**Recurso 260/2022**
**Resolución 422/2022**
**Sección tercera**

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

Sevilla, 11 de agosto de 2022

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LINDE MÉDICA, S.L.U.** contra la resolución, de 9 de junio de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de terapias respiratorias domiciliarias en el ámbito de los centros sanitarios integrados en la central provincial de compras de Córdoba» (Expte. CCA.C3BT5-L). convocado por el Hospital Universitario Reina Sofía, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 17 de septiembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 20.645.140,95 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las personas interesadas dicho día en el perfil de contratante.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 9 de junio de 2022, el órgano de contratación adjudica el contrato citado en el encabezamiento a la entidad OXIMESA, S.L.U. (en adelante la adjudicataria).

**SEGUNDO.** El 1 de julio de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad LINDE MÉDICA, S.L.U. (en adelante la recurrente) contra la citada resolución, de 9 de junio de 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 6 de julio de 2022.

La Secretaría del Tribunal, con objeto de conceder a la recurrente el acceso al expediente de contratación solicitado, le requirió para que se personase en las oficinas de este Tribunal, al haberse denegado el acceso de parte de la misma por el órgano de contratación. En el requerimiento efectuado a la recurrente se le comunicó que, tras requerimiento efectuado al órgano de contratación, se recibió en este Tribunal informe sobre la documentación que entiende debe considerarse confidencial conforme a lo señalado por la entidad adjudicataria, acordándose por este Órgano conceder vista de parte de la documentación de la oferta de dicha entidad, en concreto, se le informó de que podría tener acceso al apartado «A.2.3. Características técnicas de los equipos e interfaces y accesorios», contenida en el sobre 2, la cual no fue considerada como confidencial por la adjudicataria y cuyo acceso se produjo de manera parcial ante el órgano de contratación.

Tras lo cual, la vista pudo celebrarse en la sede de este Órgano el 21 de julio de 2022. Posteriormente, el día 28 de julio de 2021 la entidad recurrente presenta en el registro del Tribunal escrito de ampliación del recurso inicial, el cual fue remitido para su informe al órgano de contratación, habiendo sido recibido en este Tribunal el pasado 9 de agosto.

Con fecha 29 de julio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto, incluida su ampliación, que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad adjudicataria.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

**SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la adjudicación fue dictada el 9 de junio de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 1 de julio de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP. Asimismo, el escrito de ampliación del recurso fue formulado en el plazo establecido en el artículo 52 de la citada LCSP

**QUINTO. Sobre la actuaciones realizadas en el seno del procedimiento que culminaron con la admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada.**

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del órgano de contratación que culminan con la admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, por justificar la viabilidad de su oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

Mediante escrito de la secretaría de la mesa de contratación, de 16 de marzo de 2022, tras reproducir los tres primeros párrafos del artículo 149.4 de la LCSP, efectúa el siguiente requerimiento a la entidad ahora adjudicataria *«para que, en el plazo de 8 días hábiles contados a partir del siguiente a la recepción de la presente comunicación, justifiquen y desglosen razonada y detalladamente aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:*
*a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
*b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
*c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
*d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 de la LCSP.*
*e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

*En concreto, en lo referente a los apartados a) y b) anteriores, deberá aportar como mínimo la siguiente información (todos los datos IVA excluido):*

*- Ingresos totales esperados*
*- Costes totales esperados, desglosando:*
*+ Costes directos de Amortización/sustitución de equipos terapias respiratorias (tanto de equipos para los pacientes, como de los equipos ofertados en los criterios de adjudicación automáticos)*
*+ Coste del material fungible desechable a entregar a los pacientes.*
*+ Costes directos de los recursos humanos ofertados en la documentación técnica aportada en el sobre n* 2, desglosado por categorías profesionales (indicando la categoría, número de personas y salario bruto anual de cada categoría, costes de antigüedad en su caso, costes de seguridad social y otros costes como sustituciones por vacaciones, IT y otras causas posibles).*
*+ Otros costes directos como repuestos o similares para el mantenimiento y reparación de los equipos de terapias, costes de las entregas de oxígeno, costes de transporte de equipos.*
*+ Costes indirectos o generales a repercutir sobre los costes directos.*
*+ Posibles costes financieros de la operación.*
*+ Cualquier otro coste posible estimado.*
*- Beneficio esperado, como diferencia entre los ingresos esperados y los costes totales esperados.*
*Todo ello con el debido detalle que permita su adecuada valoración en orden a la exclusión o no de la clasificación de la oferta realizada.»*.

La entidad ahora adjudicataria aporta en plazo la información y documentación que considera adecuada para la justificación de su oferta.

Por la mesa de contratación en sesión celebrada el 4 de abril de 2022, previo informe de la comisión técnica de evaluación de la viabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria de 1 de abril de 2022 (en adelante informe de viabilidad), se acuerda solicitar a dicha entidad aclaraciones a su contestación, con el siguiente contenido:

*«Como continuación a nuestro escrito de 16 de marzo en el que se le requería la presentación de justificación de oferta anormalmente baja en relación con el expediente de referencia, una vez recibida y analizada su respuesta a la misma, emitida con fecha 25 de marzo de 2022, por la presente se le solicitan las siguientes aclaraciones a la misma, todas ellas referidas al apartado 2.2.3. Costes directos de los recursos humanos ofertados en la documentación técnica aportada en el sobre n* 2, desglosado por categorías profesionales (indicando la categoría, número de personas y salario bruto anual de cada categoría, costes de antigüedad en su caso, costes de seguridad social y otros costes como sustituciones por vacaciones, IT y otras causas posibles):*

*- En la tabla detallada de recursos humanos, figura el número de trabajadores por categoría, el salario bruto anual, el coste de la seguridad social y otros, y el total gasto RRHH de cada año. Pues bien, se solicita aclaración de los cálculos realizados para obtener el total que aparece en cada año (1.704.673 euros el año 1 y 1.806.478 euros el año 2), dado que al comprobar dichos cálculos, se aprecian diferencias entre lo reflejado como total gasto por cada tipo de personal, y el que se debería obtener multiplicando el número de profesionales por la suma del salario bruto anual más el gasto de SS y otros (que estimamos sería el coste anual de un trabajador de la categoría de que se trate). Realizando dichos cálculos por nuestra parte, los totales que obtenemos para cada año son los siguientes:*
*(...)*
*- Por otro lado, en cuanto al número de recursos humanos por categoría profesional reflejados en dicha tabla, se observa que no son coherentes con el número de recursos que se recogieron en el apartado a.2.1. Declaración responsable para la contratación de profesionales adscritos al contrato destinados a la atención al paciente y prestación de los servicios TRD, ambos apartados del plan de gestión presentado como documentación obligatoria del sobre número 2, y apartado a.3. Recursos adscritos al contrato de la PLS de Córdoba. Tabla detallada, recursos humanos que le fueron valorados en el apartado 1.1. Recursos humanos y materiales, de los criterios de evaluación no automáticos del presente expediente.*

*Si realizamos los cálculos del coste directo de recursos humanos con el número de recursos humanos que hicieron figurar en dichos apartados, siguiendo la metodología ya explicada, el resultado sería el siguiente:*
*(...)*
*Así pues, se le requiere para que, en el plazo de 3 días naturales contados a partir del siguiente a la recepción de la presente comunicación, aclaren detalladamente ambas cuestiones, que llevarían a un gasto de personal muy superior al reflejado por ustedes en la cuenta de resultados contrato TRD Córdoba.»*.

Tras aportar la entidad ahora adjudicataria las aclaraciones solicitadas, se emite por la comisión técnica encargada al efecto el informe técnico de viabilidad de la oferta en la que se indica en lo que aquí interesa lo siguiente:

*«1. (…) [la entidad ahora adjudicataria] dispone de una solvencia tanto económica como financiera sólida que garantiza a priori la prestación del servicio de terapias respiratorias domiciliarias (TRD) en la provincia de Córdoba.*

*Siendo una de las empresas líderes del Sector, atendiendo actualmente a casi 300.000 pacientes en quince comunidades autónomas (en concreto, 78.000 pacientes en Andalucía).*
*En sus casi cincuenta años de historia, (…) [la entidad ahora adjudicataria] siempre ha sido capaz de asumir todos los servicios encomendados por los diferentes Servicios de Salud, así como a otros clientes de carácter privado en las condiciones económicas ofertadas, sin que hasta la fecha le haya sido incautada o ejecutada total o parcialmente ninguna de las fianzas o garantías depositadas.*
*La estrategia comercial y de precios llevada a cabo por (…) [la entidad ahora adjudicataria] ha permitido desde su constitución y hasta el día de la fecha, disponer de unos estados financieros con resultados positivos, lo que sin duda supone una garantía de viabilidad de la oferta formulada en el presente expediente.*
*Analizadas las cuentas anuales que aporta la empresa, se constata que la facturación durante el ejercicio 20-21 asciende a 61,4 millones de euros, con un resultado neto de 7,2 millones de € (11,7% sobre las ventas).*

