

Barcelona, a 14 de setembre de 2022

Resolució núm.: 205/2022 (recurs N-2021-0398)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per C.B.D., en nom i representació de l'empresa OXIGEN SALUD, SA contra la resolució de la contractació basada del lot pediàtric de l'acord marc de serveis sanitaris de teràpia respiratòria a domicili (TRD) en l'àmbit geogràfic de Catalunya, licitada pel SERVEI CATALÀ DE LA SALUT (expedient SCS-2021-97), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 23 de desembre de 2020, el Director del Servei Català de la Salut (en endavant, CATSALUT) va aprovar l'expedient del contracte basat del lot 14 pediàtric derivat de l'Acord marc dels serveis de teràpies respiratòries a domicili (TRD) en l'àmbit geogràfic de Catalunya, i en idèntica data es va procedir a publicar l'anunci de licitació a la plataforma de contractació de l'òrgan contractant.

D'acord amb els antecedents relatius a l'Acord marc esmentat al paràgraf anterior, les empreses homologades per participar en la contractació basada del lot 14 resultaven ser les següents:

- VIVISOL IBÉRICA, SLU
- OXIGEN SALUD, SA
- AIR LIQUIDE HEALTHECARE ESPAÑA, SL
- ESTEVE TEJIN HEALTHECARE, SL
- OXIMESA, SL

El valor estimat de contracte (VEC) del lot del contracte basat objecte de la licitació suposa un total de **5.294.433,32 euros**.

SEGON. El 5 de febrer de 2021 es constitueix la mesa de contractació i es procedeix a l'admissió de la totalitat de les proposicions presentades que coincideixen amb les cinc empreses homologades indicades al punt anterior.

TERCER. Desenvolupats els tràmits de la licitació, en data 29 de juliol de 2021, la Directora de l'àrea assistencial del CATSALUT va adjudicar el contracte basat a favor de la proposició VIVISOL IBÉRICA, SLU (en endavant VIVISOL o empresa adjudicatària), de conformitat amb l'acta de la mesa de contractació, i d'acord amb la puntuació següent:

Empresa licitadora	CVSJV₁	CVA₂	Puntuació total
Vivisol Iberica, SLU	59,30	35,72	95,02
Esteve Teijin Healthcare, SL	59,30	33,51	92,81
Oximesa, SLU	44,70	31,02	75,72
 Oxigen Salud, SA	37,80	36,80	74,60
Air Liquide Healthcare España, SL	40,90	13,12	54,02

L'esmentada resolució va ser publicada al el perfil de contractant en data 18 d'agost de 2021.

QUART. En data 23 d'agost de 2021, OXIGEN SALUD, SA (en endavant OXIGEN SALUD o empresa recurrent) va presentar davant del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra la resolució d'adjudicació de 29 de juliol de 2021 de la Directora de l'àrea assistencial del CATSALUT corresponent al lot 14 pediàtric derivat de l'Acord marc dels serveis de teràpies respiratòries a domicili (TRD) en l'àmbit geogràfic de Catalunya a favor de l'empresa VIVISOL, en síntesi, per haver introduït l'òrgan de contractació en el seu informe de valoració dels criteris sotmesos a judicis de valor elements nous no fixats prèviament en el plec de clàusules administratives particulars (en endavant, PCAP), així com per la inclusió en el PCAP del procediment de contracte basat i també de l'Acord marc previ d'un criteri automàtic de territorialitat que es considera discriminatori i injustificat.

D'acord amb l'anterior, demana l'anul·lació de les puntuacions efectuades per l'òrgan de contractació, l'anul·lació del procediment de contractació basat i així mateix la corresponent a l'Acord marc i, mitjançant altressí, la suspensió de la tramitació de l'expedient fins a la resolució del recurs.

CINQUÈ. En data 23 d'agost de 2021, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 17 de setembre de 2021, va tenir entrada en el Tribunal un enllaç One drive per l'accés a l'expedient de contractació així com l'informe de l'òrgan de contractació amb què s'oposa al recurs i en demana la desestimació. Així mateix, sol·licita l'aixecament de la suspensió del procediment de licitació acordada pel Tribunal en data 8 de setembre de 2021.

SISÈ. Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, en va fer ús l'empresa AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, SL (en endavant, AIR LIQUIDE), que s'oposa al recurs i en demana la desestimació, així com la desestimació de la sol·licitud de suspensió de l'adjudicació formulada per la recurrent.

Així mateix, també va fer ús l'empresa adjudicatària, VIVISOL, que també s'oposa al recurs i en demana la desestimació així com la pretensió de suspensió de l'adjudicació formulada per la recurrent, i la condemna en costes-.

