Recurso 63/2014

Resolución 180/2014

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

Sevilla, 3 de octubre de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVERICUM, S.L.** contra la resolución, de 27 de enero de 2014, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se declara desierta la licitación del contrato denominado "Gestión del servicio público de hemodiálisis en club de diálisis dependiente de los centros hospitalarios del SAS en la provincia de Cádiz" (Expte. 504/13), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

o

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de octubre de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 212 y en el perfil de contratante el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del contrato asciende a 77.618.368,80 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La única empresa que participó en la licitación fue la recurrente y tras la calificación de la documentación técnica incluida en el sobre 2, fue excluida de la licitación declarándose desierta la misma.

TERCERO. El 3 de marzo de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AVERICUM, S.L. contra la resolución por la que se declara desierta la licitación del contrato.

CUARTO. En virtud de resolución de 24 de marzo de 2014, este Tribunal acordó la suspensión de la resolución objeto del presente recurso.

QUINTO. 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 declarando desierta la adjudicación del contrato.

En primer lugar, 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 este Tribunal en su resolución 176/2014 y 182/2014, de 25 de septiembre, donde se recogía el criterio de 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 idéntico al que es objeto del presente recurso e interpuesto por la

misma recurrente y 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 7.609.644,00 euros para el plazo de ejecución contractual previsto (12 meses) y dividido en tres agrupaciones: Area Cádiz con dos lotes, Area G.S: Jérez con tres lotes y Area G.S Campo de Gibraltar con dos lotes. Por otro lado, se fijan unos precios unitarios máximos según el siguiente desglose:

- Si se realizan 520 o menos sesiones de tratamiento al mes: 122 euros
- Entre 521 y 780 sesiones de tratamiento al mes: 120 euros

- Más de 780 sesiones de tratamiento al mes: 118 euros

Asimismo, el apartado 17 del cuadro resumen relativo a los criterios de adjudicación, al referirse a la oferta económica, dice expresamente *"A los efectos de valoración de las ofertas económicas se tomarán los precios unitarios ofertados para la tarifa que corresponda"* y a continuación, fija las tarifas para cada uno de los lotes en que se divide cada agrupación, según las sesiones de tratamiento que se realicen.

El órgano de contratación alega que el PCAP alude a una *"previsión de sesiones anuales"* y que el desajuste mensual entre la oferta y la demanda por motivos asistenciales provoca un desequilibrio económico que debe ser asumido por la adjudicataria. Sin embargo, el PCAP asegura un mínimo de sesiones mensuales de 520 en unos lotes y de 780 en otros, por lo que no se produce esa transferencia de riesgo al adjudicatario que en todo caso tiene garantizado el un número mínimo de sesiones de tratamiento mensuales.

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 sesiones de tratamiento y el número aproximado de sesiones anuales, de donde se deduce que el adjudicatario será retribuido por la Administración conforme a los precios unitarios que haya ofertado y en función de las sesiones de tratamiento realizadas.

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 el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario y por sus instalaciones para la adecuada prestación del servicio en su cláusulas 3 y 4 , 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 77.618.368,80 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.

Por otro lado, el acto impugnado es el acto por el que se rechaza la oferta presentada por la recurrente y se declara desierto el procedimiento de adjudicación, por lo que debe calificarse como acto de trámite pues si bien integra el procedimiento no pone fin a éste, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al mismo, que en el procedimiento de adjudicación es el acto en que ésta se manifiesta.

La regla general en nuestro ordenamiento, que se establece en el artículo 107.1 de la LRJ-PAC, es que los actos de trámite no son susceptibles de recurso sin perjuicio de que la oposición a dichos actos de trámite pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, al igual que hacerse valer en el recurso contra la resolución.

Con carácter excepcional el artículo 107.1 LRJ-PAC permite recurrir los denominados actos de trámite cualificados que son aquellos que deciden directa

o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Este mismo criterio es el reproducido por el artículo 40, en sus apartados 2.b) y 3, del TRLCSP al disponer que podrán ser objeto del recurso *"los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores"* y que *"los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación."*

El acto adoptado determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y es susceptible de causar un perjuicio a los derechos e intereses legítimos, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO. El recurso ha sido interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartado 2.b) del TRLCSP que señala 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 aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga (el recurso) contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción."