*2. Respecto al precio ofertado por (…) [la entidad ahora adjudicataria] en el presente expediente en comparación con el precio de otros expedientes de reciente adjudicación en Andalucía (…) [la entidad ahora adjudicataria], es líder en Andalucía, siendo la adjudicataria de los expedientes de terapias respiratorias a domicilio en las provincias de: Córdoba (Alto Guadalquivir), Jaén, Cádiz, Granada y Málaga. Dichos expedientes fueron adjudicados a (…) [la entidad ahora adjudicataria] con precios inferiores a los ofertados en el expediente que nos ocupa, y en virtud de los cuales esta sociedad obtiene resultados económicos positivos. Estos contratos se vienen ejecutando con normalidad y con satisfacción por parte de estos centros, como hemos podido verificar mediante conversaciones con los responsables de los mismos y sin que medie queja o conflicto entre ambas partes derivadas de la ejecución del contrato.*
*Se recoge seguidamente comparativa del precio medio por paciente y día adjudicado en la extinta Agencia Pública Alto Guadalquivir en el mes de octubre de 2021, así como en la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén en marzo de 2020 (actualmente Central Provincial de Compras de Jaén), con el que se obtiene de la oferta realizada por (…) [la entidad ahora adjudicataria] al presente expediente, donde se puede observar que dicho precio es algo superior en la oferta realizada al expediente de Córdoba, frente a la adjudicada en los otros dos centros:*
*(...)*
*3. El grado de implantación en Andalucía, hace que (…) [la entidad ahora adjudicataria] sea una empresa competitiva y coste eficiente, en cuanto a:*
*3.1.- Actual adjudicatario de la prestación de terapias respiratorias domiciliarias en las provincias colindantes a Córdoba y en la propia provincia. Siendo los actuales adjudicatarios de la prestación de servicios de TRD a pacientes de SAS en Córdoba (Alto Guadalquivir), Jaén, Cádiz, Granada y Málaga; junto con la prestación de TRD a pacientes de compañías aseguradoras privadas en Sevilla y Huelva, les permite una alta implantación en Andalucía, que favorece el hecho de ser coste eficientes en cuanto a los recursos materiales y humanos puestos a disposición del contrato en Córdoba.*
*3.2.- Centro producción/Laboratorio Farmacéutico de (…) [la entidad ahora adjudicataria] en la provincia de Córdoba. (…) [la entidad ahora adjudicataria] cuenta con infraestructura de más de 11.000 m? de superficie en la capital de Córdoba, con medios logísticos e instalaciones de producción (llenado), laboratorio farmacéutico, almacenamiento y distribución de medicamento y equipamiento.*
*Este aspecto supone una gran ventaja competitiva, ya que la distancia de la infraestructura de (…) [la entidad ahora adjudicataria] tanto a los centros hospitalarios como a los domicilios de los pacientes es muy reducida, lo que implica un menor coste en logística y un ahorro energético en combustible.*
*Señalar que las plantas de producción de las que disponen las empresas que, junto a (…) [la entidad ahora adjudicataria], han participado en el presente procedimiento de contratación, se encuentran fuera de la provincia de Córdoba, por lo tanto a distancias muy superiores a los centros hospitalarios y a los pacientes destinatarios de los servicios objeto del contrato. La ubicación de las instalaciones de (…) [la entidad ahora adjudicataria], permite*

*pues ser más competitivos en precio, al reducirse considerablemente los costes de transporte y desplazamiento, permitiéndole ofertar en el presente expediente de contratación a los precios indicados en la oferta económica presentada.*

*3.3.- Centros de almacenamiento de (…) [la entidad ahora adjudicataria] en Córdoba y provincias limítrofes La implantación tanto en Córdoba como en las provincias limítrofes hacen que el plan de logística y distribución a los pacientes de terapias respiratorias en Córdoba sea muy favorable en cuanto a sus costes. (…) [la entidad ahora adjudicataria] puso a disposición del órgano de contratación en el sobre n*2, el plan de asistencia sanitaria en el cual la prestación de las TRD en el área de influencia del Hospital de Pozoblanco se vería reforzado por la disposición de un pre acuerdo con la mancomunidad del Valle de los Pedroches, permitiendo generar ahorros respecto a la distribución logística. De igual forma, al ser el actual adjudicatario de las TRD en la Central de Compras de Jaén, se tuvo en cuenta a la hora de realizar tanto la memoria técnica como la propuesta económica, la distribución y el plan de servicio de las TRD en el área de influencia de Cabra, Alcalá la Real, etc… ya que se realizaría desde los almacenes ya implantados por (…) [la entidad ahora adjudicataria] más próximos a dicha provincia.*

*3.4.- Actual adjudicatario del suministro de gases medicinales en la Central de Compras de Córdoba NIPPON GASES (empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que (…) [la entidad ahora adjudicataria]), es el actual adjudicatario del suministro de gases medicinales en la provincia de Córdoba, disponiendo de los medios materiales y humanos necesarios para realizar la distribución de gases líquidos y comprimidos tanto a los centros hospitalarios como a los centros de salud de la provincia de Córdoba. Consideración que se ha tenido en cuenta, por parte de (…) [la entidad ahora adjudicataria], a la hora de elaborar su oferta tanto técnica como económica. En definitiva, tras analizar la información presentada, concluimos que la implantación en Andalucía y en concreto en la provincia de Córdoba de (…) [la entidad ahora adjudicataria] es muy adecuada para proponer una oferta técnica y económica coste eficiente, redundado en un precio óptimo al órgano de contratación.*

*4. Cuenta de resultados del expediente La empresa aporta la cuenta de resultados esperada en el presente expediente, realizando explicación de las premisas utilizadas para el cálculo de cada una de las partidas de gastos directos e indirectos, estimándose que se recogen todos los conceptos de coste a considerar, incluyendo los relativos a la oferta realizada derivada de los criterios de adjudicación automáticos (cesión de determinado equipamiento relacionado con las terapias respiratorias y realización de pruebas diagnósticas domiciliarias, concretamente estudios de poligrafía y pulsioximetria). Dicha cuenta de resultados arroja un beneficio esperado de 244,445 euros en el primer año de contrato (8,6% sobre los ingresos), y de 210.203 euros en el segundo año del mismo (7,1% sobre los ingresos).*

*Según todo lo anterior, la empresa declara bajo su responsabilidad, que (…) [la entidad ahora adjudicataria] es una sociedad de ámbito nacional, que cuenta con la suficiente solvencia económica, financiera, técnica y profesional, para realizar el suministro de las TRD a la Central Provincial de Compras de Córdoba en los términos descritos en la oferta presentada en el expediente de referencia, y que se compromete expresamente a ejecutar el contrato que le sea adjudicado en los términos descritos en dicha oferta.*

*Por lo cual estimamos que la oferta puede ser cumplida en todos sus términos, y no hay motivos para ser declarada anormalmente baja, por lo que se propone la admisión de la misma y por lo tanto la continuación de la empresa en el procedimiento de contratación.*

*Cada uno de los firmantes del presente informe, manifiestan la ausencia de conflicto de intereses en la presente licitación de acuerdo al artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.».*

**SEXTO. Fondo de recurso. Alegaciones de las partes sobre la pretensión principal del recurso en la que la recurrente denuncia la indebida admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, inicialmente incursa en baja anormal.**

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 9 de junio de 2022 de adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se *«i. Anule la adjudicación a (…) [la entidad ahora adjudicataria] y la excluya de la licitación del Contrato por no haber justificado debidamente la baja temeraria en la que se encuentra su oferta; retrotraiga las actuaciones al momento previo a la adjudicación, y se proceda a la adjudicación del Contrato a (…) [la entidad ahora recurrente] por ser la oferta más ventajosa en términos generales.*
*ii. Subsidiariamente, anule la Resolución de Adjudicación por resultar arbitraria y ordene la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas efectos de que se vuelva a emitir una nueva valoración conforme a Derecho, si a juicio de este Tribunal es posible dicha retroacción de actuaciones.»*.

Basa su pretensión principal la entidad recurrente en los siguientes argumentos:

1.1. Sobre la nulidad del trámite de aclaraciones adicionales sobre la justificación de la baja anormal.

Afirma la recurrente con cita de parte de los apartados 4 y 6 del artículo 149 de la LCSP, que, en ningún momento, en dicho artículo se establece la posibilidad de que la mesa o el órgano de contratación pueda pedir aclaraciones a la licitadora incursa en presunción de anormalidad, sino que, al contrario, prevé que la información y documentación a evaluar será exclusivamente la que presente la licitadora en el plazo dado para ello. Es más, el artículo 149.4 de la LCSP establece expresamente que s*e «entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta »*, excluyendo de plano la posibilidad de pedir aclaraciones cuando la justificación aportada sea incompleta. Sin embargo, y a pesar de la rotundidad del artículo 149.4 de la LCSP, la mesa de contratación solicitó, tras revisar la justificación aportada por la entidad ahora adjudicataria en el plazo que le fue conferido, nuevas aclaraciones.

En definitiva, la actuación de la mesa de contratación, al apartarse del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, resulta arbitraria y conculca el principio de igualdad de trato a las licitadoras, lo que debería determinar a su juicio –por sí misma y sin perjuicio de los demás motivos que luego se invocarán– la completa nulidad del procedimiento tramitado y, en consecuencia, la nulidad de la resolución de adjudicación que aquí se recurre.

1.2. Sobre la inviabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria.

Señala la recurrente que el informe de viabilidad adolece de errores y arbitrariedades evidentes, al admitir, sin más, las declaraciones vagas y genéricas aportadas por la empresa para justificar su oferta. En este sentido, indica que la baja ofertada por la ahora adjudicataria supone una rebaja del 30,04% respecto de la media del total de las ofertas y una diferencia de más de 1 millón de euros en comparación con las del resto de licitadoras y de 2 millones respecto del importe de la licitación, diferencia que resulta aún más sorpresiva si se tienen en cuenta las “mejoras” que presuntamente oferta para la ejecución del contrato.

Afirma la recurrente que del informe de viabilidad se deriva que son dos los argumentos utilizados por la adjudicataria para defender la viabilidad de su oferta y que el órgano de contratación se limita a reproducir, sin someterlos a una verdadera evaluación y contraste. En primer lugar, dicha entidad justifica su oferta con base en alegaciones genéricas sobre su posición en el mercado y en Andalucía, en su reputación y buen hacer, en la sanidad de sus cuentas, y en los precios ofertados a otros contratos. Sobre el particular es necesario recordar que es doctrina consolidada de los tribunales administrativos de contratación pública el entender que la justificación que la entidad licitadora debe presentar sobre su oferta ha de venir referida únicamente al propio contrato sobre el que versa la oferta, sin que quepa basarse en los costes de contrataciones anteriores como medio de justificar la oferta.