SETÈ. El procediment de contractació resta suspès per Resolució núm. S-104/2021, de data 8 de setembre de 2021, del Tribunal.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 b) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra la resolució d'adjudicació del contracte basat del lot pediàtric de l'Acord marc de contractació dels serveis sanitaris de teràpia respiratòria a domicili adoptada per la Directora de l'Àrea assistencial del CATSALUT, de data 29 de juliol de 2021.

QUART. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 d) de la LCSP, si bé cal analitzar amb major detall si ho ha estat per persona legitimada.

CINQUÈ. Mereix una anàlisi detallada el pressupòsit de la legitimació activa de l'empresa recurrent. Així, l'article 48 de la LCSP preveu que podrà interposar el recurs especial en matèria de contractació qualsevol persona física o jurídica els drets o interessos legítims dels quals, individuals o col·lectius, s'hagin vist perjudicats o puguin resultar afectats, de manera directa o indirecta, per les decisions objecte del recurs.

Tal com és doctrina assentada, a partir de la jurisprudència en l'àmbit contenciós administratiu (entre altres, sentències del Tribunal Suprem de 19 de novembre de 1993 i 27 de gener de 1998) i en la línia mantinguda pels òrgans i tribunals de resolució de recursos contractuals (per totes, la resolucions 30/2017, 87/2016, i 14/2015 d'aquest Tribunal i les resolucions núm. 824/2014 i 239/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC–), cal dir que *“l'interès legítim equival a la titularitat d'una posició d'avantatge o utilitat pública per part de qui exerceix la reclamació i que es materialitza, de prosperar aquesta, en l'obtenció*

d'un benefici de naturalesa material o en evitar un perjudici, i que l'obtenció del benefici o l'evitació del perjudici sigui certa i no purament hipotètica”.

La Sentència del Tribunal Suprem de 14 d'octubre de 2003 ja va indicar que:

“Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9331), la legitimación «ad causam» conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la Sentencia de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3337), se parte del concepto de legitimación «ad causam» tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente”.

És cert que, a la vista de la jurisprudència anteriorment exposada, ha de considerar-se que l'article 48 de la LCSP permet recórrer a qui tingui un interès legítim diferent al d'obtenir l'adjudicació, però també ho és que en l'acció exercitada ha d'estar present aquest interès, com ja ha manifestat aquest Tribunal en nombroses ocasions (entre moltes altres, resolucions 101/2018, 24/2018, 30/2017, 201/2015, 65/2015, 48/2015, 32/2015 i 19/2014). I seguint la línia jurisprudencial:

“Para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 - RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras)”.

Pel que fa a la necessitat que l'avantatge o l'evitació del perjudici sigui eficaç i acreditat, i no merament hipotètic o potencial futur, la Sentència del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de maig, exigeix que els interessos siguin reals i actuals.

En aquest assumpte, per l'anàlisi de la legitimació d'OXIGEN SALUD, cal tenir en compte els factors següents:

- A aquesta licitació s'han presentat cinc empreses licitadores, de les quals la recurrent ha quedat la quarta classificada amb 74,60 punts, mentre que VIVISOL, classificada en primera posició, va obtenir 95,02 punts. Per tant, la diferència entre l'empresa recurrent i l'empresa que ha resultat adjudicatària és de 20,42 punts, determinada més per la valoració dels criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor (OXIGEN SALUD obté 37,80 punts i VIVISOL 59,30 punts, amb una diferència total per tant de 21,50 punts) que pels criteris automàtics. Així mateix, respecte de la segona classificada, i pel que fa els criteris subjectes a judici de valor presenta una diferència de 21,50 punts, i de 6,9 punts respecte de la tercera.

	Air Liquide Healthcare España, SL	Oximesa, SLU	Vivisol Iberica, SLU	Oxigen Salud, SA	Esteve Teijin Healthcare, SL
Puntuacions totals sobre B	40,90	44,70	59,30	37,80	59,30
Puntuacions totals sobre C	13,12	31,02	35,72	36,80	33,51
PUNTUACIONS TOTALS	54,02 de 100	75,72 de 100	95,02 de 100	74,60 de 100	92,81 de 100

- La pretensió principal d'OXIGEN SALUD és dirigeix contra la incorrecta valoració de dos aspectes concrets d'un apartat inclòs dins dels criteris subjectes a judici de valor (Procediments i equipaments), amb una puntuació màxima total de l'apartat de 20 punts, dels quals els hi corresponen un màxim de 2 punts i 1 punt als aspectes específics discutits per la recurrent, que són: el temps de resposta de les queixes i les reclamacions, i la incorporació de nous equips i accessoris, respectivament, en tant que s'ha basat, segons la seva opinió, en l'aplicació de determinades fórmules encobertes respecte d'un dels apartats dels esmentats criteris subjectius que no es trobaven establerts en el PCAP.

