Recurso nº 1521/2021 C.A. Región de Murcia 108/2021
Resolución nº 1709/2021
Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.M.F.P., en representación de IDCQ HOSPITALES SALUD, SLU, contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento *"Servicios para procedimientos quirúrgicos de oftalmología de cataratas para beneficiarios del Servicio Murciano de Salud"*, expediente CSE/9999/21100959002/20/PA, en relación con el lote 1, convocado por el Servicio Murciano de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Murciano de Salud anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público 10 de diciembre de 2020, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 25.859.032,5 euros y su objeto dividido en cuatro lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los Pliegos para la tramitación del expediente, y abiertas las ofertas presentadas por los licitadores, se propone por la mesa de contratación el 1 de julio de 2021, la adjudicación de lote nº 1 a favor de las empresas HOSPITAL MESA DEL CASTILLO, SL (82,90 puntos), OFTALVIST LA VEGA, SL (73,85 puntos) y TERAPIAS MÉDICAS DOMICILIARIAS, SL (62 puntos) al resultar sus ofertas presentadas las mejores clasificadas.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

Además, las otras empresas licitadoras, que presentaron su oferta para el lote nº1, obtuvieron la siguiente puntuación: CENTRO MÉDICO VIRGEN DE LA CARIDAD MURCIA, SL, 50,19 puntos, e IDCQ Hospitales y Sanidad, SLU, 37,75 puntos.

Cuarto. El día 18 de septiembre de 2021, se dicta resolución por la que se acuerda la adjudicación del contrato a las empresas mejor clasificadas. La resolución se notifica por vía electrónica a la empresa IDCQ Hospitales y Sanidad, SLU el día 28 de septiembre de 2021.

Quinto. El día 11 de octubre de 2021, tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Hacienda, el escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación por IDCQ Hospitales y Sanidad, SLU, contra el acuerdo de adjudicación.

En su recurso, la empresa impugna la adjudicación realizada a las tres empresas mejor clasificadas, señalándose que no cumplen con la exigencia establecida en la página 22 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo, PCAP), donde se exige acompañar a los sobres de la oferta de la *"Documentación acreditativa de la propiedad del equipamiento exigido en el pliego de prescripciones técnicas."* Y se remite a la relación de material que para los quirófanos se indica en la página 4ª del pliego de prescripciones particulares (en adelante, PPT).

Se critica de un modo específico que se haya otorgado 30 puntos, el máximo de valoración en este apartado, a cada oferta de las empresas mejor clasificadas, y que las ofertas deben ser excluidas al no haber acreditado la propiedad de los quirófanos o elementos indispensables que lo deben integrar.

También, se indica que las empresas HOSPITAL MESA DEL CASTILLO, SL y TERAPIAS MÉDICAS DOMICILIARIAS, SL han incluido en su oferta el mismo equipo de oftalmólogos, con contratos que obligan a estar a disposición del Hospital y sus pacientes en jornada completa, con horario de mañana y tarde, por lo que *"Parece difícil que, si los mismos profesionales han sido ofertados por dos de los licitadores, se pueda cumplir con la prestación del servicio de una manera correcta, máxime si, además, se obligan a estar a disposición del Hospital y sus pacientes, en jornada completa, en horario de mañana y de tarde".*

Por ello, las ofertas deberían ser rechazadas al incumplir manifiestamente el PCAP, y adjudicarse el lote nº 1 a la empresa recurrente.

Sexto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación, en el que se defiende la legalidad del acuerdo de adjudicación, ya que, el PPT no exige acreditar la propiedad de los equipamientos, sino que lo previsto en el PCAP se encuadra dentro de un apartado de más amplio, en el que se recogen un importante número de compromisos y obligaciones que asumían los licitadores, hasta un total de 27 ítems, bastando por ello que el equipamiento esté disponible en las instalaciones ofertadas y sean destinados a los pacientes derivados a las clínicas, cualquiera que sea el título que posibilite su uso.

Se niega por ello, en base a resoluciones de este Tribunal, que haya un incumplimiento expreso y claro del PCAP, debiendo admitirse el que las soluciones ofrecidas cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en el PPT.

En cuanto a la identidad en el personal ofrecido en el recurso, difiere el órgano de contratación esta cuestión a la fase de ejecución del contrato adjudicado, aplicándose lo previsto en el PCAP para el caso de no cumplir con lo pactado por las adjudicatarias.

