ese

periodo de tiempo se puede admitir que la Mesa de Contratación llevase a cabo la valoración y puntuación de las ofertas económicas y de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. Sin embargo, es materialmente imposible, en ese tiempo (una hora), que la Mesa de Contratación verificase el cumplimiento de la totalidad de las prescripciones técnicas del PPT por parte de las proposiciones presentadas por los dos licitadores que habían sido admitidos.

Además, con anterioridad, la Mesa de Contratación procedió a la apertura y calificación de la totalidad de la documentación integrante del Sobre 1 en apenas 35 minutos, tal y como se puede comprobar en el Acta Nº 1.

En el Acta Nº 2 se puede comprobar, asimismo, que, en el acto de apertura y valoración del Sobre 3 de las proposiciones de los licitadores, la Mesa de Contratación no sólo llevó a cabo la evaluación de las ofertas y la asignación de las puntuaciones según los criterios de adjudicación, sino que, además y en unidad de acto, efectuó la clasificación de las ofertas que habían sido admitidas y elaboró la propuesta de adjudicación para elaborar al Órgano de Contratación. Sin embargo, a partir del tenor del artículo 150 de la LCSP y de la Cláusula 23 del PCAP del Contrato, se deduce que la clasificación de las ofertas admitidas y la propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de Contratación al Órgano de Contratación se configura como un acto diferenciado y posterior al de la apertura del Sobre 3, no pudiendo llevarse a cabo ambos en unidad de acto.

Por último, cabe señalar que en el anuncio de la adjudicación del Contrato que se ha publicado tanto en el perfil del contratante del SESCOAM como en la Plataforma de contratación del Estado se ha omitido el precio unitario por sesión de hemodiálisis que ha determinado la adjudicación de ambos Lotes del Contrato (99,99 euros). Y, sin que se acierte a comprender bien el motivo, en estas publicaciones, el “Importe total ofertado” coincide exactamente con el “Presupuesto base de licitación” (Lote 1: 17.375.012 euros — Lote 2: 26.521.644 euros).

Décimo. Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido al efecto, señala lo siguiente:

a) En relación con la ausencia de justificación de los parámetros económicos de la licitación.

Esta alegación tiene por objeto el pliego de cláusulas administrativas particulares y no la resolución de adjudicación por lo que debería ser objeto de inadmisión por doble motivo: Por un lado, la extemporaneidad de impugnar en este momento los pliegos del contrato y, por otro lado, la presentación a la licitación, tal como declara la LCSP, supone la aceptación incondicionada al clausulado del pliego.

b) En relación con la inviabilidad económica de la prestación de los servicios con unos requisitos mínimos de calidad a la vista del precio de adjudicación.

El adjudicatario no se encuentra en oferta anormalmente baja. Los porcentajes están establecidos en el PCAP, por lo que no resulta obligatorio ni preceptivo entrar a valorar los costes del servicio que sí debe demostrar cuando incurre en oferta con presunción de anormalidad.

El recurrente presenta un estudio de auditoría para determinar la inviabilidad del mismo, pero en él existen algunas contradicciones esenciales que lo dejarían sin efecto:

- La referencia del estudio es la recurrente, no la adjudicataria, cuando en realidad cada empresa dispone de costes de estructura, gastos generales y demás elementos para su funcionamiento de forma distinta por lo que no puede extrapolarse a otra empresa diferente.
- En el desglose de personal que realiza el estudio, que además supone el mayor coste, aparecen un número de profesionales que no se exigen en el PPT como requisito mínimo.
- Asimismo, es contradictorio que en Alcázar con 97 pacientes indica que se necesitan 3 médicos y en Albacete, con solo 8 pacientes más, 5.
- Los costes de arrendamiento son tratados de forma similar cuando se trata de 8 poblaciones distintas y no pueden atribuirse el mismo coste euro/metro cuadrado.

Por otro lado, la empresa adjudicataria goza de una excelente solvencia según las cuentas presentadas.

c) En relación con las irregularidades que se habrían producido en la apertura y valoración de los sobres 1 y 3 de las proposiciones de los licitadores por la mesa de contratación.

Se trata de un procedimiento con la apertura de dos sobres, el sobre 1 de documentación administrativa (30 de enero de 2019) y la apertura del sobre 3 de criterios evaluables mediante reglas o fórmulas (7 de febrero de 2019), por lo que el procedimiento de apertura se realiza de forma exquisita por la Mesa de Contratación en cuando al orden de los citados sobres.