Per tal que resulti més clarificador, l'apartat controvertit està redactat en els següents termes en el quadre de característiques de la contractació basada (document núm. 4 de l'expedient):

1. En l'àmbit de procediments i equipaments (fins a 20 punts)

Accions que permetin optimitzar els procediments d'entrega i retirada dels aparells així com aquells aspectes logístics que permetin reduir els temps de resolució de les incidències. Es valoraran:

- El temps de resposta dels serveis, en altes de tractament i avaries, detallant els recursos i el temps de resposta que optimitzi el temps considerat com a requisit mínim, en cadascuna de les teràpies de TRD (fins a 2 punts).
 - Es valorarà que l'empresa adjudicatària posi a disposició del pacient un únic professional que realitzi les tasques d'alta de tractament i seguiment. Caldrà presentar un document que detalli les accions i actuacions del professional implicat (fins a 5 punts).
 - ➔ • En el temps de resposta de les queixes i les reclamacions, detallant el recursos que optimitzin els temps mitjos de resposta en cadascuna i les accions que es realitzant en cada cas, considerant que la major part de les queixes/reclamacions, poden afectar la realització dels tractaments, (equips, material accessori, etc.) (fins a 2 punts).
 - ➔ • Temps que es triga en la incorporació de nous equips i accessoris que apareguin en el mercat en un temps no superior a un mes i altres elements que suposin una millora en seguretat i confort pel pacient i per la realització dels serveis (sempre acompanyats de prescripció mèdica (fins a 1 punt).
 - Oferta del Kit de saturimetria, (rang de saturació, freqüència de pols), en els tractaments amb CPAP o ventilació i material específic pediàtric especialment en la ventilació mecànica i en la resta de tractaments (sempre que existeixi prescripció mèdica) (fins a 5 punts).
 - Oferta d'equips i material accessori específic de les TRD que aportin seguretat i confort al pacient (fins a 5 punts).
- Al respecte, cal posar de manifest que en aquesta valoració l'empresa recurrent va obtenir 37,80 sobre 60 punts, mentre que l'adjudicatària va obtenir 59,30 punts; no

obstant, pel que afecta els dos aspectes concrets respecte dels quals argumenta la recurrent la seva discordança en la valoració realitzada per l'òrgan de contractació, hi hauria una diferència total de tan sols 0,70 punts, el que difícilment li suposaria que en una nova valoració de les ofertes, la part actora aconseguís no tan sols la primera posició en la classificació final de les proposicions, sinó tampoc la segona.

	Air Liquide Healthcare España, SL	Oximesa, SLU	Vivisol Iberica, SLU	Oxigen Salud, SA	Esteve Teijin Healthcare, SL
PROCEDIMENTS I EQUIPAMENTS					
El temps de resposta dels serveis	1,60	1,20	2,00	1,60	2,00
Unic professional per pacient	2,50	2,50	5,00	4,50	5,00
Temps de resposta de les queixes i les reclamacions	2,00	1,50	2,00	1,50	2,00
Incorporació de nous equips i accessoris	0,90	0,80	1,00	0,80	1,00
Kit de saturimetria	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00
Equips i material accessori	2,00	3,00	5,00	4,00	5,00
Puntuació subtotal	14 de 20	14 de 20	20 de 20	17,40 de 20	20 de 20

A tals efectes, la doctrina s'ha pronunciat en aquest sentit. Valgui fer esment la Resolució d'aquest mateix Tribunal núm. 37/2022, així com la Resolució del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales –TACRC- núm. 39/2018, aquesta darrera en els següents termes:

“Pues bien, como ya hemos dicho en muchas ocasiones, para determinar si en un asunto concreto concurre el requisito de la legitimación en el reclamante ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto de interés legítimo con criterios amplios, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. En nuestra Resolución 290/2011 indicamos que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, expone que el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340-y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras).