Séptimo. Por la Secretaria del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las otras licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase alegaciones, habiendo hecho uso de su derecho las empresas adjudicatarias OFTALMOLOGÍA VISTAHERMOSA SL, TERAPIAS MÉDICAS DOMICILIARIAS, SL y HOSPITAL MESA DEL CASTILLO, SL, que defienden la legalidad del acuerdo de adjudicación impugnado.

Octavo. Mediante resolución de la Secretaría de este Tribunal de 28 de octubre de 2021, se ha acordado mantener la suspensión provisional del acuerdo de adjudicación, suspensión que se mantendrá hasta su levantamiento por la resolución que resuelva sobre el recurso presentado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 y 57.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la Ley de Contratos del

Sector Público (LCSP) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Segundo. Resultan de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)

Tercero. Se impugna el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto impugnado son susceptibles de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. Es preciso examinar en primer término si el recurrente ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *"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.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados."

De acuerdo con el expediente de contratación y los fundamentos de la resolución de adjudicación, la empresa IDCQ Hospitales y Sanidad, SLU presentó su oferta con el fin de participar en la adjudicación del lote nº 1, sin embargo, y de acuerdo con la puntuación obtenida, ha quedado en clasificada en quinto lugar, esto es, la última, siendo tres los servicios a adjudicar en este lote.

Recientemente, este Tribunal señalaba en su Resolución 20/2018, de 23 de febrero, que *"es doctrina asentada de este Tribunal (Resolución nº 993/2017, de 27 de octubre) que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente".*

Y en la Resolución 59/2018, de 19 de enero, se indicaba*: "El artículo 42 del TRLCSP establece que "podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso".*

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es 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".

Es por ello que, solo en el caso de que como consecuencia de lo pretendido por el recurrente le pudiera obtener algún beneficio o ventaja, ostentará éste legitimación para la interposición del recurso, debiendo inadmitirse en el caso contrario.

En consecuencia, se examinarán las alegaciones planteadas por la empresa recurrente que pretende la exclusión de tres empresas, para lo que sí tiene legitimación, puesto que, de ser estas excluidas y puesto que, según el PCAP, en el lote nº 1, para las Areas I, V, VI, VII y IX, habría tres adjudicatarios en Murcia Capital, Pedanías y Poblaciones Limítrofes, obtendría una evidente ventaja al poder ser adjudicataria, de ser excluidas las tres adjudicatarias. No ocurre así con la valoración de las ofertas, pues si las ofertas no deben ser excluidas, y solo será revisada su valoración, aun cuando se anulara la valoración recibida, retrotrayendo 30 puntos de la oferta por el equipamiento y 10 en el caso de las empresas que ofrecen un mismo equipo médico como mejora, la recurrente no obtendría la adjudicación de ninguno de los contratos a la vista de la puntuación obtenida ya que hay otra empresa clasificada con una mejor puntuación, no teniendo en ningún caso la recurrente la puntuación necesaria para ser propuesta como adjudicataria para algún servicio. Por tanto, carecerá de legitimación la recurrente para instar la revisión de la puntuación recibida por las ofertas si estas no fueran excluidas al no constatarse ningún incumplimiento del PCAP.

Quinto. Entrando a examinar el fondo del recuso, se observa que este pivota sobre dos alegaciones fundamentalmente. De un lado, el posible incumplimiento de los Pliegos por las ofertas presentadas por las adjudicatarias que no tendrían en propiedad aquellos elementos que requiere el PPT. De otro lado, que se ofrece por dos empresas adjudicatarias el mismo personal para la prestación del servicio contratado.

En relación con la primera de las alegaciones, su resolución pasa por el examen de lo dispuesto en el apartado 10.1.2 del PCAP, que establece el contenido del sobre BC, referente a criterios valorables mediante cifras o porcentajes. Se dice en el apartado en lo que interesa a la resolución del presente recurso*: "Se deberá además incorporar por los licitadores en este sobre la siguiente documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en PPT, así como las mejoras ofertadas al mismo: […]*

-Documentación acreditativa de la propiedad del equipamiento exigido en el pliego de prescripciones técnicas".

Como se puede observar, el referido apartado en ningún momento exige que los licitadores sean propietarios del equipamiento exigido, solo indica que se debe aportar la documentación acreditativa de la propiedad en el sobre BC. Por lo que no es posible estimar la alegación del recuso con el solo fundamento en lo establecido en el PCAP.

Por otro lado, si examinamos el PPT, este en su punto 3.6.1 relativo a los quirófanos, señala que *"el centro tendrá, como mínimo, dos quirófanos completamente equipados disponibles para la actividad contratada en horario de mañana de lunes a viernes".* Y en el punto 3.6.2 indica cuál será el utillaje básico de un quirófano. Nada se dice en el apartado, ni en ningún otro, que este utillaje, o los quirófanos, deban tenerse en propiedad o por cualquier otro título.

Así las cosas, y por lo que resulta de la literalidad de las cláusulas del PCAP y del PPT en las que el recurrente funda su recurso, no se puede estimar que las empresas adjudicatarias hayan incurrido en causa de exclusión por incumplimiento de los Pliegos, y que por este motivo sus ofertas deban ser rechazadas al no tener en propiedad los elementos que son exigidos de forma específica, debiendo darse la razón en este punto a lo informado por el órgano de contratación sobre que se debe permitir que los recurrente acrediten la disponibilidad de los instrumentos y los quirófanos por cualquier medio, debido a que, los Pliegos no exigen la titularidad dominical de los medios que se emplean en la ejecución del contrato que se licita.

En esta línea, si bien es cierto que la cláusula 9.2 del PCAP, estableció que las consultas efectuadas por los licitadores en fase de licitación, a los efectos del artículo 138.2 de la LCSP, no tendrían el carácter vinculante, salvo que en la respuesta así se atribuyera, no se puede pasar por alto como criterio interpretativo, que estando vigente el plazo de presentación de proposiciones, la Unión Murciana de Hospitales y Clínicas, realizó la siguiente consulta en la Plataforma de Contratación del Sector Público:

"3. En la página 22 del PCA, pide que se aporte documentación acreditativa de la propiedad del equipamiento exigido en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), pero no aclara si es válido acreditar dicha "propiedad" aportando contratos de leasing, renting, alquiler o declaración responsable".

La respuesta que dio la Consejería de Salud de la Región de Murcia fue la siguiente. “Es válido cualquier fórmula jurídica que permita acreditar la disponibilidad del equipamiento”. (el subrayado es nuestro).

Y es que como se fundamenta en la memoria justificativa del contrato:

“3. La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondiente: Servicio de asistencia sanitaria del procedimiento quirúrgico de cataratas para pacientes del Servicio Murciano de Salud con facultativos del SMS (modalidad A) y con facultativos del centro (modalidad B).

Existen Servicios de oftalmología en todas las áreas de Salud del Servicio Murciano de Salud. Estos servicios atienden las necesidades de intervenciones de cataratas que surgen en sus áreas, estas intervenciones son realizadas por facultativos del Servicio Murciano de Salud en centros propios y en centros concertados para ello, así como por facultativos del centro concertado en el mismo.

A pesar de ello, los pacientes con cataratas pendientes de operar a 30 de septiembre de 2019, eran un total de 4.084 pacientes con una demora media de 114,93 días, lo cual objetiva una gestión de las demoras máximas ajustada a lo establecido en el Decreto n.º 25/2006, de 31 de marzo, por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia, por lo que para poder mantener la gestión de la demanda, se precisa continuar con la contratación de centros ajenos al Servicio Murciano de Salud para intervenir a los pacientes que sufren de cataratas”.

Desde la óptica del interés público (de carácter urgente), que justifica esta contratación, no añade calidad o una mejor ejecución del contrato que el equipamiento del quirófano, sea en propiedad o en otras variantes de posesión, sino que lo que realmente importa es la plena disponibilidad del mismo, a efectos de que se cumpla el fin pretendido con el contrato, evitando cualquier tipo de interrupciones o falta de disponibilidad inmediata. Y para la consecución de ese fin, no es esencial que el equipamiento sea en propiedad.

Finalmente, también plantea el recurso que la empresa OFTALVIST LA VEGA, SL no acreditó en ningún momento la propiedad de los equipos de los que dispone, aportando

únicamente una declaración responsable y ningún documento acreditativo de la titularidad. Sin embargo, para plantear esta alegación carece de legitimación la recurrente, puesto que, de excluirse la oferta de esta empresa, o no tenerse por acreditado los elementos que son específicamente valorados, su lugar lo ocuparía no la recurrente, sino la siguiente empresa mejor clasificada, CENTRO MEDICO VIRGEN DE LA CARIDAD MURCIA S.L., que obtuvo 50 puntos y quedó en cuarto lugar. Y por ello, no se admitirá la referida alegación.

