

Recurso 41/2014
Resolución 176/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 25 de septiembre de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CENTRO MÉDICO DE TÉCNICAS DIAGNÓSTICAS DOCTOR ARDUAN, S.L.** contra la resolución, de 30 de diciembre de 2013, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Gestión del servicio público de resonancia magnética (RNM) y del servicio de tomografía axial computerizada (TAC), por procedimiento abierto, mediante concierto, para los centros agrupados del área geográfica de Sevilla (H.U. Virgen del Rocío, H.U. Virgen Macarena, H.U. de Valme) y área geográfica de Osuna (H. de Osuna)” (Expte. PA 26/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de julio de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 138 y en el perfil de contratante el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del contrato asciende a 45.744.445,30 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en el procedimiento, figura la recurrente.



SEGUNDO. Tras la calificación de la documentación de las empresas licitadoras y la valoración de las ofertas presentadas, el 30 de diciembre de 2013 se dictó resolución de adjudicación del contrato, que fue publicada en el perfil de contratante el 23 de enero de 2014.

Asimismo, consta en el expediente escrito de 5 marzo de 2014 comunicando a la entidad recurrente que no ha resultado adjudicataria del contrato. En el citado escrito también se indica que se remite la resolución de adjudicación del contrato por correo electrónico.

TERCERO. El 31 de enero de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CENTRO MÉDICO DE TÉCNICAS DIAGNÓSTICAS DOCTOR ARDUAN, S.L. contra el acto de adjudicación del contrato.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 12 de febrero de 2014, se solicitó al órgano de contratación el expediente y el listado de licitadores, ya que el informe sobre el recurso obraba en este Tribunal, al haberlo remitido el órgano de contratación con anterioridad. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 19 de febrero de 2014.

CUARTO. El 11 de marzo de 2014, el recurrente presentó en este Tribunal escrito de ampliación del recurso frente a la notificación sobre no adjudicación del contrato, y el 4 de marzo presentó en este Órgano copia del escrito de recurso de reposición interpuesto con carácter subsidiario al recurso especial y presentado ante el órgano de contratación.

Finalmente, el 21 de marzo de 2014, el recurrente presentó en el Registro de este Tribunal copia de la resolución dictada por el órgano de contratación desestimando el recurso de reposición presentado.

QUINTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 26 de febrero de 2014, se dio traslado del recurso interpuesto a los interesados concediéndoles un



plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado la unión temporal de empresas RESONANCIA ABIERTA RECAREDO S.L., CLÍNICA SANTA ANGELA DE LA CRUZ, S.L. y las entidades ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS, S.L.U., CENTRO RADIOLÓGICO COMPUTERIZADO, S.A. y CENTRO RADIOLÓGICO DOS HERMANAS, S.L.

SEXTO. Consta en el expediente que, el 31 de enero de 2014, fueron formalizados los contratos cuya adjudicación es objeto del recuso interpuesto.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce frente a la resolución de adjudicación del contrato que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.2 c) del TRLCSP.



No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato en los pliegos como gestión de servicio público, mediante concierto, en el que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP, y por tanto, considera que no es procedente el recurso especial en materia de contratación, mientras que el recurrente sostiene en su escrito de impugnación que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el contrato adjudicado es de servicios y por tanto, susceptible de recurso especial, siendo defectuosa su calificación como contrato de gestión de servicios públicos por parte del órgano de contratación.

La adecuada tipificación del contrato como gestión de servicios públicos o servicios es una cuestión que ya ha sido abordada con profusión por otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, y 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero, y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En concreto, el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene, a propósito de un contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de hemodiálisis mediante concierto, que dicha calificación exige como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre, (Asunto Wasser) en la que se señala que, ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en



cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.

- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater) en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.



2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.
- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP.



Así pues, como señala la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.

Tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicio público y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede. En tal sentido, el apartado 10 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece, de un lado, un presupuesto base de licitación de 4.529.153,00 euros para el plazo de ejecución contractual previsto (12 meses) y, de otro, unos precios unitarios máximos por estudio según el siguiente desglose:

- Estudios RNM: 72 euros.
- Estudios especiales RNM: 90 euros.
- Estudios TAC sin contraste: 30 euros.
- Estudios TAC con contraste: 54 euros.
- Informe facultativo exploraciones demandadas por los centros: 13 euros.

Asimismo, el apartado 17 del cuadro resumen relativo a los criterios de adjudicación, al referirse a la oferta económica, dice expresamente “*Se entenderá por oferta económica el resultado de la sumatoria de los productos de cada precio unitario del apartado 10.2) por el nº de pacientes y servicios estimados para cada uno de ellos*” y a continuación, fija el siguiente número total (estimado) de pacientes a nivel de la provincia:

- RMN : 44.204
- RNM ESPECIALES: 4.897
- TAC sin contraste: 7.034



- TAC con contraste: 10.079
- Informes facultativos RNM demandados por los centros: 9.817
- Informes facultativos TAC demandados por los centros: 1.756

Finalmente, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) en su apartado 3 contiene una serie de previsiones sobre los requisitos generales de la instalación y de la prestación del servicio (apartado 3), estableciendo requerimientos a cumplir por el adjudicatario en la prestación del servicio, características del equipamiento de las unidades móviles de RNM y TAC, horario de funcionamiento que garantice la actividad, sistema de gestión de citas con expresión de los grados de prioridad clínica y la emisión y remisión de informes clínicos al hospital peticionario.

A la vista de esta regulación contenida en los pliegos, debe concluirse que la prestación se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, concretamente, en la categoría 25 “Servicios sociales y de salud” del Anexo II del TRLCSP, toda vez que no concurren en aquélla las características definitorias de la gestión del servicio público por el concesionario en los términos antes expuestos, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio. Antes al contrario, en el PCAP se fija el presupuesto de licitación, los precios unitarios por estudios y el número aproximado de pacientes por cada uno de ellos, de donde se deduce que el adjudicatario será retribuido por la Administración conforme a los precios unitarios que haya ofertado y en función de los estudios realizados a los pacientes cuyo número ha sido previamente estimado por la Administración en los pliegos.

En consecuencia, como señala la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resulta evidente que la prestación del servicio público se hace con carácter universal, lo que permite tener por garantizado un elevado nivel de demanda de servicios en porcentajes que cabe presumir próximos a las estimaciones reflejadas en el PCAP. Además, dadas las características del servicio, la demanda vendrá determinada por estrictos factores de necesidad diagnóstica y es descartable que



reaccione elásticamente en función de la mayor o menor calidad en la prestación de sus servicios por el adjudicatario.

Aparte de lo anterior, tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues ya se ha indicado anteriormente que el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario y por sus instalaciones para la adecuada prestación del servicio, lo cual abunda en la idea antes expresada de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal no puede sino concluir que el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de servicios, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y alcanzar su valor estimado el importe de 45.744.445,30 euros.

Finalmente, debe indicarse que el recurrente plantea, con ocasión de la impugnación de la adjudicación, la inadecuada calificación del contrato por el órgano de contratación como gestión de servicios públicos, pero no consta que recurriese en su momento los pliegos que tipificaban de tal modo la prestación; es más, los aceptó incondicionalmente al presentar su proposición de conformidad con lo estipulado en el artículo 145.1 del TRLCSP. Además, como pone de manifiesto el órgano de contratación, la improcedencia del recurso especial conforme a los pliegos (apartado 3 del PCAP) ya fue conocida y aceptada por los licitadores.

No obstante y pese a todo lo anterior, debe destacarse que la competencia para conocer de un determinado recurso es una cuestión de orden público procesal



que debe apreciarse de oficio por los Tribunales u órganos encargados de resolver los recursos formalizados ante ellos, aún cuando tal cuestión no hubiera sido alegada por las partes. Es por ello que este Tribunal, a efectos de fijar su competencia para resolver el recurso especial interpuesto, ha tenido que entrar a analizar la prestación contractual objeto de los pliegos en orden a determinar la adecuada naturaleza jurídica del contrato y su sujeción o no al recurso especial. A tales efectos, resulta del todo indiferente la calificación jurídica contractual que se haya dado en los pliegos y que éstos hayan sido o no aceptados por el licitador hoy recurrente, pues dichos pliegos no pueden alterar, en modo alguno, el sistema de justicia administrativa dispuesto por el legislador. En tal sentido, se pronuncia también el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

En el supuesto analizado, consta en el expediente que la resolución de adjudicación se dictó el 30 de diciembre de 2013, publicándose en el perfil de contratante el 23 de enero de 2014 y que, mediante escrito de 5 de marzo de 2014, se comunicó a la entidad recurrente que no había resultado adjudicataria. Es por ello que el recurso presentado el 31 de enero de 2014 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal, toda vez que el mismo se ha presentado incluso antes de la remisión formal de la notificación del acto impugnado.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, han de examinarse los motivos en que el mismo se sustenta, debiendo señalarse que el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación no entra a discutir el fondo del recurso especial por considerar que el contrato adjudicado no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.



En el primer motivo del recurso se alega que la empresa adjudicataria presentó su oferta fuera del plazo establecido en el anuncio de licitación, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). En tal sentido, se indica que el anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) señalaba como fecha límite de presentación de las ofertas, las 14,00 horas del decimoquinto día natural contado a partir del día siguiente a la publicación del anuncio, habiendo presentado su oferta la adjudicataria a las 14:30 horas en la oficina de correos. En consecuencia, la admisión de dicha oferta determina, a juicio del recurrente, la nulidad de la adjudicación.

Para resolver la cuestión suscitada, se ha de atender a lo dispuesto en el artículo 80 del RGLCAP, cuyos apartados 2 y 4 establecen lo siguiente: “2. *Los sobres a que se refiere el apartado anterior habrán de ser entregados en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviados por correo dentro del plazo de admisión señalado en aquél, salvo que el pliego autorice otro procedimiento, respetándose siempre el secreto de la oferta.*

(...)

4. *Cuando la documentación se envíe por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día (...)*”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación publicado en el BOJA de 17 de julio de 2014 establece lo siguiente: “8. *Presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación.*

a) *Fecha límite de presentación: a las 14,00 horas del decimoquinto día natural, contado a partir del día siguiente a la publicación de este anuncio en el BOJA. Si éste fuera sábado, domingo o festivo, se trasladará al siguiente día hábil”.*

Así pues, la primera conclusión que se extrae es que el plazo de presentación de ofertas finalizó a las 14,00 horas del día 1 de agosto de 2014, por lo que en el



supuesto de envío de la documentación por correo, la fecha de imposición del envío tenía como límite las 14,00 horas del día expresado. Además, éste es el criterio que sostuvo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 23/09, de 25 de septiembre, a propósito del plazo de presentación de proposiciones enviadas a través de la oficina de correos. En el citado informe se sienta la conclusión de que *“para determinar si la presentación de documentaciones se ha hecho o no en plazo deberá atenderse a la hora establecida en el anuncio cuando la hora se haya expresado como límite final del plazo, o exclusivamente al día cuando no se haya hecho expresión de ésta o en caso de haberse hecho no lo haya sido con la finalidad de marcar el final del plazo sino simplemente, de forma indicativa, las horas de apertura al público de las oficinas de registro”*.

No obstante lo anterior, concurren en el caso examinado circunstancias concretas que deben examinarse. Así, consta en el expediente de contratación que el mismo día de finalización del plazo de presentación de ofertas, la entidad ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS S.L.U. envió un fax dirigido a la mesa de contratación indicando que se entregó la oferta en la oficina de correos de Alcobendas (Madrid) a las 13:45 horas del día 1 de agosto de 2013, si bien por problemas en el sistema informático de la oficina, el envío quedó registrado a las 14:34 horas, adjuntando reclamación formulada a la oficina de correos poniendo de manifiesto tales extremos.

También consta incorporado al expediente otro fax remitido por la empresa al hospital el 7 de agosto de 2014, al que se adjunta contestación de Correos a la reclamación formulada en los siguientes términos: *“Contestamos a su reclamación del día 01/08/2013, en la que nos comunica la incidencia acontecida cuando se personó en la Sucursal 2 de Alcobendas (...)*

Efectuadas las consultas precisas con nuestro personal correspondiente de la Oficina Postal referida, nos informan que en el momento en el que se presentó en las dependencias postales se produjo una anomalía puntual en el sistema informático de la misma, propiciándose la situación expuesta en su



reclamación y demorándose temporalmente las gestiones precisas para la admisión de envíos.”

La contestación de Correos, aún cuando no deja constancia expresa de que la hora de entrada de la documentación en la oficina postal de Alcobendas hubiese sido las 13:45 horas -como indica ALLIANCE MEDICAL S.L.U. en su reclamación-, sí pone de manifiesto que por razones no imputables a la licitadora se propició la situación expuesta en su reclamación y su documentación fue registrada con demora en la oficina.

Tal incidencia no podía ser prevista por la entidad licitadora a quien no resulta imputable el registro extemporáneo de su oferta a las 14:34 horas. Es por ello que no debe hacerse recaer sobre aquélla la grave consecuencia que de ello derivaría, a saber, la inadmisión de su oferta por haberse presentado fuera de la hora prevista del día en que finalizaba el plazo de presentación de proposiciones.

Además, queda acreditado que el mismo día de finalización de dicho plazo la empresa envió un fax al hospital poniendo de manifiesto tales extremos y que la documentación tuvo entrada en el registro general del órgano de contratación al día siguiente.

Así las cosas, la empresa cumplió todos los requisitos que el artículo 80 del RGLCAP exige a las ofertas enviadas por correo, con la salvedad de la hora de imposición del envío en correos que, siendo posterior en media hora a la hora límite fijada en el anuncio, ni ha impedido que el órgano de contratación quedase enterado en el mismo día de la presentación de la oferta, ni ha situado al licitador en posición de ventaja respecto al resto, pues su documentación tuvo entrada en Correos antes de las 14:00 horas, obedeciendo la demora de su registro en media hora a un problema solamente imputable a la oficina postal.

Procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso.



SEXTO. En el segundo alegato del recurso se denuncia que el órgano de contratación no ha facilitado al recurrente el acceso a la oferta del adjudicatario so pretexto de que documentación por éste aportada había sido íntegramente calificada como confidencial. Ello supone, a juicio del recurrente, un ejercicio abusivo de la facultad que confiere a los licitadores el artículo 140.1 del TRLCSP, no debiendo el órgano de contratación haber amparado dicho abuso.

En efecto, en el acta de vista del expediente (página nº 429 del expediente remitido a este Tribunal) consta que la recurrente solicitó el examen de la documentación del sobre 2 aportada por ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS, S.L. y que dicho examen le fue denegado dado el carácter confidencial con que dicha documentación fue presentada.

Al respecto, la Resolución 592/2014, de 30 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recoge la doctrina acuñada por dicho Tribunal respecto a la confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores. Dicha doctrina puede resumirse en el sentido de que debe buscarse el necesario equilibrio entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, sin que la obligación de confidencialidad a que se refiere el artículo 140.1 del TRLCSP pueda afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario. Por tanto, en el caso de que el adjudicatario califique como confidencial de manera indiscriminada toda la documentación incluida en su proposición, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecte a secretos técnicos o comerciales y pueda ser examinada por los demás licitadores.

La doctrina expuesta es compartida por este Tribunal y lleva, en el supuesto examinado, a considerar que el órgano de contratación no debió amparar una calificación indiscriminada de confidencialidad de su oferta por parte del adjudicatario. Ahora bien, la denegación del acceso a la citada oferta solo tendrá consecuencias directas en el procedimiento, si de ello pudiera resultar una efectiva lesión del derecho de defensa del recurrente a efectos de la



interposición de un recurso fundado, cuestión ésta que se abordará más adelante.

SÉPTIMO. En tercer lugar, el recurrente aduce que la oferta de la adjudicataria fue presentada por la entidad ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS, S.L., si bien el contrato ha sido adjudicado a la mercantil ALLIANCE MEDICAL, S.A. Por tanto, a juicio del recurrente, ha habido una sucesión de empresas durante la tramitación del procedimiento, sin que conste en el expediente que la sucesora reúne las condiciones de capacidad y solvencia exigidas en el PCAP, tal y como exige el artículo 149 del TRLSCP. Es por ello que la empresa sucesora no debió resultar adjudicataria.

Sobre tal cuestión, debe indicarse que, según se deduce del expediente, la oferta fue presentada por la entidad ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS, S.L. y si bien en la resolución de adjudicación se menciona a la entidad ALLIANCE MEDICAL, S.A., tal cambio no obedece a una modificación de la forma societaria de la empresa durante el procedimiento de adjudicación, toda vez que en el contrato posteriormente suscrito con dicha empresa, el 31 de enero de 2014, vuelve a aparecer la denominación inicial de ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS S.L.. Además, las alegaciones al recurso son formuladas por esta última y no por ALLIANCE MEDICAL, S.A., de donde se deduce que la resolución de adjudicación ha padecido un mero error material en la denominación social de la licitadora, circunstancia ésta que es, además, expuesta por ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS S.L. en su escrito de alegaciones al recurso.

Se desestima, pues, el alegato del recurso.

OCTAVO. Otro motivo del recurso versa sobre la ventaja competitiva introducida en los pliegos a favor de la adjudicataria ALLIANCE MEDICAL DIAGNÓSTICOS, S.L., al incluir la valoración de instalaciones fijas y móviles en condiciones de igualdad y solo disponer de estas últimas dicha empresa. Además, a juicio del recurrente, ello permite que la citada empresa haya podido



realizar una oferta económica más baja, habida cuenta del ahorro de costes que supone el hecho de que las máquinas móviles ofertadas utilicen recursos técnicos, profesionales y de instalaciones del propio recinto hospitalario.

En primer lugar, el motivo esgrimido afecta a la configuración de los criterios de adjudicación en los pliegos, por lo que resulta extemporánea la impugnación deducida ahora contra aquéllos cuando lo que se recurre es la adjudicación del contrato.

A mayor abundamiento, del alegato del recurrente no cabe deducir sin más la infracción de los pliegos, pues, respetando siempre los límites legales, es facultad del órgano de contratación configurar la prestación del modo que mejor satisfaga sus necesidades administrativas, determinando los requisitos de las instalaciones donde se ha de llevar a cabo aquélla y valorando positivamente todos aquellos aspectos que puedan constituir mejoras en su ejecución. Y si en el ejercicio de tal facultad, los criterios elegidos para la valoración de las ofertas colocan a unas empresas en mejor posición que a otras, no por ello cabe concluir sin más que dichos criterios atenten contra principios básicos de la contratación pública.

Procede, pues, desestimar este alegato del recurso.

NOVENO. Los dos últimos alegatos del recurso deben examinarse conjuntamente. De un lado, se alega que la resolución de adjudicación es nula por falta de motivación al carecer del contenido exigido por el artículo 151.4 del TRLCSP. Se indica que el pie de recurso es erróneo al fijar 10 y no 15 días hábiles para la interposición del recurso especial en materia de contratación y que la resolución solo contiene el resultado de las calificaciones obtenidas, sin mencionarse las características y ventajas de la proposición del adjudicatario, ni las razones por las que se haya descartado la oferta del recurrente.

Asimismo, el recurrente considera que la insuficiencia de motivación es predicable, igualmente, del informe técnico sobre valoración de las ofertas con



arreglo a los criterios de adjudicación no automáticos, el cual incurre también en una valoración defectuosa de las ofertas.

De otro lado, en lo que se refiere al criterio de adjudicación cuantificable mediante un juicio de valor “Mejoras RNM y TAC” que es valorado en el PCAP con hasta 10 puntos, el recurrente denuncia su carácter abstracto y su falta de concreción, lo que incide en la falta de transparencia pues no se conoce, a priori, qué debe valorarse y cómo. A juicio del recurrente, el citado criterio no establece parámetros técnicos y/o económicos que permitan efectuar la oferta, lo que favorece la arbitrariedad en la valoración del criterio.

En el examen de estos dos motivos -ausencia de motivación de la adjudicación y falta de concreción de las mejoras-, comenzamos por este último dada la incidencia que su eventual estimación pudiera tener respecto al otro, y ello por las razones que se irán exponiendo a continuación.

Al respecto, el apartado 17.1 del cuadro resumen del PCAP recoge, entre los criterios no automáticos o cuantificables mediante un juicio de valor, “MEJORAS RNM y TAC” que son valoradas con hasta 10 puntos y tienen la siguiente redacción: *“Mejoras consistentes en proporcionar medios tecnológicos suficientes necesarios para ampliar el almacenamiento de los PACS locales, a fin de albergar el volumen de estudios realizados por la empresa adjudicataria, realizadas por cuenta del adjudicatario tras revisarse por parte de los Servicios de TI de todos los centros implicados en este pliego dichas necesidades.”*

Dichas mejoras se valorarán en los criterios de adjudicación, con mayor puntuación las ofertas con mayor importe destinado a las mismas, y el resto de forma proporcional según el importe y tecnologías ofertadas para el almacenamiento solicitado.”

Pese a la confusa redacción del criterio, cabe deducir que son objeto de valoración las aportaciones en metálico y medios tecnológicos ofertados para la ampliación del almacenamiento de los PACS locales. Ahora bien, para las



mejoras de tipo económico, el PCAP no determina los límites o condiciones en que quedan autorizadas, es decir, no se fija a dichas mejoras un tope, al menos, máximo que permita a los licitadores concretar los importes a ofertar. Es más, al tratarse de una aportación en metálico destinada a la ampliación del almacenamiento de los PACS locales, la concreción del elemento definitivo sobre el que recaerá dicha aportación queda postergada a la ulterior determinación que efectúe el órgano de contratación tras la adjudicación del contrato. En definitiva, pues, el PCAP no define parámetros, horquillas o límites para la realización de las mejoras económicas, ni concreta su posterior destino más allá de la genérica expresión “ampliación del almacenamiento de los PACS locales.”