La resolución declarando desierta la licitación se publicó en el perfil de contratante el 30 de enero de 2014 pero no se notificó a la recurrente hasta el 12 de febrero por correo certificado y el recurso tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 3 de marzo de 2014, por lo que se interpuso en el plazo de 15 días hábiles previsto en el citado precepto legal.

Consta igualmente en el expediente anuncio de la interposición del recurso especial presentado 12 de febrero de 2014 ante el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, han de examinarse los motivos en que el mismo se sustenta.

El recurrente centra su recurso en rebatir el informe técnico de valoración de los criterios no automáticos entendiendo que su oferta cumple todos los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en los distintos aspectos en que, según el citado informe, la oferta de la recurrente, no se ajustaba al mismo, considerándose inadecuada, lo que motivó la exclusión de la recurrente y la declaración de desierta de la licitación, al haber sido la única empresa que participó en la misma.

En realidad, lo que postula la empresa en el recurso es rebatir el informe técnico de valoración de su oferta, lo que se mueve, como ha señalado la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero no puede prevalecer sobre el criterio del un órgano administrativo especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica acuñada por el Tribunal Supremo.

Al respecto, en anteriores resoluciones de este Tribunal se ha expuesto ya en profundidad esta doctrina. Así, en las **Resoluciones 87/2012, de 25 de septiembre, 107/2012, de 11 de noviembre y 120/2012, de 13 de diciembre,** se manifestaba textualmente lo siguiente << *(...) se cita la Sentencia de 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que alude, a su vez, a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.*

Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad.

La sentencia, aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, manifiesta que lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores. >>

También se indicaba en aquellas resoluciones de este Tribunal que la doctrina de la discrecionalidad técnica ha sido asumida plenamente por los distintos Tribunales Administrativos de Contratos Públicos, y se citaba, entre otras, la Resolución 33/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales en la que se manifestaba que *"es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración."*

Finalmente, este Tribunal también ha invocado en resoluciones anteriores **la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324)** cuando afirma que <<*la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.*>>

Por ello, habrá qué analizar si el citado informe ha incurrido en error o arbitrariedad en la valoración de la oferta de la recurrente que son los límites a dicha discrecionalidad técnica.

En primer lugar, el recurrente alega que su oferta cumple lo establecido en el PPT respecto a los accesos a los locales propuestos frente a lo que indica el informe técnico.

La cláusula 3.1.1 del PPT señala que "*habrá accesos directos e independientes desde el exterior. Debe preverse, en consecuencia, la necesidad de que el acceso sea practicable para vehículos de transporte sanitario, habilitando áreas donde la transferencia del paciente desde la ambulancia se realice adecuadamente*".

En el informe técnico de valoración se indica, respecto al centro ofertado por la recurrente para el municipio de Chiclana, que se constata que "*hay accesos directos e independientes desde el exterior*", pero respecto al centro para el municipio de Cádiz indica el informe que "*no se detallan en planos la existencia de accesos directos e independientes desde el exterior practicables para vehículos de transporte sanitario: en la documentación se determina que se han habilitado áreas donde la transferencia del paciente desde la ambulancia se realice adecuadamente; sin embargo, dicho compromiso no es contrastable ni en los planos aportados ni con la ubicación propuesta para el Centro, sobre todo para la evacuación de aquéllos pacientes urgentes o críticos, dado que los vehículos sanitarios no pueden acceder a la puerta principal y la calle no tiene salida*".

Frente a ello, el recurrente sostiene que lo que el PPT exige es que se tengan accesos directos e independientes desde el exterior y que ese acceso sea practicable para vehículos de transporte sanitario para lo que hay que habilitar áreas donde la transferencia del paciente desde la ambulancia se realice adecuadamente pero no exige que los accesos deban ser directos de las

ambulancias a la puerta principal del centro. Además sostiene que lo habitual en este tipo de centros es que el vehículo aparque cerca del centro pero no acceda directamente al mismo y para ello acompaña en su escrito del recurso fotos obtenidas de Google Maps que demuestran que el centro actual tiene esas características y que otro centro licitado por el SAS para la provincia de Córdoba con idéntico PPT y PCAP se ha adjudicado a una empresa que ofertó un centro cuyo acceso es por una calle peatonal. Concluye el recurrente con un informe de un arquitecto en el que se indica que el centro que oferta para el municipio de Cádiz cumple con las máximas garantías de seguridad y eficiencia puesto que el hecho de que las ambulancias aparquen en una calle que acaba en la fachada del mismo centro facilita la trasferencia de los pacientes desde los vehículos de transporte sanitario dado que no existe tráfico rodado en esa calle.

En definitiva, la cuestión se centra en la interpretación sobre el alcance de la cláusula del PPT respecto a lo que debe entenderse por que "el acceso al centro sea practicable para vehículos de transporte sanitario, habilitando áreas donde la transferencia del paciente desde la ambulancia se realice adecuadamente" y en concreto, si ello supone que deba permitir el acceso de las ambulancias a la puerta principal o no.

Del informe de valoración de la oferta de la recurrente no resulta que ésta incumpla el PPT, sino que en los planos aportados no se detallan los accesos directos e independientes al centro, aunque en la documentación se determina que se han habilitado áreas donde la transferencia del paciente desde la ambulancia se realice adecuadamente; sin embargo, dicho compromiso no es contrastable ni en los planos aportados ni con la ubicación propuesta para el Centro. Por tanto, no se trata de un incumplimiento determinante de la exclusión de la oferta, ya que si a la luz de los planos aportados no resulta claros los accesos al centro propuestos o las áreas de transferencia de pacientes propuestas, como indica el informe técnico de valoración, ello no es causa de exclusión de la oferta sino en todo caso motivaría la petición de aclaración de la misma al licitador.

SEXTO. La segunda alegación del recurrente respecto al incumplimiento de su oferta de los requisitos del PPT es la referida al número de aseos ofertados.

La cláusula 3.1.2 del PPT establece que el centro deberá contar con "*vestuario y aseos de pacientes, diferenciado por sexos, con taquillas individuales para que cada enfermo pueda disponer sus prendas. Vestuario y aseos de personal diferenciados por sexos*".

El informe técnico de valoración de la oferta de la recurrente indica respecto al centro para al municipio de Chiclana que "*el número de aseos parece insuficiente (además de otras consideraciones sobre aseos y vestuarios expuestos). Téngase en cuenta la posibilidad de ampliar a 147 pacientes mínimos en el período estival, lo que supondría que 40 pacientes por turnos, para el caso de positivos, únicamente se ofertan 2 aseos (al igual que se ha considerado con anterioridad, se considera insuficiente inclusive para 20 pacientes por turnos). Además el aseo de positivos no está diferenciado por sexos.*"

Y respecto al centro ofertado para el municipio de Cádiz, el informe señala que "*Las salidas de los vestuarios/aseos de los pacientes negativos son visualizadas desde las áreas de recepción y espera; no tienen accesos directos a las salas de diálisis*".

El recurrente indica que ofertó 3 aseos y que por ello cumplía con lo exigido en el PPT. En efecto, como hemos señalado el PPT exigía aseos diferenciados por sexos, pero no establece un número mínimo de aseos, sólo que estén diferenciados por sexos, de lo que se deduce que tendría que haber un mínimo de dos (uno masculino y otro femenino).

El informe técnico de valoración estimó que el número de aseos ofertado por el recurrente es insuficiente, pero entendemos que dicha consideración sí rebasa lo límites de la discrecionalidad técnica, pues no puede hacerse dicha valoración de que el número de aseos ofertado es insuficiente en atención a la previsión de

pacientes que va a tener el centro, puesto que el PPT no establece ningún limite ni máximo ni mínimo en cuanto al número de aseos a ofertar. Como tampoco exige el PPT que se oferten aseos de positivos y de negativos ni que las salidas de los vestuarios/aseos de los pacientes negativos no sean visualizadas desde las áreas de recepción y espera y tengan accesos directos a las salas de diálisis.

Estas consideraciones que hacen los técnicos en el informe de valoración de la oferta del recurrente no tienen amparo en el PPT, que es el marco al que los licitadores tienen que ajustar su oferta, por lo que debe estimarse este motivo del recurso.

SEPTIMO. La tercera alegación del recurrente respecto al incumplimiento de su oferta de los requisitos del PPT es la referida a la zona de almacenaje de material sucio.

La cláusula 3.1.2 del PPT establece que el centro deberá contar con "*zona sucia para almacenaje de material sucio ubicada fuera de la sala de tratamiento*". Según el informe técnico de valoración en la oferta de la recurrente "*la zona /oficios de sucio de los pacientes (tanto negativos como positivos) están ubicadas dentro de la sala de tratamiento*".

El recurrente indica que hay un error en el citado informe puesto que en su oferta se distingue entre lo que es el oficio de sucio adscrito a la sala de diálisis en el que se recoge el material sucio que se genera en la sala de diálisis y que por ello debe estar cercano a la misma y por otro lado está la zona de almacenaje de de material sucio al que se traslada dicho material desde la sala de diálisis y que está ubicado fuera de la zona de tratamiento.

Examinada la oferta presentada por la recurrente se comprueba que en los planos de ambos centros consta una zona denominada "oficio de limpio" y "oficio de sucio" dentro de la zona de tratamiento y luego una zona de "residuos" fuera de la zona de tratamiento. El PPT alude exclusivamente a "zona sucia para almacenaje de material sucio ubicada fuera de la sala de tratamiento". En el

informe técnico se estima que la zona denomina "oficio de sucio" es la zona de almacenaje de material sucio y el recurrente aclara que la zona de almacenaje de material sucio es la denominada en el plano "residuos", que si consta fuera de la zona de tratamiento.

Por tanto, no puede entenderse que la oferta incumpla el PPT en este aspecto, puesto que consta la existencia de zona de residuos fuera de la sala de tratamiento y el hecho de que se incluya en la oferta una zona denominada "oficio de sucio" ha inducido a error a los técnicos en su valoración, puesto que consta la existencia de una zona de residuos fuera de la zona de tratamiento como exige el PPT.

OCTAVO. Otra de las cuestiones rebatidas por el recurrente es la relativa al aislamiento de los puestos de diálisis proyectados.

El PPT dispone que *"cada puesto debe permitir ser aislado visualmente del resto mediante dispositivos al caso"* y el informe técnico de valoración de la oferta de la recurrente indica al respecto que *"en la documentación técnica se establece que los puestos permitirán ser aislados visualmente del resto mediante dispositivos al caso, pero no se determinan los medios, por lo que no puede valorarse el nivel de determinación"*.

El recurrente alega al respecto que el aislamiento de cada puesto lo va a realizar a través de biombos siguiendo la Guía de la Sociedad Española de Nefrología y al no tratarse de elementos de carácter arquitectónico no se reflejaron en los planos.

Del PPT no resulta una obligación que el aislamiento de los puestos quede reflejado en los planos del centro que se oferte, sino que exige que los puestos "permitan ser aislados visualmente" pero no exige un dispositivo concreto para aislarlo, sino los que se estimen "al caso". El recurrente alega que en la declaración responsable que incorporó a su oferta se comprometió a cumplir con las prescripciones del PPT y entre ellas, el aislar los puestos con dispositivos

adecuados, por lo que el hecho de que estos no se reflejen en los planos tampoco puede estimarse como incumplimiento del PPT al no exigir éste dicha obligación y en todo caso lo que determinaría es que no se le valorara tal y como indica el informe técnico al señalar que "*en la documentación técnica se establece que los puestos permitirán ser aislados visualmente del resto mediante dispositivos al caso, pero no se determinan los medios, por lo que no puede valorarse el nivel de adecuación del aislamiento visual*".

Esta misma consideración debe hacerse respecto a la alegación sobre el incumplimiento de la indicación de la zona de pesaje y almacenamiento de todo el material auxiliar y no auxiliar necesario en ambos centros.

El PPT establece que "*deberá contar con espacio adicional para zona de pesaje y almacenamiento de carros de curas, carro de parada y todo el material auxiliar necesario* ".

En el informe técnico de la oferta del recurrente se indica que "*se delimitan las zonas adicionales para zona de pesaje (2 básculas para negativos y una para positivos dentro de las propias salas de tratamiento, ubicadas en la zona de entrada), pero no la ubicación de los carros de curas, de paradas y todo el material auxiliar necesario; no obstante, en la oferta técnica se dice que las salas cuentan con las mismas*".

Por tanto, el PPT no exige que se indique la ubicación de los carros de curas y de parada y material auxiliar y, como señala el recurrente, éstos son parte del mobiliario por lo que no puede tener un reflejo arquitectónico en los planos aportados y por tanto, procede estimar la alegación del recurrente de que ello puede ser causa de exclusión de la oferta.