A juicio de la recurrente, descartada la suficiencia y viabilidad del primer grupo de argumentaciones teóricas aportadas, debemos centrarnos en la segunda parte de la justificación de la baja anormal y que consiste en la cuenta de resultados proyectada respecto del contrato. Así las cosas, conforme al informe de viabilidad, dicha cuenta arroja un beneficio esperado positivo, que parece ser aceptado sin mayor análisis por el órgano de contratación.

En este sentido, señala que la revisión de dicha cuenta de resultados cuyo carácter confidencial, a la luz de la doctrina, no puede entenderse que haya quedado justificado en el presente expediente, resultaba fundamental para poder despejar las dudas sobre la viabilidad económica de la oferta con un porcentaje de rebaja sobre el presupuesto base de licitación de tal envergadura y que surgen de su mero contraste con el estudio de costes del contrato que ha realizado la propia Administración y ha plasmado en el presupuesto base de licitación, del que se desprende que el mismo se divide en tres grandes categorías de costes: i) un tercio del presupuesto se corresponde aproximadamente con los costes de personal (1.938.024 euros), ii) otro tercio aproximadamente lo representan los costes de amortización de los equipos (2.132.917,57 euros) y iii) el resto lo conforman otros costes, como los costes materiales, costes indirectos y generales (2.993,325,50 euros).

En cuanto a los costes de personal contemplados por el órgano de contratación, conforme al artículo 100 de la LCSP, deben operar como un mínimo inquebrantable. Pero es que, además, si la entidad ahora adjudicataria ha presentado una mayor oferta de recursos humanos, incluido un Neumólogo con dedicación completa para este contrato, resulta cuanto menos cuestionable que dicha entidad esté obteniendo el ahorro que le ha permitido realizar la rebaja que nos ocupa con cargo a la partida de personal.

Del mismo modo, tampoco resulta a simple vista razonable que dicho ahorro se esté consiguiendo de la partida de costes de amortización de los equipos, que, como hemos dicho, representa otro tercio del presupuesto, puesto que, de ser así, estaría ofertando equipos ya amortizados y, por tanto, equipos que, dada su antigüedad dudosamente podrían estar a la altura de los estándares de calidad exigidos para el contrato.

Dicho lo anterior, únicamente quedaría que la ahora adjudicataria estuviera ahorrando 1 millón de euros de costes de las partidas restantes, que alcanzan 2.993.325,50 euros, por lo que si según la Administración los costes generales e indirectos supondrían por sí solos 1.058.920,54 euros, se estaría aportando a coste cero el resto de equipos (materiales para reparación de equipos, transporte y vehículos, material fungible, entregas de oxígeno), lo cual es sencillamente inadmisible. Y ello sin tener en cuenta el coste de los centros adicionales que la adjudicataria estaría ofertando (4 centros asistenciales extrahospitalarias y una unidad móvil), junto con el resto de las mejoras que pudiera estar presentando esta licitadora.

En definitiva, a su entender, no se aprecia que se haya sometido a un juicio crítico dicha cuenta de resultados para comprobar que, efectivamente, con tales cifras, es posible la ejecución del contrato. Cierto es que no existe una obligación de un desglose exhaustivo de los costes de la oferta económica para justificar una baja anormal pero sí se echa en falta unas mínimas justificaciones -económicas y no de mera literatura- en el informe de viabilidad sobre los descuentos principales efectuados por la adjudicataria a la vista de la extraordinaria intensidad de la rebaja ofertada.

En conclusión, lo que se aprecia del referido informe de valoración es que el órgano de contratación se ha limitado a "creer" los datos ofrecidos por la entidad ahora adjudicataria, sin someterlos a una valoración crítica, lo que ha resultado en la adjudicación del contrato en unos términos que no van a poder ser cumplidos al ser en todo punto insuficientes.

Por último, en el escrito de ampliación del recurso, la recurrente además de manifestar que la documentación revisada no viene sino a confirmar y reforzar la inviabilidad de la oferta de la adjudicataria pone el énfasis, según afirma, en que en el punto *«i) Mejores prestaciones en equipos para confort y seguridad»* del apartado A.2.3. de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, se lista toda una serie de mejoras, nada menos que 50, a las que voluntariamente se compromete dicha empresa. Dichas prestaciones adicionales a las exigidas en los pliegos (más los 4 centros asistenciales extrahospitalarios y la unidad móvil) debe llevar aparejado un coste para la adjudicataria, puesto que lo contrario significaría que está prestando los equipos a coste cero, lo que este Tribunal tiene declarado en múltiples ocasiones que no es posible. En este sentido, señala que para evidenciar este sobre coste ha realizado un análisis de los costes de mercado de las mismas y estima que, como mínimo, dicha oferta supone un plus de 1.156.330,35 euros (adjunta a su escrito un fichero excel con dichos datos).

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Sobre la nulidad del trámite de aclaraciones adicionales sobre la justificación de la baja anormal.

Afirma el informe al recurso, incluido el de ampliación al mismo, que nada obsta, ni el artículo 149.4 de la LCSP prohíbe, a que si la mesa de contratación no le quedó suficientemente aclarada las justificaciones para considerar que la citada oferta no estaba incursa en anormalidad y antes de proceder a su exclusión, se soliciten las aclaraciones que se consideren pertinentes, entendiendo que este es el espíritu que subyace, no ya solo en la LCSP, sino en la propia ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, en el artículo 68, referido a la subsanación y mejora de la solicitud.

Así pues, la mesa de contratación no reabre el plazo o establece un nuevo procedimiento para acreditar la baja anormal, sino que para garantizar la correcta ejecución del contrato y que se compruebe que la oferta no está incursa en anormalidad, solicita aclaraciones adicionales a la documentación presentada, en el sentido de ampliar determinada información ya contenida en el expediente, que redunda en la confirmación de que dicha oferta no está incursa en anormalidad, por lo que no cabe entender contravenida la legislación administrativa, ni contractual al respecto. Para reforzar su alegato trae a colación parte de la Resolución 471/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

2.2. Sobre la inviabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria.

Indica el órgano de contratación, en el informe al recurso incluido el de ampliación al mismo, que la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta presentada por la ahora adjudicataria, de fecha 21 de

abril de 2022, justifica y recoge adecuadamente los supuestos que debe cumplir una justificación de estas características y que llevan a la mesa de contratación a considerar perfectamente viable la misma, tal y como la profusa doctrina de los tribunales de recursos contractuales, ha puesto de manifiesto de forma reiterada v.g. Resolución 113/2020, del TACRC. En este sentido, dicha documentación aportada por la adjudicataria, pormenoriza aspectos fundamentales por los que, a criterio de este órgano, la oferta es viable: i) solvencia tanto económica como financiera que garantiza el servicio, ii) comparación del precio ofertado por la adjudicataria, en el presente expediente en comparación con el precio de otros expedientes de reciente adjudicación, incluso por debajo del ofertado en el presente expediente, iii) el grado de implantación de dicha entidad en Andalucía como empresa competitiva y coste eficiente, y iv) cuenta de resultados del expediente.

Asimismo, señala el informe al recurso que la recurrente argumenta que el principal indicio de baja anormal se basa en la magnitud de la bajada en cifras absolutas, por encima de las otras dos ofertas, siendo de más de un millón de euros, pero lo cierto es que tal y como se define en los pliegos, el porcentaje de baja desproporcionada, apenas supera un porcentaje del 5%, para ser considerada como tal.

En definitiva, el órgano de contratación se reitera como así se indica más arriba, que ha sido objeto de un profuso estudio por parte de la comisión técnica la valoración de la oferta de la adjudicataria, como no incursa en baja anormal, hasta el punto de que la justificación remitida por dicha entidad, fue objeto de aclaraciones, que fueron remitidas con fecha anterior al pronunciamiento del informe viabilidad, valorándose adecuadamente todos los aspectos que llevan a la mesa a considerar que la oferta puede ser cumplida en todos sus términos.

Así pues, a su entender, no parece que se den condiciones por los que la citada oferta deba ser declarada en baja anormal. Pero además, y en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 149.7 de la LCSP, este órgano de contratación, en fase de ejecución, realizará un seguimiento pormenorizado, con objeto de garantizar la correcta ejecución del contrato, tal y como establece dicho artículo.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

3.1. Sobre la nulidad del trámite de aclaraciones adicionales sobre la justificación de la baja anormal.

Indica la entidad adjudicataria que la recurrente realiza una interpretación del artículo 149.4 de la LCSP que excede de toda lógica y de la literalidad de la ley. En este sentido, señala que por ejemplo en las Resoluciones 878/2021 o 471/2018 del TACRC, se analizan supuestos en los que el órgano de contratación solicitó aclaraciones complementarias a las justificaciones de la oferta presentadas inicialmente por las entidades licitadoras sin que el Tribunal encontrara irregularidad alguna en dicha solicitud. Es más, dicho Tribunal se pronuncia a este respecto en su Resolución 14/2019 para admitir dicha posibilidad al señalar que *«Una solicitud de aclaración en este trámite es posible. El párrafo segundo del número 4 del artículo 149 establece que el requerimiento debe formularse con claridad, lo que implica la posibilidad de solicitar aclaraciones por deficiencia del requerimiento, además de la posibilidad general de solicitar aclaraciones que se prevé en distintas normas, como subsanación y mejoras de solicitudes de iniciación de procedimientos (artículo 68 de la Ley 39/2015, o el artículo 176 de la LCSP).».*

A su juicio, es evidente que no ha habido irregularidad alguna en el procedimiento de justificación seguido por la Administración contratante y que la recurrente quiere ver poca transparencia donde no la hay.