De otro lado, en lo que se refiere a las mejoras tecnológicas, el PCAP no concreta sobre qué elementos pueden recaer, pues utiliza la misma expresión genérica antes citada, impidiendo a los licitadores conocer qué elementos técnicos van a ser considerados como mejoras susceptibles de valoración.

Es por ello que asiste razón al recurrente cuando afirma que el PCAP define las mejoras en abstracto y sin concreción, no pudiendo los licitadores conocer a priori qué debe valorarse y cómo. Ello supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 147 del TRLCSP, cuyos apartados 1 y 2 disponen lo siguiente: “1. *Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.* 2. *La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de la licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.*”

Sobre esta necesidad de concreción de las mejoras se ha pronunciado el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, indicando que los pliegos deben detallar los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia



de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH). También existen pronunciamientos en igual sentido de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado (v.g. el informe 59/2009, de 26 de febrero) y de todos los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, los cuales vienen manifestando de modo reiterado que la concreción de las mejoras en los pliegos -con la indicación de los elementos sobre los que puedan recaer y las condiciones en que queda autorizada su presentación- es un requisito legal cuya ausencia infringe lo dispuesto en los artículos 147 y 150 del TRLCSP y atenta al principio de igualdad de trato de los licitadores, quienes desconocen al preparar sus ofertas qué mejoras van a ser admitidas y valoradas.

Así pues, en el supuesto analizado, la indefinición de las mejoras ha supuesto una infracción clara del artículo 147 del TRLCSP. Pero es más, tal infracción imputable al pliego ha impedido que los licitadores pudieran formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a su potencial empresarial y a sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado. Ello determina la nulidad de la cláusula del pliego relativa al criterio “Mejoras RM y TAC” por infracción del principio de igualdad, infracción que puede apreciarse de oficio por este Tribunal pese a que el recurso se dirija contra la adjudicación del contrato, pues lo contrario podría determinar que este órgano revisor tuviera que declarar -en caso de que no concurriese otro vicio en el acto recurrido- la validez de un acto que es nulo de pleno derecho y no susceptible de convalidación.

El criterio expuesto ya ha sido adoptado por este Tribunal en su Resolución 139/2014, de 23 de junio, en la que, a su vez, se acogía la posición mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 383/2014, de 19 de mayo.

Asimismo, la nulidad debe extenderse a todo el procedimiento de adjudicación pues, como señala la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 2013 (asunto C-448/01)**, << *los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de*



adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.
(...)

(...)La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.>>

Todas las consideraciones anteriores llevan a la estimación de este alegato del recurso y a la declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación por vicios esenciales del cuadro resumen del pliego en la definición de las mejoras como uno de los criterios de adjudicación del contrato. Por lo demás, este criterio es acogido, igualmente, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas resoluciones, por todas, la reciente Resolución 592/2014, de 30 de julio.

DÉCIMO. La trascendencia que conlleva la anterior declaración de nulidad del procedimiento dejaría ya sin virtualidad un eventual pronunciamiento estimatorio del único motivo del recurso que resta por analizar y que se refiere a la falta de motivación de la adjudicación. No obstante, el estudio del citado motivo ha de ser abordado a continuación, en cumplimiento del principio de congruencia consagrado en el artículo 47.2 del TRLCSP y a fin de evitar, en la medida de lo posible, ulteriores impugnaciones por las mismas razones que subyacen en el alegato que ahora se va a analizar.



En primer lugar, el recurrente aduce que el pie de recurso del acto impugnado es defectuoso al señalar 10 días hábiles y no 15 para la interposición del recurso especial. Tal alegato debe desestimarse por cuanto el defecto padecido en el pie de recurso no ha impedido al recurrente formalizar en plazo el recurso especial.

En segundo lugar, se alega que el acto impugnado no está motivado e infringe lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP. En efecto, la resolución impugnada recoge las puntuaciones de las ofertas en cada uno de los criterios de adjudicación y las puntuaciones globales finales, señalando el porcentaje del presupuesto base de licitación que corresponde a los adjudicatarios en las dos áreas geográficas que prevén los pliegos, de conformidad con lo establecido en el apartado 16 del cuadro resumen del PCAP.