Teniendo en cuenta esta doctrina parece claro que para determinar si el interés que muestra la entidad recurrente excede del mero interés por la legalidad es preciso analizar si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería al recurrente en caso de prosperar su pretensión. Recordemos que el recurrente ha quedado clasificado en tercera posición en el procedimiento de licitación cuya adjudicación se recurre en este recurso (documento 16 del expediente de contratación) y que las críticas jurídicas que esgrime contra la resolución recurrida se centran en la falta de documentación de la oferta del adjudicatario y en el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas que la oferta de aquel representa. De hecho, su pretensión radica en la exclusión del licitador que ha resultado adjudicatario por causa de deficiencias de su oferta. Por tanto, la eventual estimación de este recurso no le convertiría en adjudicatario del contrato, sino que tal condición pasaría a investir asegundo clasificado, esto es, a Ambulancias Sureste S.L., que obtuvo 90 puntos frente a los 69,33 de la entidad recurrente. Este efecto viene expresamente establecido por la ley e implica que al recurrente no se le otorgue una ventaja directa e inmediata con el éxito de su pretensión impugnatoria ante este Tribunal. Tal circunstancia sólo se podría haber producido si el recurrente hubiese invocado también la existencia de causas que justificasen la exclusión del segundo licitador clasificado, cosa que no ha hecho en ningún momento.” Pues bien: esto es lo que sucede en el presente supuesto, en que la recurrente, siendo clasificada en tercer lugar, al impugnar la resolución de adjudicación, ha solicitado en su recurso la exclusión tanto de la adjudicataria como la de la empresa segunda mejor clasificada, exponiendo las causas que a su juicio motivan dicha exclusión, de modo que, por ello, puede considerarse que la eventual estimación del recurso otorgaría a la recurrente una ventaja directa e inmediata, configurando así el requisito de la legitimación activa, a tenor del artículo 42 del TRLCSP.”

- En efecte, tot i una hipotètica estimació del recurs amb anul·lació de les valoracions realitzades a totes les empreses licitadores pel que fa als apartats al·ludits per la recurrent d'entre els criteris avaluable a través de judicis de valor, en línia amb el sol·licitat pel recurrent al seu recurs i a la vista de l'argumentació continguda al mateix, la proposada com a adjudicatària en cap cas resultaria l'empresa recurrent.

Sense perjudici de l'anterior, i a la vista de l'informe tècnic emès pel Comitè d'experts (document núm. 16 de l'expedient) no es pot entendre que s'hagi aplicat cap fórmula no prevista en el Plec de la contractació basada per tal d'establir les puntuacions dels criteris qüestionats per la recurrent. És més, respecte de cadascun dels criteris i de cada empresa licitadora, el comitè d'experts realitza les conseqüents valoracions, no observant aquest Tribunal que s'apartin o no guardin relació directa amb els aspectes definits al quadre de característiques de la contractació basada ni tampoc al corresponent Acord marc, ni considerant per tant que concorri una falta de motivació o arbitrarietat que determini la necessitat d'entrar a valorar una eventual anul·lació del procediment.

Així mateix, i respecte del criteri automàtic discutit per la recurrent previst a l'Acord marc regulador de la contractació basada que s'impugna, i que fa referència al relatiu a la disposició de magatzem/s de distribució de medicaments autoritzats per l'AEMPS de titularitat pròpia segons l'article 2 punt 7 del Reial Decret 782/2013, el Tribunal ha d'estar a la tesi defensada per l'òrgan de contractació en el sentit que la configuració del criteri no resulta nova en aquest moment procedimental de la impugnació en què es planteja, sinó que ja es despenia *ab inito* de la mateixa literalitat dels plecs, i així venia incorporada en els Plecs tant de l'Acord marc com de la contractació basada, publicats en el perfil de contractant i, per tant, coneguda i acceptada per totes les empreses licitadores en presentar-se a la licitació. Davant d'això, cal recordar que els plecs que regeixen la licitació, si no han estat impugnats en temps i forma i declarades nul·les les seves clàusules, esdevenen *lex inter partes* i vinculen a totes les parts, tant per a l'òrgan de contractació que els ha dissenyat i aprovat i els ha d'aplicar íntegrament, com a lògic corol·lari dels principis d'igualtat de tracte, no-discriminació i transparència ex articles 1 i 132 de la LCSP, com per a les empreses que participen en la licitació i els accepten de forma incondicionada ex article 139.1 de la LCSP.

Per tot el que s'ha exposat, el Tribunal no pot apreciar en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013 i, per tant, pertoca inadmetre el recurs per manca de legitimació.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Inadmetre, per manca de legitimació, el recurs especial en matèria de contractació presentat per C.B.D., en nom i representació de l'empresa OXIGEN SALUD, SA contra la resolució de la contractació basada del lot pediàtric de l'acord marc de serveis sanitaris de teràpia respiratòria a domicili (TRD) en l'àmbit geogràfic de Catalunya, licitada pel SERVEI CATALÀ DE LA SALUT (expedient SCS-2021-97).

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal mitjançant resolució núm. S-104/2021, de data 8 de setembre de 2021.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprobat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 14 de setembre de 2022.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta