Recurso nº 1218/2018 C.A. Castilla-La Mancha 83/2018
Resolución nº 1216/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. R. C. C., en nombre y representación de la sociedad OXIMESA, S.L., contra la Resolución de adjudicación del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante, SESCAM) 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 del *"Contrato de gestión de servicio público (modalidad de concesión) de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (6101TO17GSP00001)"*, el 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 70.647.238,12 €, estando la actividad exenta de IVA.

La publicación en el DOUE tuvo lugar el día 10 de octubre de 2017.

Segundo. La licitación se rige por lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Al respecto de la legislación aplicable ha de hacerse, en el presente caso, una distinción relativa a la legislación aplicable a los aspectos procesales y a los aspectos sustantivos. El referido expediente de contratación se rige por el TRLCSP al haberse publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), de conformidad con el apartado primero de la Disposición transitoria primera. Sin embargo, y según dispone "*a sensu contrario"* el apartado 4º, párrafo primero, de la misma disposición, al procedimiento de recurso le es aplicable la nueva LCSP.

En la Resolución nº 437/2018, este Tribunal concluyó que *"Si el apartado 1 de dicha Transitoria Primera determina que los expedientes iniciados con anterioridad a su vigencia se rigen por la normativa anterior, el TRLCSP, ha de entenderse que el ámbito objetivo de los contratos susceptibles de recurso, en cuanto norma sustantiva determinante del régimen de recurso en tales contratos, es el que determina la normativa anterior, siendo aplicable el artículo 40.1, que es la norma sustantiva que delimita los contratos típicos respecto de los que cabe el recurso especial, eso sí, afectados por el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE a partir de abril de 2016 en que debió haberse procedido a su transposición."* Por tanto, la licitación se regirá por el TRLCSP, regulándose el presente recurso por la vigente Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Iniciada la licitación, y presentadas las propuestas por los licitadores para la adjudicación de los distintos lotes que constituyen el objeto del contrato, el 8 de febrero de 2018 se reúne la Mesa de Contratación, para proceder a la apertura del Sobre 1 y a la calificación de la documentación administrativa incluida en el mismo. El 5 de marzo de 2018, se procede a la apertura del sobre 2 (documentación relativa a los criterios sometidos a juicio de valor), de las empresas que fueron admitidas a la siguiente fase de licitación. Concluido el acto de la Mesa, se da traslado de la documentación incluida en el sobre 2 a los servicios facultativos para proceder a elaborar el informe técnico de valoración.

Cuarto. El 28 de junio de 2018, la Mesa de Contratación asume el contenido y aprueba los informes emitidos por los servicios técnicos competentes relativos al contenido del sobre 2

(documentación relativa a los criterios dependientes de juicio de valor) presentado para los diferentes lotes, y se procede a la apertura del sobre 3 (criterios basados en reglas o fórmulas). Finalmente, el órgano colegiado propone al órgano de contratación la siguiente clasificación:

Lote 1:

	SOBRE 2	SOBRE 3	TOTAL
OXIGEN SALUD S.A.	17,008	60,000	**77,008**
OXIMESA S.L.	36,968	37,000	73,968
LINDE MEDICA S.L.U.	36,475	8,590	45,065

Lote 2:

	SOBRE 2	SOBRE 3	TOTAL
LINDE MEDICA, S.L.U.	37,172	60,000	**97,172**
OXIMESA S.L.	34,527	0,050	34,577

Lote 5:

	Sobre 2	Sobre 3	Total
LINDE MEDICA, S.L.U.	37,535	38,740	**76,275**
OXIGEN SALUD, S.A.	15,897	60	75,897
OXIMESA S.L	34,983	5,530	40,513

Quinto. El día 28 de octubre de 2018 se dicta el acuerdo de adjudicación para los Lotes 1,2 y 5, que es notificado a la empresa recurrente el día 31 de octubre del año corriente.

Sexto. La mercantil OXIMESA, S.L de conformidad con el artículo 52 de la LCSP, solicitó el acceso al expediente el 31 de octubre de 2018. El 6 de noviembre del mismo año, el órgano de contratación comunica a la recurrente que ha de indicarse de forma individualizada los

documentos a los que, en su caso, desea acceder; como consecuencia de lo cual se procede por OXIMESA S.L a remitir los documentos identificados cuyo acceso se solicitaba. El 15 de noviembre de 2018 se levanta diligencia del acto de acceso al expediente por parte de la recurrente con la presencia simultánea de las empresas adjudicatarias de los Lotes 1,2 y 5. En la referida diligencia se hace constar que el acceso al expediente se limita a un número determinado de páginas, que se identifican por su numeración.

Séptimo. El 22 de noviembre de 2018, la empresa OXIMESA S.L interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación para los Lotes 1,2 y 5, previo el preceptivo anuncio ante el órgano de contratación.

Octavo. 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 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, formulasen alegaciones, habiéndose hecho uso del referido trámite las empresas OXIGEN SALUD S.A. y LINDE MÉDICA S.L.U.

Noveno. El día 30 de noviembre de 2018 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012, y publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de los lotes 1, 2 y 5 dictado en el proceso de licitación arriba indicado, referido a un contrato de servicios sujeto a

regulación armonizada, por lo que es recurrible conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP, y 40.1.a) del TRLCSP.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP y del artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente:

"*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso".*

A este respecto, cabe aludir a las consideraciones realizadas por este Tribunal en la Resolución nº 393/2016 en la que señalábamos que: "*Atendiendo a la legitimatio ad causam, en relación con el concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo, es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras sentencias, en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 o 2 de octubre de 2001, que declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, siendo interés legítimo el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga."*

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.

El Tribunal considera que el recurrente carece de legitimación, porque en ningún caso podría resultar adjudicatario de alguno de los lotes del contrato.

Como hemos visto en los antecedentes, habiendo obtenido la recurrente puntuaciones cercanas al máximo de 40 puntos en los criterios sometidos a juicio de valor (36,968, 34,527, y 34,983), las diferencias de puntos con los adjudicatarios son de 31,943, 62,595, y 35,762, por lo que la máxima puntuación de su oferta en los criterios sometidos a juicio de valor (con 3,032, 5,473, y 5,017 puntos adicionales), en ningún caso haría que pudiera ser adjudicataria de alguno de los lotes del contrato.

Esta conclusión es más remarcable en el lote 1, en el que la empresa adjudicataria ha obtenido una puntuación técnica muy inferior a la de la recurrente (17,008, por 36,475), habiéndose decidido la adjudicación por el mayor peso de la oferta económica.

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*".

El recurrente ha tenido acceso al contenido íntegro del informe de valoración de las proposiciones técnicas sometidas a juicio de valor y, sin perjuicio de su posible contraste con las ofertas técnicas de los adjudicatarios, se limita a cuestionar únicamente que se han puntuado de forma diferente los distintos lotes, cuando la oferta de cada licitador es la misma. Esta alegación no afecta a la legitimidad para recurrir, puesto que se trata de diferencias insignificantes. También alega el recurrente que se han omitido en el informe, en el desarrollo

del criterio de valoración "*Propuesta de organización del servicio",* dos ítems del PCAP: averías que supongan la interrupción de los tratamientos, y visitas de seguimiento. De igual modo, esta supuesta omisión afectaría por igual a todos los licitadores, por lo que todos podrían en su caso mejorar su puntuación. Como la máxima mejora posible de puntuación de la recurrente no le alcanzaría para poder ser adjudicataria del contrato, y no cuestiona, más allá de lo indicado, las puntuaciones otorgadas por el informe a los adjudicatarios, debe negársele legitimación para recurrir.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J. R. C. C., en nombre y representación de la sociedad OXIMESA, S.L., contra la Resolución de adjudicación del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante, SESCAM) 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 del *"Contrato de gestión de servicio público (modalidad de concesión) de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (6101TO17GSP00001)"*

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, 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 del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 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.