Ahora bien, ello no es suficiente para considerar que el acto de adjudicación está motivado. La mera expresión de las puntuaciones asignadas a las ofertas en los criterios de adjudicación -sin una justificación siquiera somera de las mismas- impide conocer a los licitadores el razonamiento seguido por la Administración en el proceso de valoración de las ofertas y priva a aquéllos del conocimiento mínimo necesario para poder combatirlo, provocándoles indefensión material.

En numerosas resoluciones de este Tribunal se ha venido recogiendo la doctrina constitucional sobre la motivación de los actos. Así, la Resolución 37/2012, de 11 de abril, ya aludía a esta doctrina del modo siguiente: << (...) *la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002 señala que “la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”.*



Asimismo, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Pues bien, la doctrina constitucional expuesta, aún cuando se refiere a las sentencias de los órganos judiciales, cabe entenderla igualmente aplicable al acto administrativo, pues lo determinante es que se exterioricen en el mismo los razonamientos que han llevado a la Administración a adoptar la resolución de que se trate. Sólo así se puede efectuar un adecuado control de la actividad administrativa, velando por que no se haya incurrido en discriminación o arbitrariedad a la hora de resolver y se garantiza a los interesados el derecho de defensa, a fin de que puedan oponerse y rebatir fundadamente la decisión administrativa.>>

En el supuesto examinado, el acto impugnado adolece de la más elemental motivación, sin que tampoco su notificación contenga la información necesaria que prevé el artículo 151.4 del TRLCSP. Ahora bien, tal circunstancia solo determinará la declaración de nulidad de la resolución recurrida de conformidad con lo estipulado en los artículos 32 a) del TRLCSP y 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, si aquella ausencia de motivación ha generado, en los términos expuestos por la doctrina constitucional, indefensión material al recurrente produciendo un efectivo y real menoscabo de su derecho de defensa.

Por consiguiente, debe examinarse ahora si el recurrente ha visto impedido el ejercicio de su derecho de defensa. Al respecto, consta que solicitó vista del



expediente y que tuvo acceso al informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a criterios no automáticos o cuantificables mediante juicios de valor. Ello nos lleva a analizar si dicho informe técnico contiene motivación suficiente para la interposición de un recurso fundado, pues solo la ausencia o insuficiencia de motivación en el citado informe -que fue conocido por el recurrente antes de la interposición del recurso- le habría generado indefensión material y, consecuentemente determinaría que el acto de adjudicación carente de motivación fuese nulo por resultar, asimismo, nulo el informe técnico en que se apoya.

Expuesto lo anterior, hay que decir que el recurrente alega motivación defectuosa del informe técnico respecto a los dos criterios de adjudicación de carácter no automático previstos en los pliegos. Uno de estos criterios se refiere a las mejoras, cuyo examen ya ha llevado al pronunciamiento de nulidad contenido en el fundamento anterior de esta resolución. Por tanto, en el presente fundamento de derecho solo se va a abordar la valoración del informe técnico respecto al otro criterio de adjudicación no automático recogido en el apartado 17.1 del cuadro resumen del PCAP, a saber, “capacidad de absorción de la demanda RNM y TAC”, que es ponderado con hasta 10 puntos, siendo su tenor el siguiente: *“Se puntuará la mayor capacidad de asumir la demanda, tanto en aspectos cuantitativos y de tiempo de demora, como aspectos cualitativos: pacientes pediátricos, aquellos otros pacientes que requieren sedación y en general, los que requieren una atención especial.*

Asimismo, respecto de los locales e instalaciones: grado de confort, vestuarios para los pacientes, capacidad de las salas de espera y dependencias etc. Conexión informática, tanto software como hardware aportado y necesario para la visión on-line de estudios e informes asociados a los mismos.

Respecto del personal: existencia de facultativos especialistas y en radiodiagnóstico adicionales, con declaración del número de horas semanales.



Especialistas de enfermería (ATS/DUE) con declaración del nº de horas semanales.”

Pues bien, a efectos de valoración de este criterio, el informe técnico desglosa su contenido en una serie de apartados a los que otorga una puntuación cuyo sumatorio total no excede de los 10 puntos asignados al criterio en el PCAP. Al respecto, aún cuando no es una cuestión controvertida en el recurso, este Tribunal sí recomienda al órgano de contratación que, en la definición de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, los pliegos determinen con la mayor precisión posible los aspectos sujetos a valoración en los citados criterios. En particular, se recomienda este proceder en supuestos como el examinado, donde la Comisión Técnica ha podido establecer con mucho mayor detalle y precisión que el pliego los conceptos valorables en el seno del criterio y los coeficientes aplicables a cada uno de ellos, lo que evidencia que tal distribución y concreción pudo y debió llevarse a efecto en el pliego.

Dicho lo anterior y retomando nuestro hilo argumental, aquellos apartados a que se refiere el informe técnico para la valoración del criterio “Capacidad de absorción de la demanda RNM y TAC” son:

Nº de equipos RM: 2 puntos

Nº de equipos de TC: 1 punto.

Capacidad de absorber la demanda: 1 punto

Vinculación de la capacidad al objeto del contrato: 1 punto

Memoria funcional: 2 puntos

Sistema informático: 0,5 puntos

Dotación de personal: 1 punto

Tratamiento de estudios especiales: 1,5 puntos.

A juicio del recurrente, la valoración de las ofertas en estos apartados es defectuosa y no está suficientemente motivada. Así, se denuncia que en los dos



primeros apartados se valore el número de equipos ofertados y después no se especifique el número que oferta cada licitador, aludiéndose tan solo a que el número de equipos es bajo, insuficiente o muy completo. También se indica que en el apartado de capacidad para absorber la demanda, la justificación de las puntuaciones es igual para todos las ofertas que reciben los mismos puntos y que en el apartado relativo a la memoria funcional se señala que las memorias son, según los casos, muy completas, deficientes o incompletas, pero sin justificar las razones. Finalmente, se alega motivación genérica e insuficiente respecto al sistema informático y la introducción de un elemento de valoración no incluido en el pliego como es la asignación exclusiva de personal al contrato.

Tras un examen del informe técnico, debe darse la razón al recurrente, toda vez que no se puede puntuar el número de equipos ofertados sin especificar cuantos oferta cada licitador, ni cabe justificar las puntuaciones con frases hechas, genéricas o estereotipadas que no permiten contemplar las individualidades de ofertas distintas. Asimismo, tampoco cabe puntuar una memoria en base a la mera calificación de completa, deficiente o incompleta si no se explica qué elementos se han tenido en cuenta para llegar a esa calificación.

En definitiva, cabe concluir que, del examen del informe técnico, el recurrente no ha podido extraer la información necesaria para la interposición de un recurso fundado, a lo que se une el hecho de que una calificación indiscriminada de confidencialidad en la oferta del adjudicatario, le ha impedido conocer ésta para constatar -ya que el informe no lo hacía adecuadamente- las características o ventajas de la proposición adjudicataria determinantes de la adjudicación a su favor.

Al respecto, debe indicarse que la motivación en la valoración de las ofertas no tiene que ser extensa ni pormenorizada punto a punto, pero sí comprensiva de la reflexión o juicio técnico seguido para llegar al resultado o solución (Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo), pues lo determinante, como indica la sentencia del Tribunal General



de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012, es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones y de las otorgadas a los demás.

Por lo expuesto, procede acoger el alegato de falta de motivación del acto impugnado, con la consecuente nulidad del mismo de conformidad con lo previsto en los artículos 32 a) del TRLCSP y 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

No obstante, la declaración de nulidad del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento noveno, conlleva la nulidad de la resolución de adjudicación, lo que no empece para que se aprecie además la nulidad de dicha resolución por falta de motivación, según lo expresado en este fundamento.

Asimismo, la nulidad de la licitación que es declarada en la presente resolución lleva consigo la de los contratos formalizados, de conformidad con lo previsto en el artículo 35.1 del TRLCSP. Ello, sin perjuicio de que, al amparo del artículo 35.3 del citado texto legal y en tanto se perfecciona un nuevo contrato, pueda disponerse la continuación de los efectos del contrato anulado, a fin de no producir grave trastorno al servicio público.

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CENTRO MÉDICO DE TÉCNICAS DIAGNÓSTICAS DOCTOR ARDUAN , S.L.** contra la resolución, de 30 de diciembre de 2013, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Gestión del servicio público de resonancia magnética (RNM) y del servicio de tomografía axial computerizada



(TAC), por procedimiento abierto, mediante concierto, para los centros agrupados del área geográfica de Sevilla (H.U. Virgen del Rocío, H.U. Virgen Macarena, H.U. de Valme) y área geográfica de Osuna (H. de Osuna)” (Expte. PA 26/2012), y en consecuencia, declarar la nulidad del procedimiento de adjudicación con extensión de tal declaración a los contratos formalizados, en los términos que constan en los fundamentos de derecho noveno y décimo de esta resolución.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