NOVENO. Otra de las alegaciones va referida al incumplimiento de la oferta de los requisitos del PPT respecto al grupo electrógeno, que el PPT exige "*grupo electrógeno propio (con potencia suficiente, certificada expresamente por técnico titulado competente) que garantice suministro eléctrico de emergencia*

en menos de un minuto y durante cuatro horas energía suficiente para alimentar las tomas de equipos de diálisis, iluminación de toda la unidad, así como suministro de agua tratada".

El informe técnico de valoración indica respecto a la oferta del recurrente y referido al centro del municipio de Cádiz que aunque incluye en su oferta un grupo electrógeno de estas características "*no obstante, dicho grupo es ubicado en una zona interior, sin que se especifique en la documentación las características de la instalación ni pueda determinarse en planos su nivel de adecuación, dado que al ubicarse en el interior, debería como mínimo, estar insonorizado,.....*"

Como hemos reiterado en el fundamento de derecho anterior, no se puede excluir a una oferta por no cumplir requisitos que no están en el PPT que rige el contrato, puesto que éste se limita a exigir un grupo electrógeno de las características señaladas, pero no con una ubicación concreta, por lo que ningún reproche al respecto pueda hacerse a la oferta de la recurrente.

DECIMO. Otro de los incumplimientos imputados a la oferta de la recurrente es el relativo al tratamiento de residuos que establece el PPT.

La clausula 4.6 del PPT dispone que "*será por cuenta de la entidad concertada la gestión de los residuos de cualquier naturaleza derivados de la actividad del Centro, de acuerdo con lo previsto en el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía 2012-2020, aprobado por el Decreto 7/2012, de 17 de enero, publicado en el BOJA número 28, de 10 de febrero, y en el Reglamento de Residuos de Andalucía, aprobado por el Decreto 73/2012, de 20 de marzo, publicado en el BOJA número 81, de 26 de abril de 2012.*
A tal efecto, la entidad concertada deberá cumplir y ajustarse a la normativa vigente en cada momento, y deberá describir en su oferta el procedimiento del que vaya a disponer. Deberá tener suscrito contrato para la retirada de residuos peligrosos con empresa autorizada, cuya copia deberá presentar ante el órgano de contratación, según se determine en el PCAP".

En el informe técnico se indicó respecto a la oferta de la recurrente que "*este apartado se considera inadecuado en su totalidad dado que no constan los procedimientos de los que se van a disponer, lo que supone un incumplimiento de las exigencias del pliego y de la normativa aplicable. Tampoco, se detallan los circuitos de limpio/sucio, los protocolos de gestión y traslado de residuos muy peligrosos, ni los contenedores, ni ningún aspecto de su oferta sobre tales extremos. En la oferta técnica sólo presenta un compromiso de que la mercantil cumplirá y se ajustará a la normativa vigente en cada momento, sin que dicho compromiso pueda considerarse suficiente a efectos de determinar el procedimiento del que se va a disponer*".

La recurrente presentó en su oferta una declaración responsable asumiendo las obligaciones que indica la cláusula 4.6 del PPT transcrita. El único incumplimiento que se le puede imputar es el de que no indicara los procedimientos de los que va a disponer para el tratamiento de residuos.

Frente a ello alega la recurrente que el contenido de un Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos vienen incluido en la propia norma que exige su cumplimiento y que al haber hecho la declaración responsable de llevar a cabo la gestión de los residuos de cualquier naturaleza derivados de la actividad del Centro, de acuerdo con lo previsto en el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía 2012-2020 y el Reglamento de Residuos de Andalucía, ya implica que el procedimiento del que va a disponer es el exigido en dicha norma. Además alega que presentó certificado de cumplimiento de las normas de calidad medioambiental 14001 que sólo se puede obtener si se tiene vigente y en funcionamiento un Plan de Residuos.

De los expuesto no resulta un incumplimiento total de la cláusula 4.6 del PPT por parte del recurrente, sólo no indicó en su oferta el procedimiento de tratamiento de residuos de que iba a disponer pero sí cumplió con el resto de requisitos que exige la citada cláusula a través de la declaración responsable presentada, lo que no es motivo de exclusión de la oferta.

UNDECIMO. Por último alega que el hecho de haber incluido en el sobre nº 2 un criterio valorable automáticamente como es una característica de tratamiento de agua ultrapura que es un criterio de adjudicación automático valorable en 10 puntos, no puede ser causa de exclusión de su oferta puesto que es la única licitadora que participó en el procedimiento.

El artículo 145.2 del TRLCSP establece que *"Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo".*

El artículo 150.2 del TRLCSP dispone que *"La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta evaluación separada".*

En cumplimiento de la anterior previsión legal, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público prevé que *"La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos"*

La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas, impidiendo que un

conocimiento previo de datos - que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquéllos que dependen de un juicio de valor.

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (Resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores. Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.

De igual modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, la Resolución 62/2013, de 6 de febrero) señala que la exigencia de separación entre ambas clases de datos no obedece al simple capricho de legislador, sino que tiene un claro fundamento en los principios rectores de la contratación, en especial el que acoge la necesidad de trato no discriminatorio de las ofertas presentadas. Así pues, la normativa contractual pretende garantizar que, en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación de las ofertas por razón de los criterios evaluables mediante fórmulas. Y esta pretensión del legislador tiene como fundamento el hecho indudable de que, aún cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado

de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Por tanto, el fundamento de lo expuesto no es otro que el preservar la igualdad de trato de los licitadores evitando que el conocimiento anticipado por parte del órgano de contratación de aspectos de la oferta evaluables de manera automática pueda influir en el informe de valoración de la documentación técnica incluida en el sobre 2.

Ahora bien, en el presente caso, al existir un único licitador, el hecho de que entre la documentación técnica incluida en el sobre 2 se haga referencia al suministro y montaje de dos sistemas para la obtención de agua ultrapura que según la cláusula 17 del PCAP es un criterio de adjudicación evaluable de forma automática en 10 puntos, no supone que se quebrante el principio de igualdad de licitadores puesto que es el recurrente el único licitador, ni tampoco puede influir ello en la valoración de la documentación técnica de dicha oferta puesto que es única. En definitiva, el hecho de revelar en el sobre 2 un criterio evaluable automáticamente no puede ser motivo de exclusión de la única oferta que se presentó a la licitación, ya que este hecho no influye en la valoración de la misma.

DUODECIMO. Por último el recurrente alega que se le debería haber dado la posibilidad de subsanar su oferta si el órgano de contratación estimaba que la misma no se ajustaba plenamente al PPT.

Tal y como hemos ido exponiendo en esta resolución y a la luz de las alegaciones del recurrente y del informe técnico de valoración, se comprueba que las cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas no detallan con precisión los requisitos que deben reunir las ofertas o al menos no detallan los motivos en los que el informe técnico de valoración apoya el rechazo de la oferta de la recurrente.

La exclusión de una oferta sólo puede producirse cuando existe un incumplimiento de los pliegos que son "la ley del contrato entre las partes", pero del tenor del informe técnico de valoración no se deduce que la oferta de la recurrente incumpla el PPT, sino que los distintos aspectos analizados en el recurso podrían suponer un menor valoración de la oferta pero no son causas de exclusión y en todo caso son aspectos sobre los que podía haberse pedido aclaración al recurrente.

Sobre la posibilidad de completar o aclarar las ofertas, ya se ha pronunciado este Tribunal en sus resoluciones 94/2012, de 15 de octubre y 123/2013, de 16 de octubre y en la 131/2013, de 28 de octubre, a la que se refiere el recurrente en su recurso. En todas ellas se aludía a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08). En dichas resoluciones se resumía la doctrina de esta sentencia del modo siguiente:

"Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada."

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que *"excepcionalmente, los datos relativos a la*

oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta." Y concluye la sentencia citada que *"(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron."*

Siendo el recurrente el único licitador, ninguna quiebra al principio de igualdad de trato se produce si se hubiera solicitado aclaración de alguno de los aspectos técnicos de su oferta, ya que a la luz de lo expuesto, no se aprecia un incumplimiento por la misma del PPT que sea causa de exclusión. Hay que tener en cuenta que el artículo 151.3 del TRLCSP dispone que *"no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego".*

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVERICUM, S.L.** contra la resolución, de 27 de enero de 2014, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se declara desierta la licitación del contrato denominado "Gestión del servicio público de hemodiálisis en club de diálisis dependiente de los centros hospitalarios del SAS en la provincia de Cádiz" (Expte. 504/13) y en consecuencia anular dicha resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión acordada por este Tribunal por Resolución de este Tribunal de 24 de marzo de 2014.

TERCERO. 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