Sobre la duración de las sesiones de la Mesa de Contratación, los 35 minutos de duración parecen razonables puesto que se trata de examinar los DEUC de las 3 empresas licitadoras. Sobre la duración de 1 hora respecto a la apertura del sobre 3, significar que se trata de 5 miembros de la mesa de contratación y solo dos empresas admitidas con ofertas similares en ambos lotes, por lo que no se cuestiona el tiempo empleado en examinar su adecuación a los pliegos y su correspondiente valoración. Se trata de requisitos mínimos que luego deben ser desarrollados en ejecución de contrato y examinados por la Consejería de Sanidad antes del inicio efectivo del servicio.

Sobre la publicación de la Mesa de Contratación (4 de febrero de 2019, aunque estaba nombrada con fecha 17/01/2019), una vez realizada la apertura de la documentación administrativa y antes de la apertura de las ofertas, es cierto que tal publicación en tal fecha no es conforme a la LCSP, pero a la vez cualquier incumplimiento del PCAP o de la LCSP no posee el mismo alcance o efecto jurídico. De hecho, salvo superior criterio del Tribunal, se trata de una irregularidad no invalidante. Cabe recordar que la empresa no recusó a ningún miembro de la Mesa de Contratación ni realizó ninguna actuación en tal sentido.

Sobre la falta de expresión del precio unitario ofertado por el adjudicatario (99,99 €), éste figura en la resolución de adjudicación, en la resolución de clasificación de las ofertas, en el acta de la mesa de contratación y todos los documentos posteriores a la apertura de la oferta económica. Asimismo, la eventual contradicción que señala entre el importe total ofertado y el presupuesto base de licitación no es tal discrepancia, simplemente es la aplicación de la Disposición Adicional trigésima tercera. Contratos de suministros y servicios en función de las necesidades:

“En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por



precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.

En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204 de esta Ley. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades”.

Undécimo. Examinaremos a continuación el primer motivo de impugnación, consistente en la falta de justificación del presupuesto del contrato.

En nuestro Derecho, el principio general es que los Pliegos, tanto el de cláusulas administrativas, como el de prescripciones técnicas, constituyen la “lex contractus”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes. Ciertamente, este principio quiebra en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, los cuales, eso sí, están sujetos a una interpretación estricta.

La vigente LCSP ha recogido expresamente esta doctrina, y así, en el último párrafo de su artículo 50.1.b) se indica: “Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

Las recurrentes, desde el mismo momento de la publicación de los pliegos, tuvieron conocimiento del presupuesto de contrato, y, posteriormente, fueron informadas por el órgano de contratación sobre los parámetros económicos que fueron tomados en consideración para su determinación, y, sin embargo, no recurrieron los mismos en el plazo establecido.

Por tanto, cabe desestimar el concreto motivo de impugnación al impugnar indirectamente los Pliegos del contrato sin demostrar ninguna infracción del ordenamiento jurídico que determine la nulidad de pleno derecho de los mismos, único supuesto en el que puede admitirse dicha impugnación.

Duodécimo. El segundo motivo de impugnación consiste en la falta de viabilidad económica de la oferta de la entidad adjudicataria de los lotes 1 y 2 del contrato.

En numerosas ocasiones este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la presunción de temeridad de las ofertas anormalmente bajas en nuestro sistema contractual público. En todas ellas se ha declarado que la LCSP establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato. Se trata de evitar que ésta se frustre como consecuencia de una proposición que, en atención a sus valores, sea desproporcionada, no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato. En consonancia con lo anterior también se ha señalado que cuando los Pliegos fijen límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales, la superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, a pesar de la anormalidad de su proposición, sí puede cumplir el contrato.

De lo expuesto debe concluirse que solo cuando una oferta incluye valores anormales o desproporcionados será procedente el análisis de su viabilidad económica, sin que exista ningún precepto que permita al órgano de contratación exigir al licitador que justifique económicamente su oferta si, conforme dicha normativa, no está incurso en presunción de temeridad.

En este sentido, el informe 53/2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala lo siguiente: *“En el examen de la primera cuestión hay que partir de la idea de que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo, por otra parte los precedentes anteriores, para la adjudicación de contratos tiene en cuenta los dos*



elementos básicos de la oferta de la Administración expresada en el presupuesto base de licitación y las ofertas de los licitadores expresadas en sus respectivas proposiciones económicas resultando como único requisito exigible, en este aspecto, que las proposiciones económicas no rebasen al alza el presupuesto base de licitación, deduciéndose tal requisito, aparte de las normas generales presupuestarias, de la dicción expresa del artículo 75.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala que en las subastas se realizará la adjudicación al licitador que, sin exceder del tipo expresado oferte el precio más bajo, precepto igualmente aplicable al concurso, en cuanto al factor precio, por aplicación del artículo 91 de la propia Ley.

Cumplido el requisito anterior la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos -la proposición económica, por un lado y los efectos del artículo 77 del citado Convenio Colectivo por otro- que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles s subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral, etc.”.

Así las cosas, no procede valorar y analizar cada uno de los componentes que han sido tenidos en cuenta por los licitadores para realizar su propuesta económica salvo en el supuesto en que su oferta incurra en presunción de temeridad, y menos aún procede en vía de recurso analizar los costes que para la prestación del servicio deberá asumir la entidad adjudicataria para concluir que su oferta no podrá ser cumplida. Por consiguiente, procede la desestimación del motivo de impugnación.

Decimotercero. Resta por examinar el motivo de impugnación consistente en la existencia de irregularidades en la apertura y valoración de los sobres 1 y 3 de las proposiciones de los licitadores por la mesa de contratación.



Procede recordar en primer lugar la doctrina de este Tribunal sobre las irregularidades no invalidantes en el procedimiento de contratación. Así, en la Resolución 385/2013 se recuerda *“la doctrina jurisprudencial ampliamente asentada (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999) conforme a la cual, con base en el principio de economía procesal, no procede declarar nulidades por vicios procedimentales con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento anterior de producirse el vicio- cuando la nueva resolución que, en su caso, se hubiese de dictar, subsanado el posible defecto formal, sea idéntica en sentido material a la anterior”*.

Y señalaba: *“Trasladando dicha doctrina al supuesto analizado cabe apreciar que, si se declarase la nulidad de la resolución de adjudicación por haberse omitido, durante la tramitación del procedimiento, un trámite necesario (concretamente el anuncio de la celebración del acto de apertura de proposiciones), con retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la celebración del acto de apertura, el resultado que se obtendría sería la repetición del acto de apertura de proposiciones, si bien, no existiría variación en las mismas, por lo que la clasificación final de las empresas se mantendría idéntica.*

Las alegaciones efectuadas por las entidades recurrentes ponen de manifiesto la existencia de determinadas irregularidades formales durante el procedimiento de licitación que afectan, básicamente, al plazo transcurrido para la apertura del sobre 3 desde la apertura de la documentación administrativa (8 días naturales), y a la publicación de la composición de la mesa de contratación, que tuvo lugar con posterioridad a la apertura de dicha documentación.

El informe del órgano de contratación ofrece una cumplida explicación sobre otras supuestas irregularidades del procedimiento como la duración de las sesiones de la mesa de contratación o la expresión del precio de adjudicación en el Acuerdo impugnado.

En relación con el incumplimiento del plazo para la apertura del sobre 3, debe recordarse que, conforme a lo establecido en el apartado 3, del artículo 48, de la Ley 39/15, de 1 de octubre, de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, “La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”. Este precepto es plenamente



aplicable al supuesto que estamos examinando, como apuntan las propias entidades recurrentes.

En lo que se refiere a la publicación de la composición de la mesa de contratación con posterioridad a la apertura de la documentación administrativa, no se advierte que se haya producido indefensión alguna a las entidades recurrentes, pues estas no han recusado a sus miembros, ni ha realizado ninguna alegación al respecto.

La irregularidad indicada no reúne la relevancia suficiente para determinar la anulación del acto de adjudicación, debiendo considerarse como un mero defecto formal no invalidante del procedimiento de contratación y del acto de adjudicación que pone fin al mismo. En este sentido, debe tenerse en cuenta el apartado 2, del artículo 48, de la Ley 39/15, con arreglo al cual: “No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D.J.A.M., en nombre de PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U. y de la UTE PROYECTOS MÉDICO-SANITARIOS INTEGRALES, S.L.U Y AMEX S.A. contra los LOTES 1 y 2, respectivamente, de los comprendidos en la licitación convocada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para contratar el “*Servicio de hemodiálisis en centros de diálisis extrahospitalaria del SESCAM*” (expediente 6101TO18SER00001).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de los lotes 1 y 2 referidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.