3.2. Sobre la inviabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria.

Afirma la adjudicataria que la recurrente sobre la viabilidad de su oferta lo que se limita es a hacer una elucubración sobre las partidas en las que su empresa podría estar ahorrando costes. En este sentido, descarta la recurrente que dichos ahorros puedan venir de los costes de personal estimados en los pliegos, puesto que supondría vulnerar la normativa laboral, o de la amortización de los equipos, porque implicaría estar utilizando equipos ya amortizados, antiguos y que no cumplirían los estándares de calidad requeridos. Sin embargo, indica la adjudicataria que en primer lugar, hay que tener en cuenta que la recurrente parte en su recurso de la premisa errónea de que las cifras que se incluyen en el apartado 8.5 del cuadro de características del PCAP deben tomarse como correctas. No obstante, esto no es en absoluto así; es cierto que conforme al artículo 100.3 LCSP los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación; y afirma estar seguro que el que el órgano de contratación en este caso habrá hecho sus mejores esfuerzos para calcular el precio, pero, sobre todo, para no quedarse corto y para ello ha sobrestimado los costes; así lo demuestra el hecho de que todas las licitadoras han presentado ofertas por debajo de dicho precio, y todas bastante por debajo.

En efecto, indica que la propia recurrente ha realizado una oferta (6.728.786,68euros) sustancialmente por debajo (en casi un millón de euros) del importe de la licitación (7.646.348,50 euros) y, por lo tanto, es evidente que con unos costes por debajo de los costes estimados en los pliegos, por lo que serían aplicables a su oferta las mismas argumentaciones que esgrime frente a la de mi empresa.

Por otra parte, señala la adjudicataria que el precio de esta licitación ha aumentado en un 38% respecto del de la licitación anterior en términos anuales, pasando de un precio anual de 2,752 millones de euros a uno de 3,823 millones; es verdad que han pasado nueve años desde la anterior licitación, pero es evidente que había margen considerable de mejora para las entidades licitadoras respecto del precio incluido en los pliegos. En este sentido, afirma que su empresa ha aprovechado dicho margen de mejora para hacer una oferta que resultara la económicamente más ventajosa para la Administración contratante y, como no podía ser de otra manera, en aplicación del principio establecido en el artículo 1 de la LCSP, ha resultado adjudicataria del contrato.

Indica que en todo caso, la realidad es que su empresa ha facilitado explicaciones suficientes al órgano de contratación sobre la viabilidad de su oferta, ha detallado los números solicitados para cada partida que compone la oferta y que le ha solicitado el órgano de contratación, ha explicado las cifras y éste las ha dado por válidas y suficientes.

En cuanto a la afirmación de la recurrente, de que el órgano de contratación se ha limitado a “creer” los datos ofrecidos por su empresa sin someterlos a una valoración crítica, señala la adjudicataria que no es posible considerar que dicho órgano de contratación no haya realizado una valoración de los datos aportados por su empresa teniendo en cuenta que, conforme a la LCSP ni siquiera tenía por qué haber pedido tantos datos y tanto nivel de detalle. Obviamente era para revisarlos y constatar que el contrato podía ser cumplido bajo esas estimaciones, de tal forma que si lo que hubiera querido el órgano de contratación era cubrir el expediente para simplemente cumplir la ley, su requerimiento de información podría haber sido mucho menos denso. En este sentido, afirma que reitera que el órgano de contratación le solicitó una justificación exhaustiva de su oferta y además le pidió aclaraciones complementarias sobre dicha justificación que finalmente consideró válidas y suficientes, por lo que es la recurrente quien debe aportar pruebas o argumentos creíbles de que el contrato es inviable en los términos ofertados.

Señala que para ello, aparte de los juicios de valor y elucubraciones mencionadas, la recurrente se limita a aportar un cuadro excel en su escrito de ampliación al recurso, presentado tras el acceso al expediente en el que, sin ningún tipo de acreditación (listas de precios, facturas o lo que considere) sino la simple manifestación de que ha utilizado "precios de mercado", asigna una valoración económica a una serie de elementos que su empresa ha ofrecido para utilizar en el marco del contrato.

Al respecto, el listado de las 50 pretendidas mejoras que la recurrente indica en su cuadro, se refiere en muchos casos a accesorios o materiales desechables que se deben facilitar a los pacientes (cánulas, soportes, alargadores, filtros, etc.) para su utilización en el marco de la prestación, cuyo coste se ha tenido en cuenta para el cálculo de la oferta y en ningún caso puede considerarse que su empresa debe desembolsar su importe de nuevo en concepto de mejora o que los pone a disposición de la Administración a coste cero.

En este sentido, señala que es evidente que los pliegos no contemplan específicamente dichas prestaciones porque no suponen prestaciones adicionales a las que proporcionan los propios equipos, sino que se trata de funcionalidades, elementos o accesorios para facilitar o hacer más segura la prestación, pero ésta sigue siendo una y la misma. Conforme al criterio anterior, es evidente que todos los elementos a los que se refiere la recurrente en su cuadro mejoran la prestación principal pero no son prestaciones distintas a ésta, por lo que no tienen la consideración de mejoras del artículo 145.7 de la LCSP, estando su coste incluido en la oferta y en la aclaración de la baja solicitada por el órgano de contratación, que expresamente pidió detalle de los materiales desechables fungibles, repuestos etc. Sobre ello, hay que tener en cuenta que cada empresa negocia de manera privada los materiales, accesorios, conexiones, etc., consiguiendo otros costes que pueden diferir de manera significativa a los utilizados por la recurrente en sus cálculos.

Asimismo, señala que en la "Telemonitorización", por poner otro ejemplo, que la recurrente valora en su cuadro "Excel" con un valor anual de 215.220 euros, por supuesto sin explicar de dónde saca dicha valoración, su empresa ha ofertado equipos que tienen esa posibilidad integrada y con un mínimo coste de comunicaciones en función del protocolo que se acuerde con los prescriptores. Lo mismo cabe decir de la valoración del "Monitor de cumplimiento de oxígeno", que la recurrente valora en un coste anual de 715.275 euros, resultado de multiplicar los pacientes objetivo (561) por un coste anual de 1.275 euros. Este coste, que la recurrente no justifica tampoco, no tiene ningún sentido pues triplica el propio coste de los equipos utilizados en el tratamiento de los pacientes de oxígeno (mayoritariamente concentradores de oxígeno), equipos que además se utilizan habitualmente de cinco a siete años.

En definitiva, a su juicio, los números incluidos por la recurrente en su escrito de ampliación del recurso ni los acredita ni suponen que su empresa tenga que hacer un desembolso adicional a los costes sobre los que ha calculado su oferta ni que los estaría facilitando a la Administración a coste cero.

**SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre la pretensión principal del recurso en la que la recurrente denuncia la indebida admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, inicialmente incursa en baja anormal.**

1. Sobre la nulidad del trámite de aclaraciones adicionales sobre la justificación de la baja anormal.

No cabe duda de que la documentación acreditativa de la viabilidad de una oferta, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, forma parte inseparable de dicha oferta, pues su finalidad es que se justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base

al cual se haya definido la anormalidad, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

Así las cosas, sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas, incluida la documentación acreditativa de su viabilidad, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre y más recientemente la 152/2021, de 22 de abril. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse 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 la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
• El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a la entidad licitadora afectada en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de ésta, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.
• El principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas las licitadoras 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 C599/10), 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.»*.

En definitiva, este Tribunal considera que es posible pedir aclaraciones sobre la documentación acreditativa de la viabilidad de una oferta, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, sin que ello suponga la modificación del contenido de la oferta presentada, incluida su justificación.

Procede, pues, desestimar el primer motivo de la pretensión principal del recurso.

2. Sobre la inviabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria.

Primera. Con carácter previo al análisis de los motivos en los que se funda la pretensión principal del recurso, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada 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.

Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento de Derecho quinto lo siguiente:

*«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.*
*En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.*
*(...)*
*En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.»*.

En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero y 314/2022, de 10 de junio, entre otras.

En el supuesto que se examina, de lo expuesto se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de su oferta, salvo en lo analizado sobre las aclaraciones en el apartado anterior y que ha sido desestimado, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca de falta de motivación, ni que se haya cometido desviación de poder, únicamente plantea una serie de alegaciones que cuestionan otros tantos motivos en los que a su juicio se basa el informe de viabilidad de la oferta de la entidad adjudicataria para afirmar que no se justifica la anormalidad de su oferta, pues entiende que dicho informe adolece de errores y arbitrariedades evidentes, al admitir, sin más, las declaraciones vagas y genéricas aportadas por la empresa para justificar una oferta que no es viable.

Segunda. Para resolver la controversia es necesario examinar en lo que aquí interesa el informe de viabilidad, reproducido en el fundamento de derecho quinto, a la luz de las denuncias sobre el mismo efectuadas por la entidad ahora recurrente.

n primer lugar, señala que la entidad justifica su oferta con base en alegaciones genéricas sobre su posición en el mercado y en Andalucía, en su reputación y buen hacer, en la sanidad de sus cuentas, y en los precios ofertados a otros contratos.

En este sentido, la recurrente se refiere a los apartados 1 a 3 del informe de viabilidad, en los que se reflejan determinadas condiciones de la adjudicataria como el disponer de una solvencia tanto económica como financiera sólida que garantiza a priori la prestación del servicio, que es una de las empresas líderes del sector, y en concreto en Andalucía, donde es adjudicataria de una serie de expedientes de terapias respiratorias a domicilio en cinco provincias andaluzas con precios inferiores a los ofertados en éste que vienen ejecutándose con normalidad y sin que medie queja o conflicto entre las partes derivadas de la ejecución del contrato.

Pues bien, dichas afirmaciones realizadas por la entidad adjudicataria y recogidas en el informe de viabilidad pueden en algún sentido ser un indicio de actuaciones realizadas o que esté realizando actualmente como persona contratista, pero que no pueden suponer una evidencia ni a favor ni en contra de la viabilidad de la oferta que se está analizado.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que cada licitación es independiente de las demás, se rige por sus propios pliegos y es aprobada por sus propios órganos; de modo que decisiones adoptadas en licitaciones previas o coetáneas del mismo o de distinto ámbito territorial no vinculan en otra distinta.

Como se señalaba en la Resolución 59/2021, de 18 de febrero, de este Tribunal, reiterada en la 151/2021, 22 de abril, *«este Tribunal ha de poner de manifiesto como en otras muchas ocasiones (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de marzo, 79/2019, de 21 de marzo, 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio, 257/2019, de 9 de agosto, 250/2020, de 16 de julio y 340/2020, de 15 de octubre, entre otras), el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales»*.

A juicio de este Órgano lo que ha hecho el informe de viabilidad de estas manifestaciones de la entidad adjudicataria, es entenderlas como meros indicios, pues es en los apartados 3 y 4 del informe de viabilidad donde se recogen los argumentos determinantes para entender justificada la oferta.

Como se ha expuesto, en el apartado 3 del informe de viabilidad, se señala que el grado de implantación en Andalucía, hace que la entidad ahora adjudicataria sea una empresa competitiva y coste eficiente, afirmación que es compartida por este Tribunal, en contra de lo que señala la recurrente.

En efecto, como se señala en el informe de viabilidad, el hecho de ser la actual adjudicataria de los mismos servicios en el Hospital Alto Guadalquivir en Córdoba y en cuatro provincias más de Andalucía, respecto a los recursos materiales y humanos puestos a disposición de la presente licitación, les hace ser eficientes en cuanto a los costes de dichos recursos.

Asimismo, el disponer la adjudicataria en el provincia de Córdoba de un centro con medios logísticos e instalaciones de producción (llenado), laboratorio farmacéutico, almacenamiento y distribución de medicamento y equipamiento, le supone un coste más eficiente en logística y combustible, debido a la menor distancia a los centros hospitalarios y a los domicilios de los pacientes.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas procede desestimar las alegaciones analizadas en la presente consideración.

Tercera. Acto seguido, la recurrente se centra en el apartado 4 del informe de viabilidad, relativo a la cuenta de resultados del expediente. En este sentido, indica que los costes de personal contemplados por el órgano de contratación, conforme al artículo 100 de la LCSP, deben operar como un mínimo inquebrantable. Dicha afirmación no puede compartirse, del citado artículo no es posible inferir ni siquiera de forma indiciaria que el presupuesto base de licitación en los costes de personal supone un mínimo inquebrantable, en términos de la recurrente.

En cuanto a los costes de amortización, realiza una afirmación especulativa cuando señala que no resulta a simple vista razonable que el ahorro se esté consiguiendo de la partida de costes de amortización de los equipos, que representa un tercio del presupuesto, puesto que, de ser así, estaría ofertando equipos ya amortizados y, por tanto, equipos que, dada su antigüedad dudosamente podrían estar a la altura de los estándares de calidad exigidos para el contrato.

En este sentido, en el estudio de costes aportado en la justificación de la viabilidad de su oferta por la entidad adjudicataria, constan como costes directos determinadas cantidades en concepto de amortización tanto de equipos para pacientes, como de los ofertados en los criterios de adjudicación automáticos, sin que sea posible inferir de ello lo señalado por la recurrente.

Acto seguido, la recurrente hace referencia a los gastos generales e indirectos para afirmar que de pretender justificarse un ahorro de costes de esta partida de más de un millón de euros, se estaría aportando a coste cero el resto de equipos (materiales para reparación de equipos, transporte y vehículos, material fungible, entregas de oxígeno), lo cual es sencillamente inadmisible, y ello sin tener en cuenta el coste de los centros adicionales que la adjudicataria estaría ofertando, junto con el resto de las mejoras que pudiera estar presentando esta licitadora.

Pues bien, tampoco en este caso es posible dar la razón a la entidad ahora recurrente, pues en el estudio de costes aportado por la adjudicataria no consta que dichos equipos se están ofertando a coste cero.

En cuanto a la afirmación de la recurrente, recogida en su escrito de ampliación del recurso, de la existencia de una serie de mejoras ofertadas por la adjudicataria en el punto «i) Mejores prestaciones en equipos para confort y seguridad» del apartado A.2.3 «Características técnicas de los equipos e interfases y accesorios» de su proposición contenida en el sobre 2 «Documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática», este Tribunal tampoco puede dar la razón a la entidad ahora recurrente.

En efecto, la entidad adjudicataria afirma en su escrito de alegaciones al recurso que dichas pretendidas mejoras se refieren en muchos casos a accesorios o materiales desechables que se deben facilitar a los pacientes (cánulas, soportes, alargadores, filtros, etc.) para su utilización en el marco de la prestación, cuyo coste manifiesta haberlos tenido en cuenta para el cálculo de la oferta y que en ningún caso puede considerarse que su empresa debe desembolsar su importe de nuevo en concepto de mejora o que los pone a disposición de la Administración a coste cero. En este sentido, señala que se trata de funcionalidades, elementos o accesorios para facilitar o hacer más segura la prestación, pero ésta sigue siendo una y la misma.

Pues bien, en el citado punto i) de la oferta de la adjudicataria, denominado mejores prestaciones en equipos para confort y seguridad, se indica lo siguiente: *«OXIMESA ha incorporado desde hace años a sus protocolos de*

*actuación, todas aquellas medidas que garantizan la máxima seguridad para el paciente y que hacen posible que éste realice la terapia en un entorno de máximo confort y garantías.*
*Cualquier medida que se considere que aporta valor en términos de mejora de seguridad o confort del paciente, es inmediatamente incorporada por OXIMESA a sus protocolos.*
*Estas medidas pueden ser recursos tanto tecnológicos como humanos.»*, figurando a continuación hasta 50 medidas, de tal suerte que de los datos aportados por dicha entidad adjudicataria en la justificación de la viabilidad de su oferta, no es posible afirmar que los costes para la empresa de dichas medidas no estén incluidas en su cuenta de resultados.

Por último, la recurrente afirma, por un lado, que el informe de viabilidad admite sin más las declaraciones vagas y genéricas aportadas por la adjudicataria para justificar la oferta, por otro lado, que no se aprecia que se haya sometido a un juicio crítico la cuenta de resultados presentado por dicha entidad, o a modo de conclusión que el órgano de contratación se ha limitado a "creer" los datos ofrecidos por la entidad ahora adjudicataria, sin someterlos a una valoración crítica. Sin embargo, no es eso lo que se infiere del procedimiento seguido para analizar la viabilidad de la oferta de la adjudicataria.

Como se ha expuesto, en el requerimiento que se efectúa por el órgano de contratación para que se aporte la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta, respecto de los apartados a) y b) del artículo 149.4 de la LCSP, relativos respectivamente al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción y a las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, dicho requerimiento exige los ingresos y costes totales esperados y respecto de estos últimos un exhaustivo desglose, indicando al final del mismo que dicho desglose deberá aportarse con el debido detalle que permita su adecuada valoración.

Ello supone, sin género de dudas, que la intención del órgano de contratación es realizar una evaluación exhaustiva de la oferta inicialmente incursa en baja anormal. Y si eso no fuese suficiente, además una vez estudiada la documentación aportada por la adjudicataria, se le solicitan de forma pormenorizada determinadas aclaraciones referidas a los costes directos de los recursos humanos ofertados, que revelan que al análisis y la evaluación realizadas en el informe de viabilidad, ha sido crítico y que las declaraciones aportadas por la adjudicataria no han sido precisamente vagas y genéricas.

En consecuencia, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la justificación de la anormalidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, el informe técnico de viabilidad emitido por el servicio correspondiente, en los términos reproducidos en el fundamento quinto, y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, las alegaciones de la recurrente en contra del rechazo de la oferta de la adjudicataria, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, constituye una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha indicado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

Procede, pues, desestimar la pretensión principal del recurso interpuesto.

**OCTAVO. Alegaciones de las partes sobre la pretensión subsidiaria del recurso en la que la recurrente denuncia que el órgano de contratación ha realizado una valoración arbitraria de las ofertas con vulneración del principio de igualdad.**

1. Alegaciones de la recurrente.

Afirma la recurrente que a la vista del informe de evaluación, el órgano de contratación se ha separado de lo dispuesto en los pliegos a la hora de puntuar determinados criterios de adjudicación, incurriendo en una vulneración del principio de concurrencia y de igualdad en tanto que: i) ha valorado como "mejoras" aspectos no previstos como tal en los pliegos, ii) ha valorado como "mejoras" aspectos que, además de lo anterior, implican cierto arraigo territorial, y iii) ha atribuido igualdad de puntos a ofertas que no cumplen el criterio de adjudicación y otras que sí cumplen. Ello afecta a la puntuación recibida por la adjudicataria en los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor 1.1, 1.2, 1.4 y 1.5 y al criterio de adjudicación cualitativo automático 2.2.3 del cuadro de características del PCAP.

1.1. Criterio de adjudicación 1.1 Recursos humanos y materiales sujeto a un juicio de valor. Su tenor es el siguiente:

«*1.1. RECURSOS HUMANOS Y MATERIALES: hasta 7 puntos.*
*- Recursos humanos cualificados que pondrá a disposición del contrato para cada uno de los centros, y que sean acordes con la prestación a realizar.*
*- Medios materiales de producción, almacenamiento, distribución, y mantenimiento de equipos.*
*- Características técnicas de los equipos e interfaces y accesorios necesarios para la prestación de las diferentes terapias objeto del contrato.».*

Al respecto, indica la recurrente que el órgano de contratación ha valorado, además de los recursos humanos y los equipos aportados al contrato, otros aspectos diferentes de los que supuestamente constituían objeto de puntuación. En particular, está valorando la oferta de puntos asistenciales extrahospitalarios en las cercanías, una unidad móvil y la producción de oxígeno medicinal en la propia región, todas ellas prestaciones que no estaban incluidas en los pliegos ni como requisitos mínimos, ni como criterios de adjudicación o "mejoras". A este último respecto, debe aclararse que, en el apartado 14.1. del cuadro de características del PCAP, cuando se describen los criterios no automáticos, se indica que se valorará la oferta que *«cumpla los requerimientos mínimos establecidos en el PPT y los complete y los mejore»*, por lo que ha de entenderse que las entidades licitadoras podrán mejorar las prestaciones mínimas exigidas en el PPT, pero no que podrán ser objeto de valoración prestaciones adicionales a las que figuran definidas en los pliegos puesto que, en este caso, nos encontraríamos ante "mejoras" que, para poder ser valoradas, deberían haber venido asimismo definidas en los pliegos, esto es no basta con que en los pliegos se disponga que se valorarán ciertas mejoras, sino que, en su caso, tendrá que definirse exactamente qué mejoras son objeto de valoración y con qué puntuación.

Asimismo, afirma la recurrente que, a mayor abundamiento, puede apreciarse de la valoración realizada por el órgano de contratación que algunos de los aspectos de la oferta de la adjudicataria, que se han valorado positivamente por entender que suponían una mejora respecto de las ofertas del resto de licitadoras, entrañan un cierto arraigo territorial pues está premiando la cercanía de las instalaciones de esta empresa. Así, valora la existencia de puntos asistenciales extrahospitalarios en Córdoba, Lucena y Pozoblanco, y de una planta de producción de oxígeno medicinal en Córdoba y dos más en provincias limítrofes. En este sentido, señala que debe recordarse que, como por todos es conocido, los criterios de arraigo territorial no solo están prohibidos como criterios mínimos de concurrencia, sino que tampoco pueden ser objeto de consideración a la hora de valorar las ofertas.

1.2. Criterio de adjudicación 1.2 Organización de la prestación y criterio de adjudicación 1.4 Sistema de información que permita el control y seguimientos de los pacientes y prescripciones realizadas, ambos sujetos a un juicio de valor. Su tenor es el siguiente:

«*1.2. ORGANIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN: hasta 8 puntos.*
*- Organización del acceso al servicio: comunicación con las unidades prescriptoras y gestión del proceso de altas en la prestación, programa de instalación inicial domiciliaria de los equipos (plazos y procedimientos).*
*- Procedimiento de retirada y baja en la prestación.*
*- Programa de seguimiento domiciliario de los pacientes:*
** protocolos de mantenimiento y revisión de los equipos: periodicidad y operaciones a realizar.*
** seguimiento en el aspecto técnico sanitario y de cuidados sanitarios generales.*
*- Programa de seguimiento hospitalario a través de consulta de seguimiento en las diferentes terapias.*
*- Documentos de información y comunicación al paciente (presentación de copia de modelos).*
*- Descripción del funcionamiento del servicio de información y atención al paciente operativo las 24 horas del día previsto en el PPT. Resolución de incidencias.*
*- Organización del componente de educación para la salud: programa de formación al paciente y/o cuidadores.*
*- Organización de la Comunicación con el Facultativo prescriptor y con la Comisión de Seguimiento. Informes de seguimiento.».*

«*1.4. SISTEMA DE INFORMACIÓN QUE PERMITA EL CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LOS PACIENTES Y PRESCRIPCIONES REALIZADAS, conforme a lo previsto en el anexo 4 del PPT: se valorarán especialmente las funcionalidades de dicho sistema de información, que repercutan positivamente en una mejora asistencial y faciliten un adecuado control de las terapias: hasta 10 puntos.».*

Afirma la recurrente que, en ambos casos, el informe de valoración está destacando especialmente el hecho de que los sistemas de información utilizados por la adjudicataria están ya implantados en Andalucía y conectados con Diraya. A este respecto, Diraya es el sistema que se utiliza en el Servicio Andaluz de Salud como soporte de la historia clínica electrónica. En este sentido, de nuevo, el órgano de contratación vuelve a valorar elementos que encierran una denotación de arraigo territorial, por cuanto está premiando el hecho de que una determinada licitadora esté ya implantada en la Comunidad Autónoma de Andalucía y, por tanto, sus sistemas se integren con los propios que utiliza la Administración autonómica frente a otras licitadoras que, por no localizarse en dicho territorio, no cuentan ya con tales prestaciones de conectividad e integración. De hecho, tal y como se deriva de la valoración que de la oferta de su empresa se realiza en este punto, el hecho de que su sistema de información no esté integrado con Diraya se valora negativamente, cuando tampoco ello era un requisito del PPT.

A su juicio, la valoración positiva de criterios como tales, frente a las ofertas de otras licitadoras, supone una vulneración del principio de concurrencia y de igualdad, al limitar, en fase de valoración de ofertas, la puntuación de ofertas de compañías que no tengan integrados sus sistemas con los de la Administración Pública en Andalucía no siendo tal integración requerimiento del PPT.

Además, respecto de la valoración relativa al criterio 1.4, debe puntualizarse que, conforme a la descripción de dicho criterio, son dos los elementos que debían valorarse respecto del sistema de información: por un lado, sus prestaciones de control de las terapias y, por otro, sus prestaciones de seguimiento de pacientes y tratamiento. Sin embargo, ninguna mención se hace en el informe de valoración sobre este último elemento en la oferta de la ahora adjudicataria.

1.3. Criterio de adjudicación 1.5 Plan de contingencia sujeto a un juicio de valor. Su tenor es el siguiente:

*«Plan de contingencia y garantías de ejecución previsto por la empresa, para mantener la adecuada cobertura del servicio ante una eventual alerta sanitaria, que suponga aumento significativo de la demanda de terapias respiratorias objeto del contrato, u otras circunstancias que puedan tener incidencia directa en la prestación del servicio.».*

También en este punto se aprecia cómo el informe de valoración destaca la implantación de la adjudicataria en Andalucía como ventaja frente a otras ofertas lo que, de nuevo, constituye una vulneración de la doctrina en materia de arraigo territorial, pues se está utilizando la ubicación de la empresa como un criterio de valoración de su oferta.

1.4. Criterio de adjudicación 2.2.3 Reciclado de productos y el uso de envases reutilizables de aplicación automática. Su tenor es el siguiente:

*«2.2.3. Reciclado de productos y el uso de envases reutilizables. Máximo 2 puntos.*
*Se asignarán 2 puntos a las empresas licitadoras que acrediten el reciclado de productos y el uso de envases reutilizables en las prestaciones del contrato, mediante certificado expedido por organismo acreditado. En caso contrario, la puntuación será de 0 puntos en este apartado.».*

Manifiesta la recurrente que resulta llamativo que la oferta de la adjudicataria haya recibido 2 puntos por este criterio cuando manifiestamente no cumple con el mismo, dado que basta observar la documentación aportada por dicha entidad para apreciar que la misma se refiere únicamente al reciclaje de residuos, pero, en ningún caso, a la utilización de envases reutilizables. En este sentido, indica que la ahora adjudicataria no ha presentado un certificado expedido por un órgano acreditado que evidencie el cumplimiento de ambos requisitos (se adjunta copia del certificado aportado por la adjudicataria emitido por AENOR), sino que lo que viene a acreditar es que se encuentra adherida a los sistemas integrados de gestión de residuos de diferentes entidades como RECYCLIA, ECOEMBES, ECOPILAS o ECOASIMELEC.

A su juicio, los sistemas integrados de gestión (SIG) de residuos son organizaciones privadas sin ánimo de lucro que se encargan de organizar la recogida selectiva y recuperación de residuos en España. Sin embargo, la adhesión a estos SIG solo evidencia los sistemas de gestión de residuos utilizados por la adjudicataria, pero en ningún caso acreditan que esta compañía utilice envases reutilizables en el ejercicio de su actividad, ni tampoco puede considerarse a los SIG como organismos acreditados de certificación, de hecho tales entidades no constan como entidades certificadoras en la web de la ENAC.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación tras reproducir todos los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor previstos en el PCAP, afirma que la valoración de las ofertas presentadas, se realiza tanto por sí misma, como por comparación con las de las restantes licitadoras. En este sentido, indica que son las diferentes características definitorias de las distintas ofertas, recogiéndose además en un apartado concreto y por cada uno de estos apartados, los "*Aspectos destacables, resumen y valoración*", donde se recogen, por así decirlo los pliegos en el criterio de adjudicación no automático número 1, las respuestas a los diferentes requerimientos técnicos recogidas en las ofertas, así como aquellos aspectos que los completen y mejoren, todo ello dentro de la discrecionalidad técnica de dicha valoración. En base a dicha discrecionalidad técnica, se ha especificado de

forma pormenorizada los diferentes aspectos que mejoran y completan los requisitos técnicos mínimos y en base a la escala que va desde muy buena a no cumple o insuficiente, se va asignando la puntuación, en base a los porcentajes de la escala. Así pues, entiende este órgano de contratación que en ningún caso se valoran criterios de adjudicación que no estén previstos en los pliegos, sino que, al contrario, estos requisitos técnicos que completan y mejoran los mínimos, se especifican y definen adecuadamente en el informe técnico y, en ningún caso, exceden de las prestaciones de cada uno de los apartados objeto de valoración

2.1. Criterio de adjudicación 1.1 Recursos humanos y materiales sujeto a un juicio de valor.

Afirma el informe al recurso que no está de acuerdo con la alegación de la recurrente respecto a la que ella considera mejoras, porque, al contrario de lo que se indica en el recurso, no se están valorando como un criterio de adjudicación mejoras, entendidas éstas como prestaciones adicionales definidos en el artículo 145.7 de la LCSP, sino que lo que se valora es el plan de gestión para la prestación del servicio, que cumpla los requerimientos mínimos establecidos en el PPT y los complete y mejore.

En este sentido, al contrario de lo señalado por la recurrente respecto a que la valoración de la asistencia a centros de seguimiento extrahospitalarios o la producción de oxígeno medicinal con planta de producción propia en Córdoba o provincias limítrofes excede de las prestaciones mínimas y son prestaciones adicionales, dichas características de la oferta pueden ser incardinadas como aspectos destacables que complementan la propuesta de la licitadora y que son los aspectos que permiten clasificar las ofertas en la escala adecuadamente ponderada y que es conocida por las licitadoras en el momento de presentar su proposición, no habiéndose recurrido en su momento a los pliegos por parte de la actual recurrente, y por tanto suponiendo este hecho la aceptación de los mismos, que por tanto constituyen la ley entre partes.

Pero es que además estas características complementarias han sido valoradas a la propia recurrente en este apartado como así se comprueba en el informe técnico. Así la oferta de ésta en este apartado recibe una puntuación de buena (67%), entre otros aspectos porque *«Destaca la fabricación en nuestra CA de oxígeno medicinal y líquido muy superior al consumo previsible en este contrato y que asegura el abastecimiento. Además, es positivo la cercanía del almacén y taller, localizado en el centro logístico de Córdoba (Polígono Amargacena) para adecuar la distribución y mantenimiento de los equipos de los diferentes TRD y resolver cualquier contingencia»*.

2.2. Criterio de adjudicación 1.2 Organización de la prestación y criterio de adjudicación 1.4 Sistema de información que permita el control y seguimientos de los pacientes y prescripciones realizadas,

Indica el informe al recurso que se reitera en la argumentación anterior entendiendo que se valora una característica de la oferta que incrementa su valor y que incide directamente en la prestación objeto del contrato, como lo es en los criterios 1.2 y 1.4 y referido en la oferta de la adjudicataria *«la propuesta de conectividad e interoperabilidad con Diraya, ya implantada en otras áreas de Andalucía»* o que se trata de *«una herramienta ya implantada en los centros del SAS, accesible desde la historia digital DIRAYA, por lo cual se dispone de resultados contrastados (...)»*. En este sentido, el informe al recurso vuelve a señalar que en la oferta de la recurrente también se valoran dichos aspectos, donde se destaca en el criterio de valoración 1.4 lo siguiente: *«…en cuanto a aspectos destacables indicar que se trata de una herramienta ya implantada en centros del SAS, (...)»*. Además, resulta que la puntuación asignada en este apartado a la recurrente es la misma que la asignada a la adjudicataria. Pero, a mayor abundamiento, sobre la necesidad de que el sistema informático tenga integración en el Diraya, es que

dicha prescripción se recoge expresamente en el apartado 5.4 del PPT, referido a la «*Integración con la Historia Clínica digital Corporativa (Ver anexo IV de cláusulas TIC)»,* que es el Diraya.

Por tanto, a su entender, en dicha valoración se han tenido en cuenta los requerimientos mínimos establecidos en el PPT, y además los diferentes aspectos destacables de cada una de las ofertas que las completan y mejoran y, dentro de la discrecionalidad técnica, se ha asignado una puntuación acorde a lo definido en los pliegos, tal y como se explicita en el informe técnico de juicios de valor.

2.3. Criterio de adjudicación 1.5 Plan de contingencia.

Ante la alegación de la recurrente relativa a que se valoran también aspectos que inciden en el concepto de arraigo territorial, entiende el informe al recurso que no asiste la razón a la recurrente, no solo por lo ya argumentado en los apartados anteriores, sino además porque parece lógico que entre los aspectos destacables en un plan de contingencias o de garantías de ejecución, para asegurar el mantenimiento de la adecuada cobertura del servicio ante una eventual alerta sanitaria, que suponga aumento significativo de la demanda de terapias respiratorias, se tenga en cuenta el hecho de lo destacado en el informe técnico que establece: *«La empresa licitadora está bien implantada en nuestra CA, con producción propia de oxígeno en Sevilla, buena capacidad de almacenamiento y con 7 centros de llenado, 1 de ellos situado en Córdoba y otro en Granada, además de varios almacenes que pueden solucionar un desabastecimiento en el mercado por cualquier causa o un incremento desproporcionado en el consumo, caso de la actual pandemia por coronavirus*.».

Asimismo señala que además vuelve a destacar que, en este apartado, además de dar a la recurrente la misma puntuación que a la adjudicataria, o sea la máxima de 3 puntos, lo sea concretamente por el mismo argumento. Así, en el informe técnico, se destaca de la oferta de la entidad ahora recurrente que *«Se estima positivo que Linde tenga producción propia de oxígeno en la CCAA y la existencia de centros de distribución y taller en Córdoba, aspecto que puede favorecer una respuesta rápida ante cualquier causa de desabastecimiento.»*.

2.4. Criterio de adjudicación 2.2.3 Reciclado de productos y el uso de envases reutilizables.

Afirma el órgano de contratación que la recurrente señala que la oferta de la adjudicataria ha recibido 2 puntos por este criterio cuando manifiestamente no cumple con el mismo, indicando que basta observar la documentación aportada por la misma para apreciar que se refiere únicamente al reciclaje de residuos, pero, en ningún caso, a la utilización de envases reutilizables.

En este sentido, se indica por el órgano de contratación que en base a dicha alegación, se ha solicitado informe al técnico de la Unidad Ambiental de este Hospital, el cual es adjuntado a la documentación del expediente, donde manifiesta que:

«*1. La presentación por parte de Oximesa de los certificados de empresas que forman parte de un Sistema Integrado de Gestión (SIG) (en este caso Ecoembes y Ecoasimelec), garantiza lo solicitado en el criterio de adjudicación, y por lo tanto procede la asignación de los puntos, es más, precisamente el estar adherido a un SIG es lo que garantiza el cumplimiento de lo previsto en el criterio de adjudicación. Los SIG por sí mismos, tienen la máxima capacidad para acreditar lo requerido.*

*2. Los envases son reutilizables, puesto que están acogidos a un sistema SIG (Sistema de Gestión Integrada), es decir, tienen una empresa sin ánimo de lucro que realiza por ellos la recogida y puesta en el mercado de los envases. Esto no solo es lícito, sino que estas empresas son las que garantizan esta cuestión, y tienen la máxima capacidad para acreditarla.*».

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Señala que el recurso en la pretensión subsidiaria se basa en tres argumentos. En primer lugar, en que se ha valorado como mejoras aspectos no previstos como tales en los pliegos, argumento que no comparte pues no se tratan de prestaciones adicionales sino de la misma prestación objeto del contrato, pero mejorada: más avanzada, segura y eficaz conforme permitían los pliegos y en cada momento el estado de la técnica.

En segundo lugar, en que se ha valorado como "mejoras" aspectos que, además de lo anterior, implican cierto arraigo territorial. Al respecto, indica la adjudicataria que en ningún caso se ha establecido en los pliegos el arraigo territorial en este criterio, como en ninguno de los anteriores criterios. Cuestión distinta es que el órgano de contratación pueda considerar un elemento positivo de la oferta a la hora de valorar este criterio el que la licitadora disponga de una planta de producción de oxígeno medicinal en la propia provincia. Este criterio valoraba los *«medios materiales de producción, almacenamiento, distribución, y mantenimiento de equipos»*, y la ubicación física de dichos medios materiales justifica los tiempos de respuesta incluidos en la oferta y es un elemento más a tener en cuenta, del mismo modo que lo será el tamaño de la planta, su capacidad de producción o su estado de mantenimiento.

Asimismo, señala que por lo que respecta a la equiparación que hace en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor 1.2 y 1.4., entre el arraigo territorial y el hecho de que los sistemas informáticos de su empresa puedan conectarse a Diraya es simplemente inadmisible. Obviamente, el que los sistemas informáticos de las distintas licitadoras sean compatibles o no con dicho soporte del SAS puede ser un elemento a valorar sin que implique discriminación en la medida en que no se excluye ni se limita por este motivo la participación o la selección de ningún licitador. Por otra parte, la adjudicataria es la actual prestadora del servicio en Córdoba desde hace nueve años, por lo que nada le habría impedido adaptar sus sistemas a los sistemas y funcionalidades del SAS para dar un mejor servicio que su empresa sí puede dar.

Y, en tercer lugar, en que se ha atribuido igualdad de puntos a ofertas que no cumplen el criterio de adjudicación y ofertas que sí cumplen. Al respecto, se refiere en este punto la recurrente al criterio automático de adjudicación 2.2.3, que valora el reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, en el que a su juicio hay que atender a las respuestas dadas a las consultas formuladas por los licitadores respecto a los pliegos, en concreto la número 7 cuya pregunta y respuesta inserta en su escrito de alegaciones.

**NOVENO. Consideraciones del Tribunal sobre la pretensión subsidiaria del recurso en la que la recurrente denuncia que el órgano de contratación ha realizado una valoración arbitraria de las ofertas con vulneración del principio de igualdad.**

Primera. En cuanto a la pretensión subsidiaria de indebida valoración conforme a criterios sujetos a un juicio de valor de la oferta de la ahora adjudicataria, procede invocar la doctrina de la discrecionalidad técnica, la cual ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal en numerosas resoluciones, entre otras muchas, en la Resolución 105/2020, de 1 de junio, en la 250/2021, de 24 de junio y en la 515/2021, de 3 de diciembre, según la cual los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de

quienes los emiten y que solo 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.

Sobre el particular, la descripción de la documentación a presentar en la oferta que será la valorable conforme a los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor, se encuentra detallada en diversas cláusulas tanto del PCAP como del PPT, y en lo que aquí interesa ha sido reproducida anteriormente y citada por las partes, por lo que la información contenida en los documentos que rigen la licitación constituye, conjuntamente, un fondo parcialmente reglado de dichos criterios que limita el margen discrecional de apreciación a la hora de aplicarlos.

Partiendo de esta premisa, observando el informe de valoración de 2 de marzo de 2022, que sirve de base para la valoración y asignación de puntuación a las ofertas de las entidades licitadoras, y teniendo en cuenta que en dicha evaluación rige como se ha expuesto la discrecionalidad técnica, de tal modo que el órgano evaluador goza de un cierto margen en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, no es revisable por este Tribunal todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto al fondo parcialmente reglado del criterio así como los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho.

Estos límites van a impedir la revisión del llamado fondo material de la decisión (es decir, el propio informe técnico de valoración), pero no el de cuestiones accesorias, como pueden ser las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese acto para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad. De este modo, la adecuada motivación en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor es una de las funciones que facilita el control de legalidad de la adjudicación a este Tribunal. Es decir, partiendo de la doctrina reiterada (por éste y otros órganos) que señala que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto, los elementos básicos de dicha motivación son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, es decir, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia, con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto.

Dicha valoración de 2 de marzo de 2022 de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico, compuesto por cinco personas, extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la adjudicataria y del resto de licitadoras en el que se recogen aquellas cuestiones propuestas por las empresas que tienen que ver con lo previsto en cada uno de los criterios a valorar, hallándose justificada ampliamente las razones por las que entiende que las ofertas son valoradas con las puntuaciones que se les asignan, atendiendo a los criterios establecidos en los pliegos.

La citada motivación, impide que este Tribunal pueda entrar a valorar el juicio técnico emitido por el órgano evaluador, pues las aparentes contradicciones denunciadas, están contestadas con solvencia en el informe del órgano de contratación al recurso, que ha sido reproducido en gran parte anteriormente, conforme a los términos reflejados en el mismo y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos, sin que se puede apreciar error o arbitrariedad en la valoración efectuada.

En este sentido, como se ha expuesto, la recurrente afirma que a la vista del informe técnico de valoración, el órgano de contratación se ha separado de lo dispuesto en los pliegos a la hora de puntuar determinados criterios de adjudicación, incurriendo en una vulneración del principio de concurrencia y de igualdad en tanto que: i) ha valorado como mejoras aspectos no previstos como tal en los pliegos, ii) ha valorado como "mejoras" aspectos que, además de lo anterior, implican cierto arraigo territorial, y iii) ha atribuido igualdad de puntos a ofertas que no cumplen el criterio de adjudicación y otras que sí cumplen.

Pues bien, en cuanto a la alegación de valorar como mejoras aspectos no previstos como tales en los pliegos, es preciso señalar al igual que indican el informe al recurso y el escrito de alegaciones de la entidad adjudicataria, que no estamos en presencia de mejoras como prestaciones adicionales de las previstas en el articulo 145.7 de la LCSP, sino de las prestaciones objeto del contrato, que cumpla los requerimientos mínimos establecidos en el PPT y los complete y mejore, esto es en términos del escrito de alegaciones de la adjudicataria que sea más avanzada, segura y eficaz conforme permitían los pliegos y en cada momento el estado de la técnica.

Respecto a la denuncia de la recurrente de que se ha valorado como mejoras aspectos que, además, implican cierto arraigo territorial, tampoco es posible dar la razón a dicha entidad. En este sentido, y como se ha expuesto a lo largo de la presente resolución, los pliegos, consentidos y firmes al no haber sido impugnados, no han establecido en los criterios de adjudicación que se denuncian aspectos a valorar que pudiesen suponer arraigo territorial. Por el contrario, las características de las oferta de la adjudicataria denunciadas por la recurrente pueden ser incardinadas como aspectos destacables que complementan su proposición en los términos recogidos en el contenido de los citados criterios de adjudicación, dado que como afirma la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones, la ubicación física de los medios materiales justifica los tiempos de respuesta incluidos en las ofertas y es un elemento más a tener en cuenta, tal y como pudiese ser el tamaño de la planta, su capacidad de producción o su estado de mantenimiento, o incluso entre otras posibilidades, caso de haberse previsto, el que las entidades licitadoras pudiesen subcontratar parte de la prestación con empresas ubicadas en el mismo territorio donde se va a ejecutar la prestación, o que pudiesen contratar para ejecutar la prestación a personal arraigado en dicho territorio y experimentado en estas tareas, sin que por ello dichas actuaciones pueden ser consideradas arraigo territorial en los términos denunciados por la recurrente.

Especial atención merece la alegación de la recurrente relativa al sistema Diraya, cuando la cláusula 5 del PPT relativa al sistema de información a ofertar por las entidades licitadoras, prevé expresamente en su apartado 4 su «*Integración con la Historia Clínica Digital Corporativa (Ver anexo IV de cláusulas TIC). Se utilizará el NUHSA (Número Único de Historia de Salud de Andalucía) como identificador único de cada paciente.*», pliego consentido y firme.

Por último, de lo expuesto por el órgano de contratación que este Tribunal ha constatado, respecto a las alegaciones que se analizan relativas a la denuncia de arraigo territorial en la valoración de la oferta de la entidad adjudicataria, llama la atención que la propia recurrente ha sido valorada en el criterio 1.2, entre otras consideraciones, porque «*Destaca la fabricación en nuestra CA de oxígeno medicinal y líquido muy superior al consumo previsible en este contrato y que asegura el abastecimiento. Además, es positivo la cercanía del almacén y taller, localizado en el centro logístico de Córdoba (Polígono Amargacena) para adecuar la distribución y mantenimiento de los equipos de los diferentes TRD y resolver cualquier contingencia*», y en el criterio 1.5 ha obtenido la máxima puntuación al igual que la adjudicataria, y además por el mismo argumento, indicando el informe técnico de valoración que en la oferta de la entidad ahora recurrente «*Se estima positivo que Linde tenga producción propia de oxígeno en la CCAA y la existencia de centros de distribución y taller en Córdoba, aspecto que puede favorecer una respuesta rápida ante cualquier causa de desabastecimiento.*».

Dicha actuación de la recurrente, denunciando la valoración de determinados aspectos de la oferta de la adjudicataria, cuando en su propuesta también oferta y es valorada por ello los mismos aspectos, supone a juicio de este Órgano una vulneración de la doctrina de los actos propios, plasmada en el aforismo latino «Venire contra factum proprium non valet» y a la que se refiere la Sentencia 73/1998, de 21 de abril, del Tribunal Constitucional cuando señala que *«(…) la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos.»*.

Al respecto, la reciente Sentencia núm. 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] señala que *«En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum propium"».*

En este mismo sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resoluciones 414/2020, de 26 de noviembre, 390/2021, de 15 de octubre, de 293/2022, de 27 de mayo y 338/2022, de 20 de junio.

En definitiva, en el supuesto examinado, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la oferta presentada por la adjudicataria, el informe de valoración emitido, y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, las alegaciones de la recurrente en contra de la puntuación asignada a la oferta de la entidad adjudicataria en los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor analizados, entendiendo que dicha puntuación debe ser menor, constituyen una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha señalado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar conforme a lo expuesto las alegaciones analizadas en la presente consideración.

Segunda. Resta por analizar la denuncia de la recurrente de la indebida valoración de la oferta de la adjudicataria en el criterio de adjudicación 2.2.3 de aplicación automática. En este sentido, como se ha expuesto, a juicio de la recurrente la ahora adjudicataria no ha presentado un certificado expedido por un órgano acreditado que evidencie el cumplimiento del requisito de utilización de envases reutilizables, sino que lo que viene a acreditar es que se encuentra adherida a los sistemas integrados de gestión de residuos de diferentes entidades como RECYCLIA, ECOEMBES, ECOPILAS o ECOASIMELEC.

Pues bien, para el análisis de la presente alegación hemos de acudir a una de las preguntas, y su correspondiente respuesta, formulada por la entidad ahora adjudicataria y publicada en el perfil de contratante el 8 de octubre de 2022, como *«acta de la reunión informativa en relación con el expediente (...)»*. Su tenor es el siguiente:

*«7. Cuadro Resumen 14. Se asignarán 2 puntos a las empresas licitadoras que acrediten el reciclado de productos y el uso de envases reutilizables en las prestaciones del contrato, mediante certificado expedido por organismo acreditado. En caso contrario, la puntuación será de 0 puntos en este apartado.*

*A la hora de presentar el certificado para acreditar el reciclado de productos y uso de envases reciclables ¿se refieren al reciclado de los equipos durante su vida útil, o bien es el reciclado de los equipos / accesorios / fungibles una vez terminada su vida útil para la atención de pacientes?. En definitiva, disponer de un sistema de gestión de residuos adecuado. En el caso de los envases reutilizables. ¿a qué tipo de envases se refieren? ¿Botellas de oxígeno medicinal, unidades de oxígeno líquido son reutilizadas durante toda su vida útil? ¿O bien se refieren a envases como por ejemplo vasos humidificadores o productos similares que son marcados por las autoridades sanitarias y el fabricante como "monopaciente" y por tanto no se permite su reutilización?.*

*Esta misma consulta se hace extensiva a la información incluida en el PCAP en la página 30 y en la Memoria Justificativa Definitiva pág. 8, pues contienen este mismo criterio.*

*Respuesta: se refiere a que los elementos que use la empresa tengan un sistema de gestión de esos residuos para su reciclado y no se tire a la basura. Por ejemplo, si son aparatos electromédicos que sean reciclados por un gestor autorizado, si son botellas de oxígeno que se reutilicen y si están hechas de metal, posteriormente se traten con un gestor autorizado para ese tipo de residuos cuando haya que desecharlas. Obviamente el material accesorio para tratamiento de pacientes que es de un solo uso, como vasos humidificadores, no se podrán reutilizar, sólo se deberá acreditar que se usan envases reutilizables en aquellos casos que no exista obligación legal de que sean de un solo uso.»*.

Pues bien, la respuesta dada por el órgano de contratación está en consonancia con lo alegado en el informe al recurso, en el que se afirma como se ha expuesto que en el caso de la oferta de la entidad adjudicataria, *«Los envases son reutilizables, puesto que están acogidos a un sistema SIG (Sistema de Gestión Integrada), es decir, tienen una empresa sin ánimo de lucro que realiza por ellos la recogida y puesta en el mercado de los envases. Esto no solo es lícito, sino que estas empresas son las que garantizan esta cuestión, y tienen la máxima capacidad para acreditarla.».*

Procede, pues, desestimar en los términos examinados reproducidos las alegaciones del recurso analizadas en la presente consideración.

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

**ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LINDE MÉDICA, S.L.U.** contra la resolución, de 9 de junio de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de terapias respiratorias domiciliarias en el ámbito de los centros sanitarios integrados en la central provincial de compras de Córdoba» (Expte. CCA.C3BT5-L). convocado por el Hospital Universitario Reina Sofía, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.