Sexto. En cuanto a la alegación formulada sobre la coincidencia entre los miembros de los equipos ofertados por dos de las empresas adjudicatarias, debe tenerse en cuenta que los Pliegos fijan los requisitos necesarios para cumplir con los objetivos del contrato, y se establecen los medios para velar porque estos se cumplan durante toda su vigencia, por lo que, es evidente que el que las adjudicatarias no cumplan con sus compromisos, como consecuencia de haber ofrecido idéntico equipo médico, es algo que deberá verificarse en la fase de ejecución del contrato, y no en el momento de su adjudicación.

La recurrente, pues, se basa en especulaciones o probabilidades de incumplimiento por parte de los profesionales designados por dos licitadores pero su crítica no va dirigida a revisar el acierto o no en la adjudicación del contrato, sino que lo difiere a la fase de ejecución del contrato que no puede ser objeto de revisión o impugnación a través del recurso especial en materia de contratación. Ni tan siquiera se puede saber, a ciencia cierta, si los profesionales designados van a ser exactamente los que colaboren en la ejecución del contrato, pues los documentos contractuales no exigen la adscripción de medios personales con carácter nominativo.

Ya decíamos en la Resolución de este Tribunal número 250/2013: *"... una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato –como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos- sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012,219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni*

presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)".

También señalábamos recientemente en la Resolución 6/2021, de 8 de enero: *"teniendo en cuenta que los pliegos no recogen expresamente la obligación de que las proposiciones justifiquen cómo va a cumplirse este extremo, y que no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir – de hecho el recurrente no ha justificado fehacientemente la existencia de imposibilidad técnica o legal alguna - sólo procedería la exclusión de la oferta en el caso de que la misma incurriese en un incumplimiento expreso y claro del pliego, en el sentido de no adecuar la descripción técnica de la oferta a lo establecido en el mismo, por lo que no siendo así lo que debe presumirse es que la proposición se ajusta a los mismos. En efecto, tal y como señalan tanto el órgano de contratación como la adjudicataria, en su oferta se incluyen los compromisos y garantías exigidas en la descripción de los criterios de adjudicación, y en particular – por lo que a este recurso atañe -, que en todas las reparaciones que efectúe garantiza la conservación del marcado CE según la normativa aplicable, de manera que no pudiendo deducirse de la oferta de manera clara la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, la acreditación de tales requisitos técnicos en las reparaciones deberá producirse en fase de ejecución del contrato, debiendo velar el órgano de contratación por el cumplimiento de los mismos, por lo que el recurso no puede prosperar"*.

En todo caso, como alega la empresa HOSPITAL MESA DEL CASTILLO SL, lo que se exige por el PPT en la cláusula 4.1.2, para la modalidad B, es que el centro cuente con dos oftalmólogos *"en horario suficiente para dar el servicio contratado y en número suficiente que garantice, siguiendo los criterios científicos actuales, la adecuada realización del procedimiento"*. Por lo que, habiéndose ofrecido dos oftalmólogos y otros dos adicionales como mejora, los centros podrán disponer en cualquier caso de dos facultativos tal y como exige el PCAP, sin que por ello la coincidencia en la identidad de los profesionales ofrecidos se pueda erigir a priori en un obstáculo que permite concluir que existe un incumplimiento de lo exigido por el PPT para el contrato en la fase de adjudicación.

Por todo ello y de acuerdo con lo expuesto, este motivo debe ser desestimado y con ello el recurso en su totalidad.

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. F.M.F.P., en representación de IDCQ HOSPITALES SALUD, SLU, contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento *"Servicios para procedimientos quirúrgicos de oftalmología de cataratas para beneficiarios del Servicio Murciano de Salud"*, expediente CSE/9999/21100959002/20/PA, en relación con el lote 1, convocado por el Servicio Murciano de Salud.

Segundo. Levantar la suspensión del acuerdo de adjudicación con arreglo al artículo 57.3 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 multa ~~sanció~~n 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 la Región de Murcia, 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.