

**Recurso 90/2016****Resolución 156/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de julio de 2016

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS DE HEMODIÁLISIS LINENSE, S.L.** contra la resolución, de 11 de abril de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Gestión del servicio público de hemodiálisis en club de diálisis dependiente de los centros hospitalarios del S.A.S. en la provincia de Cádiz, por procedimiento abierto, mediante concierto”, respecto al **lote 5** (Expte. 197/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 3 de diciembre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 235 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento.



El valor estimado del contrato asciende a 52.489.798,40 euros.

**SEGUNDO.** La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

**TERCERO.** Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento, el 11 de abril de 2016 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 5 fue adjudicado a la entidad HOSPITAL QUIRÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.L.

La citada resolución fue remitida a los licitadores el 18 de abril de 2016.

**CUARTO.** El 29 de abril de 2016, la entidad SERVICIOS DE HEMODIÁLISIS LINENSE, S.L (en adelante, SHL) presentó en la Oficina de Correos (Sucursal de San Fernando) recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del lote 5 del contrato. En el mismo día, la recurrente remitió a este Tribunal copia en formato electrónico del citado escrito de interposición, que tuvo, posteriormente, entrada en el Registro del Tribunal el 5 de mayo de 2016.

**QUINTO.** Mediante oficio de 3 de mayo de 2016, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento instado por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de



notificaciones. La citada documentación tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 11 de mayo de 2016.

**SEXTO.** El 12 de mayo de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la única entidad interesada en el procedimiento respecto al lote 5, HOSPITAL QUIRÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.L. (QUIRÓN, en adelante), concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en el plazo concedido.

Asimismo, habiéndose dado traslado con posterioridad a la interesada de la documentación que se adjuntaba al recurso interpuesto, aquella complementó sus alegaciones iniciales.

**SÉPTIMO.** El 13 de mayo de 2016, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, en relación al lote 5 del contrato.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

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

**TERCERO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.



El escrito de impugnación se deduce frente a la resolución de adjudicación de un contrato que es calificado en los pliegos que rigen la licitación como gestión de servicios públicos, si bien la recurrente discrepa de tal calificación y considera, invocando resoluciones anteriores de este Tribunal, que la naturaleza de la prestación es la propia de un contrato de servicios.

En el informe al recurso, el órgano de contratación considera que la recurrente aceptó los pliegos en los que se determinaba la naturaleza jurídica de la prestación como gestión de un servicio público, por lo que no puede ahora -con motivo del recurso contra la adjudicación- plantear que la calificación jurídica del contrato no es la adecuada.

No obstante, hemos de señalar que la competencia para conocer de un determinado recurso es una cuestión de orden público procesal que debe apreciarse de oficio por los Tribunales u órganos encargados de resolver los recursos formalizados ante ellos, aun cuando tal cuestión no hubiera sido alegada por las partes. Es por ello que este Tribunal, a efectos de fijar su competencia para resolver el recurso especial interpuesto, debe entrar a analizar la adecuada naturaleza jurídica del contrato y su sujeción o no al recurso especial. A tales efectos, resulta del todo indiferente la calificación jurídica contractual que se haya dado en los pliegos y que estos hayan sido o no aceptados por el licitador hoy recurrente, pues dichos pliegos no pueden alterar, en modo alguno, el sistema de justicia administrativa dispuesto por el legislador.

Debe, pues, abordarse con carácter previo por este Tribunal la cuestión relativa a la correcta calificación jurídica del contrato aquí analizado a los solos efectos de determinar la competencia de este Órgano.

A la fecha de publicación de la licitación -3 de diciembre de 2015-, no había vencido aún el plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Este



vencimiento ha tenido lugar el 18 de abril de 2016, siendo incuestionable que, a partir de esta fecha, la definición de <<riesgo operacional>> contenida en el artículo 5 de la citada Directiva surte plenos efectos jurídicos y determinará que un contrato deba calificarse como concesión o como servicio en función de que dicho riesgo se haya transferido o no al contratista. Dice así el artículo 5 de la Directiva “(...) Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

No obstante, pese a que el plazo de transposición de la Directiva de concesiones no había transcurrido a la fecha de publicación de la convocatoria de esta licitación, lo cierto es que la adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o como servicio ya había sido abordada con profusión por este Tribunal y por otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre, 180/2014, de 3 de octubre, 139/2015, de 21 de abril, 149/2015, de 28 de abril y 41/2016, de 18 de febrero, de este Tribunal).

En tal sentido, la jurisprudencia comunitaria, a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación del servicio. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5 viene a ser reproducción del contenido de aquella



doctrina jurisprudencial (v.g. las sentencias del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater).

Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicios públicos y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede. En tal sentido, el apartado 10 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece, de un lado, un presupuesto base de licitación de 10.094.192 euros que se distribuye en 5 lotes y de otro, el precio unitario máximo de la modalidad de hemodiálisis objeto del contrato (hemodiálisis en club de diálisis, incluyendo suplemento de bicarbonato por sesión).

Asimismo, la cláusula 24 del PCAP sobre facturación y régimen de pago establece que la empresa adjudicataria emitirá una factura mensual por todos los servicios realizados.

Finalmente, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) contiene una serie de previsiones sobre condiciones técnicas y características de la prestación del servicio, estableciendo requerimientos a cumplir por el adjudicatario en la ejecución de la prestación.

A la vista de esta regulación contenida en los pliegos, y como reiteradamente hemos venido manifestando ante prestaciones similares calificadas por el Servicio Andaluz de Salud en sus pliegos como gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto sanitario, la prestación aquí examinada se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio.

Antes al contrario, en el PCAP se fija el presupuesto de licitación y el precio unitario máximo de la modalidad de hemodiálisis objeto del contrato, por lo que



el número estimado de tratamientos pueden conocerlo fácilmente los licitadores dividiendo el presupuesto de licitación entre el precio unitario. Además, el adjudicatario será retribuido por la Administración conforme a los precios unitarios que haya ofertado y en función de las sesiones de tratamiento que haya realizado, a lo que se une el hecho de que tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues ya se ha indicado anteriormente que el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario, lo cual abunda en la idea de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Por todas las razones expuestas, el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de servicios, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, al hallarse comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y alcanzar su valor estimado el importe de 52.489.798,40 euros.

Asimismo, es objeto de impugnación la resolución de adjudicación del contrato, acto sujeto al recurso especial de conformidad con el artículo 40.2 c) del citado texto legal. Ello determina que este Tribunal, pese a la calificación del contrato en los pliegos como gestión de servicios públicos, pueda entrar a conocer del recurso interpuesto.

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



La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 18 de abril de 2016, presentándose el recurso el 29 de abril, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

A tales efectos, debe señalarse que, aun cuando el escrito de recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 5 de mayo de 2016, fue presentado en una oficina de Correos el 29 de abril de 2016, remitiéndose ese mismo día a este Tribunal una copia en formato electrónico de aquel escrito. Por tanto, de conformidad con lo estipulado en el artículo 18 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, se ha de considerar como fecha de entrada del recurso la de recepción de aquella copia, es decir, el 29 de abril de 2016 en el supuesto aquí examinado.

**QUINTO.** Una vez examinados los requisitos de admisión del recurso, hemos de entrar en el examen de sus motivos que se circunscriben a la adjudicación del lote 5 del contrato (Algeciras/Los Barrios).

La recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación de este lote, a fin de que se corrijan determinados errores materiales padecidos en la valoración de las ofertas y se ajuste dicha valoración a los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos y a la propia oferta de SHL. Funda sus pretensiones en una serie de motivos que afectan tanto a la valoración de su oferta, como de la oferta adjudicataria con arreglo al único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor establecido en el PCAP <<*Otras características de las instalaciones y equipamiento y del programa de tratamiento de los pacientes no evaluables automáticamente*>>, ponderado con un máximo de 20 puntos y dividido en seis subcriterios.

En el primer motivo del recurso, se impugna la valoración de las ofertas con arreglo al subcriterio 6 <<*Otras (características) que contribuyan a mejorar la seguridad de los pacientes y, en general, la calidad de la prestación*>>.



A juicio de la recurrente, la Comisión técnica comete error material al valorar su oferta con arreglo a este subcriterio con 0,5 puntos de los 2 puntos previstos como máximo para este apartado, con base en que << *no se realiza propuesta de certificación de la calidad/seguridad de la prestación del servicio*>>.

SHL alega que, en el sobre nº2, detallaba que en su centro de diálisis de la Línea de la Concepción viene aplicando el proceso asistencial integrado “Tratamiento sustitutivo de la insuficiencia renal crónica: diálisis y trasplante renal” (PAI), habiendo obtenido en 2013 la certificación de calidad avanzada por parte de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía, comprometiéndose a la implantación del PAI en el centro de hemodiálisis de Algeciras y a la obtención de la certificación de la Agencia de Calidad en un plazo no superior a 18 meses.

Por ello, manifiesta que se valora incorrectamente su oferta en este apartado con 0,5 puntos, ya que en contra de lo expuesto en el informe técnico sí aportó propuesta de certificación de la calidad/seguridad de la prestación del servicio; y este error es, a juicio de la recurrente, aún más evidente teniendo en cuenta que la oferta de QUIRÓN recibe 1,5 puntos en el subcriterio ofertando el mismo compromiso que SHL respecto a la obtención de certificación de calidad/seguridad en el plazo de 18 meses.

La recurrente finaliza su alegato señalando que este supuesto es un caso paradigmático de error material, apreciable sin necesidad de valoración técnica o razonamiento más profundo. Es por ello que debe corregirse aquel, asignando a su oferta 1,5 puntos, en lugar de 0,5 puntos, en el subcriterio de adjudicación examinado.

En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que, analizadas las ofertas de SHL y QUIRÓN, se observa que ambas realizan propuestas de implementar indicadores de calidad que contribuyen a mejorar la seguridad y, en general, la calidad de la prestación. Ahora bien, señala el órgano de contratación que la acreditación de la calidad no puede valorarse al tratarse de



un requisito mínimo de solvencia técnica previsto en el apartado 19 del cuadro resumen del PCAP. Por tanto, en el subcriterio 6, además de las propuestas de indicadores de calidad y seguridad adicionales, la oferta mejor valorada incluía compromiso de obtener certificación de calidad conforme a la norma UNE-EN-ISO, si bien dicha certificación no se tiene desde el inicio efectivo de la prestación, lo cual ha restado puntuación sobre la máxima prevista a la oferta de la adjudicataria.

Finalmente, QUIRÓN, en sus alegaciones al recurso interpuesto, manifiesta que el subcriterio 6 se refiere a mejoras que superen lo establecido en el PAI. En este sentido, sostiene que su oferta comprendía el compromiso de obtención de certificación de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía y una propuesta concreta de indicadores de calidad, además de contar con la norma de calidad ISO 9001.

Asimismo, la interesada, en sus alegaciones complementarias, manifiesta que el documento en que la recurrente funda el error en la valoración se refiere a la memoria funcional del Centro que SHL tiene en la Línea. Asimismo, señala que es de fecha anterior a la licitación y que el compromiso solo se asume para implementar el P.A.I.

Tras las alegaciones de las partes, procede examinar la cuestión suscitada en el motivo expuesto.

El subcriterio de adjudicación 6, dentro del único criterio sujeto a juicio de valor, es del siguiente tenor << *Otras (características) que contribuyan a mejorar la seguridad de los pacientes y, en general, la calidad de la prestación*>>.

El informe técnico sobre valoración de las ofertas en el lote 5 señala lo siguiente en este subcriterio que acabamos de exponer:

<<*Oferta de servicio de Hemodiálisis Linense, S.L.U.*>>



*Presenta propuesta de implementar indicadores de calidad, contribuyen a mejorar la seguridad y, en general, la calidad de la prestación.*

*Por tanto, y en comparativa con el mejor valorado, se pondera el apartado con 0,5 puntos, de los 2 posibles máximos ponderados para el parámetro, dado que no se realiza propuesta de certificación de calidad/seguridad de la prestación del servicio.*

*Oferta del Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.*

*Presenta compromiso de obtener certificación en plazo de 18 meses desde el inicio de la prestación; asimismo, realiza propuesta de indicadores de calidad. Ambas medidas contribuyen a mejorar la seguridad y, en general, la calidad de la prestación.*

*Por tanto, se pondera con 1,5 puntos de los 2 posibles máximos ponderados para el parámetro, dado que la acreditación se obtendrá en un momento posterior al inicio de la ejecución del contrato, y no desde el inicio del mismo.>>*

Alega la recurrente error material en la valoración técnica de su oferta ya que en la misma se contiene el mismo compromiso que en la oferta de la adjudicataria y en cambio, las puntuaciones han sido distintas: 0,5 para la recurrente y 1,5 puntos para la adjudicataria.

Para fundamentar dicho error material, SHL adjunta a su escrito de recurso un documento denominado <<Cuaderno 3. *IMPLANTACIÓN DEL P.A.I.*>> incorporado al sobre nº2 de su oferta donde literalmente se recoge lo siguiente: <<*Servicio de Hemodiálisis Linense, S.L. se compromete a la implantación del PAI en el Centro de Hemodiálisis de Algeciras, así como la certificación de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía en un plazo no superior a 18 meses*>>.

Por su parte, QUIRÓN introdujo en el sobre nº2 un compromiso del siguiente tenor: <<*Que la empresa Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L. se*



*compromete a obtener certificación de calidad de la Unidad de Hemodiálisis en un plazo inferior a 18 meses desde el inicio efectivo de la prestación>>*

El informe técnico señala respecto a la oferta de la recurrente que, en comparación con la mejor valorada, se pondera con 0,5 puntos, de los 2 posibles máximos ponderados para el parámetro, dado que aquella no realiza propuesta de certificación de calidad/seguridad de la prestación del servicio.

No obstante, visto el tenor del compromiso antes transcrito de SHL, hemos de concluir que el informe técnico incurre en error al afirmar que SHL no ha efectuado propuesta o compromiso de certificación de calidad, error que se extrae del examen objetivo de la documentación aportada a la licitación por la ahora recurrente y cuyo contenido hemos transcrito en lo que aquí interesa. Por tanto, siendo este error -tal y como se deduce de la literalidad del informe técnico “*dado que aquella no realiza(...)*”- el que provoca que se asigne a la oferta de la recurrente 0,5 puntos frente a 1,5 puntos recibidos por la oferta adjudicataria, debe estimarse la pretensión de la recurrente en cuanto a que su proposición también debió de obtener 1,5 puntos.

Al respecto, hemos de indicar que la doctrina de la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, como tiene señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) y hemos reiterado en numerosas resoluciones como la Resolución 131/2016, de 9 de junio, supone que la actuación administrativa goza de una presunción “*iuris tantum*” de certeza y razonabilidad 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.



En el supuesto examinado, la recurrente ha acreditado el error producido en la valoración de su oferta, error que no exige operaciones de interpretación jurídica y se desprende de un examen objetivo de la proposición presentada, por lo que debe estimarse superado en este caso el ámbito de discrecionalidad técnica reconocido a los órganos evaluadores de la Administración.

Finalmente, hemos de indicar que no puede acogerse la alegación contenida en el informe al recurso acerca de que la oferta mejor valorada incluía además compromiso de obtener certificación de calidad conforme a la norma UNE-EN-ISO, pues ninguna referencia expresa a tal certificación se contiene en el informe técnico como determinante de la mayor puntuación. Por contra, la única afirmación clara y expresa que se contiene en dicho informe como motivadora de la menor puntuación de la oferta recurrente es que, en comparación con la oferta adjudicataria, no realiza la propuesta de certificación de calidad que, como hemos visto, sí fue efectuada.

Asimismo, tampoco puede acogerse la alegación de la interesada de que el documento en que la recurrente funda el error en la valoración se refiere a la memoria funcional del Centro que SHL tiene en la Línea. El documento en cuestión forma parte del contenido del sobre nº2 correspondiente al lote 5 (Algeciras-Los Barrios) y, aun cuando el mismo lleva por título <<Memoria funcional. La Línea>>, el contenido del mismo viene a indicar que SHL tiene implantado el P.A.I. en el Centro de diálisis de la Línea, habiendo obtenido en 2013 la certificación de calidad avanzada por la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía. No obstante, y aquí está la clave del error padecido en la valoración de la oferta de la recurrente, ese mismo documento también dice que SHL se compromete a la implantación del PAI en el Centro de Hemodiálisis de Algeciras, así como a la certificación de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía en un plazo no superior a los 18 meses.

Procede, pues, la estimación del motivo examinado.



**SEXTO.** En el segundo motivo del recurso, SHL esgrime error en la valoración de su oferta con arreglo al subcriterio <<Realización de determinaciones analíticas a cargo de la empresa>> dentro del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor <<Otras características de las instalaciones y equipamiento y del programa de tratamiento de los pacientes no evaluables automáticamente>>.

En el examen de este motivo, vamos a partir del contenido del informe técnico y del de las respectivas proposiciones. El primero señala lo siguiente:

<<Oferta de Servicio de Hemodiálisis Linense, S.L.U.

*Proponen convenio/compromiso para la realización de analíticas con la Gerencia del AGS CG; no obstante, no se detalla de forma expresa si dichas analíticas se asumen a cargo de la mercantil.*

*Por tanto, y en comparativa con el mejor valorado, se pondera este apartado con 0,5 puntos, de los 2 posibles máximos ponderados para el parámetro, dado que hay propuesta aunque no muy concreta ni detallada.*

Oferta de Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.

*La mercantil ofertante asume el 100% de las pruebas necesarias para la prestación del servicio.*

*Por tanto, se pondera el apartado con 2 puntos, de los 2 posibles máximos ponderados para el parámetro>>*

Por otro lado, SHL presentó en el sobre nº2, como mejora sobre el PPT, un compromiso de << realización de las analíticas según pautas contempladas en el Proceso Asistencial Integrado “Tratamiento de sustitutivo de la enfermedad renal avanzada: diálisis y trasplante renal” y concretadas para cada paciente por el Servicio de Nefrología del Hospital del SAS de referencia.



*Para ello pensando que es el método de validación más objetivo de nuestros datos estableceremos el convenio correspondiente con la Gerencia del SAS del Campo de Gibraltar para llevarlos a cabo>>.*

Y la adjudicataria presentó oferta en este subcriterio mediante un compromiso de <<*realizar el 100% de las determinaciones analíticas precisas para el proceso, a cargo de la empresa (...)>>, acompañando la cartera de servicios de Laboratorio en documento adjunto.*

A juicio de la recurrente, se constata nuevamente error material en la valoración de su oferta por cuanto la misma contiene una manifestación inequívoca de realización a su cargo de las determinaciones analíticas. Asimismo, manifiesta que QUIRÓN ha obtenido la máxima puntuación en el subcriterio analizado por el compromiso de realizar a su cargo el 100% de las pruebas necesarias para la prestación del servicio, cuando dicho subcriterio solo se refiere a las determinaciones analíticas.

Frente a tal alegato, se alza el órgano de contratación aduciendo que la Comisión técnica otorga 0,5 puntos a la oferta de la recurrente porque, si bien expresa el compromiso de realización de pruebas analíticas, no concreta ni detalla la forma de hacerse cargo de ellas.

Asimismo, QUIRÓN realiza alegaciones frente al motivo expuesto, señalando que SHL no indica expresamente que realizará las analíticas a su costa, además de proponer un convenio sin ofrecer garantía de que el mismo se alcanzará.

Pues bien, a diferencia del motivo examinado en el anterior fundamento, no puede darse la razón a la recurrente en la pretensión aquí examinada. No se aprecia por este Tribunal el error alegado en la valoración de las dos ofertas con arreglo al subcriterio <<*Realización de determinaciones analíticas a cargo de la empresa>>.*



Si atendemos a los términos de ambas proposiciones, que anteriormente se han transcrito en la parte que aquí interesa, se llega a la conclusión de que, en efecto, la literalidad del compromiso efectuado por SHL no es claro ni preciso en cuanto a la realización a su costa de las determinaciones analíticas, mientras que la propuesta de QUIRÓN sí se efectúa de modo inequívoco, concretándose a las determinaciones analíticas y no como dice la recurrente a cualquier prueba necesaria.

Así pues, no se acredita en este caso que la Comisión técnica haya superado los límites de su discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas. En consecuencia, procede la desestimación del motivo analizado.

**SÉPTIMO.** En el siguiente alegato del recurso, SHL denuncia error material en la valoración de su oferta con arreglo a otro subcriterio del único criterio sujeto a juicio de valor, cuyo tenor es << *Disponer de programas de vigilancia y seguimiento del acceso vascular basado en la monitorización del flujo intra-acceso; tener implantado el Proceso Asistencial “Tratamiento Sustitutivo de la Insuficiencia Renal Crónica: Diálisis y Trasplante Renal”; informatización de historia clínica y seguimiento de los pacientes (describiendo programa informático y prestaciones del mismo, y acceso desde el Servicio de Nefrología de referencia del SAS); relación y colaboración con el Servicio de Nefrología de referencia; disponer de otros profesionales como psicólogo, dietista, trabajador social para apoyo a los pacientes.*>>

El informe técnico señala lo siguiente respecto a la valoración de las ofertas en el subcriterio expuesto:

<< *Oferta de SERVICIO DE HEMODIÁLISIS LINENSE, S.L.U.*

*La mercantil ofertante dispone de programa de acceso vascular; tiene implantado el proceso asistencial; propone sistema informático NEFROSOFT, que tiene capacidad para realizar todas las acciones solicitadas, incluyendo la informatización de pacientes/historia clínica; presenta propuesta de relación y colaboración con el Servicio de Nefrología de referencia, incluyendo indicadores clínicos;*



*Asimismo, en relación con la disponibilidad de otros profesionales, se dispone de convenio con ALCER-CÁDIZ, pero en dicho convenio no se especifican los profesionales/especialidades que se ponen a disposición.*

*Por tanto, y en comparativa con el mejor valorado, se pondera el apartado con 5 puntos, de los 6 posibles máximos ponderados para el parámetro, dado que no puede deducirse ni el número de profesionales ni las especialidades que se van a poner a disposición.*

*Oferta de HOSPITAL QUIRÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.L.*

*La mercantil ofertante dispone de programa de acceso vascular; tiene implantado el proceso asistencial; propone sistema informático NEFROLINK, que tiene capacidad para realizar todas las acciones solicitadas, incluyendo la informatización de pacientes/historia clínica; presenta propuesta de relación y colaboración con el Servicio de Nefrología de referencia, incluyendo indicadores clínicos; Asimismo, en relación con la disponibilidad de otros profesionales, pone a disposición las siguientes especialidades: psicología, endocrinología, trabajo social, nutrición dietética y otros profesionales que se consideren necesarios.*

*Por tanto, se pondera el apartado con 6 puntos, de los 6 posibles máximos ponderados para el parámetro>>.*

A juicio de la recurrente, el informe técnico vuelve a incurrir en un error respecto a los profesionales adicionales que la recurrente pone a disposición del contrato. En tal sentido, alega que incluyó en el sobre nº2 un convenio de colaboración con ALCER-CÁDIZ donde se indicaba que el personal técnico de esta asociación prestará a los pacientes de diálisis atenciones sociales y psicológicas, detallándose los datos de contacto de dicho personal. Asimismo, manifiesta que, en la carpeta 3 <<Recursos Humanos y Sistema de Información>> del sobre nº2, se incluyeron los profesionales que SHL pone a disposición del servicio, a saber, un experto universitario en nutrición ambulatoria y domiciliaria y tres diplomados



universitarios en enfermería con curso en nutrición y dietoterapia en la Insuficiencia Renal.

Por tanto, concluye que dispone de psicólogo, trabajador social y dietistas quienes, además, aparecen identificados con nombres y apellidos. Ello determina que su oferta esté más detallada que la de QUIRÓN, por lo que su menor puntuación obedece a otro error material.

Frente a este motivo, el órgano de contratación alega que la mejor oferta en cuanto a puesta a disposición de profesionales es la de QUIRÓN ya que, al tratarse de un centro hospitalario, oferta como apoyo adicional al paciente de hemodiálisis los servicios que se prestan en el propio Hospital: unidades de psicología, endocrinología, trabajo social, nutrición-dietética y otros profesionales que se consideren necesarios.

Aduce el órgano de contratación que la oferta realizada por SHL es claramente inferior desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. Así, el personal de enfermería con cursos en nutrición y dietoterapia forma parte de la plantilla necesaria para la prestación del tratamiento y en el subcriterio se valoran otros profesionales por encima de los mínimos exigidos. Además, indica que este personal puesto a disposición del lote 5 del contrato viene prestando sus servicios en el centro de hemodiálisis de la Línea, por lo que coincide el personal ofertado para los lotes 4 y 5.

Respecto al convenio con ALCER-CÁDIZ, el órgano de contratación manifiesta que su aportación se ha ponderado con hasta 1 punto, pese a que se prevé una visita trimestral al centro de diálisis sin especificar claramente que las personas identificadas en el anexo al convenio son las encargadas de facilitar las atenciones sociales y psicológicas.

Finalmente, QUIRÓN realiza alegaciones al recurso en términos parecidos al órgano de contratación.



Expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar este alegato del recurso. Al respecto, indicaremos que la discusión versa exclusivamente sobre la parte del subcriterio referida a <<*disponer de otros profesionales como psicólogo, dietista, trabajador social para apoyo a los pacientes.*>>

El informe técnico argumenta que la oferta de QUIRÓN pone a disposición del servicio las especialidades de psicología, endocrinología, trabajo social, nutrición dietética y otros profesionales del hospital que se consideren necesarios ponderándose con 6 puntos, mientras que la oferta de SHL se valora con 5 puntos, al no poder deducirse ni el número de profesionales ni las especialidades que se van a poner a disposición.

Examinadas las ofertas de ambos licitadores y los argumentos de todas las partes hemos de concluir que, en efecto, la apreciación realizada por la Comisión técnica se mantiene dentro de los límites razonables de su discrecionalidad técnica. Las afirmaciones vertidas en el recurso no demuestran error, arbitrariedad o insuficiente motivación en el criterio técnico del órgano evaluador.

Así pues, puede concluirse que este juicio técnico goza de la presunción de acierto y razonabilidad, toda vez que la oferta adjudicataria, al tratarse de un centro hospitalario, pone a disposición de los pacientes los distintos servicios/unidades hospitalarias señaladas en el criterio, así como <<*otros profesionales del hospital para apoyo a los pacientes*>>.

Y lo anterior no es equiparable a lo que oferta la recurrente, cuya proposición recibe un punto menos que la de la adjudicataria. En este sentido, el convenio de colaboración aportado alude a atenciones sociales y psicológicas en visitas periódicas al centro de hemodiálisis por profesionales no identificados, pues la base de datos de personal que se adjunta no es suficiente para considerar que las personas ahí relacionadas son las que van a encargarse de aquellas atenciones. Además, la otra especialidad señalada en el subcriterio (dietista) pretende cubrirse con la relación de personal que presta servicios en la empresa sin discernir si este



personal forma parte del mínimo necesario para la prestación del servicio o si va a ser destinado específicamente a prestar apoyo en esta especialidad de nutrición y dietética. No se olvide que el subcriterio valora <<otros profesionales>>, lo que evidencia que se trata de personal adicional al mínimo necesario para la prestación del servicio.

Procede, pues, la desestimación de este motivo.

**OCTAVO.** En el último motivo del recurso, SHL alega arbitrariedad en la valoración de la oferta de QUIRÓN con arreglo al primer subcriterio del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor <<Otras características de las instalaciones y equipamiento y del programa de tratamiento de los pacientes no evaluables automáticamente>>.

El citado subcriterio se refiere a la <<Distribución general del centro (localización en planta baja, luz natural en área de tratamiento, circulaciones, lugar reservado para aparcamiento de ambulancias)>>, señalando el informe técnico respecto a la oferta de QUIRÓN que <<Se oferta la creación de una Sala/Sección de diálisis integrada en el propio Hospital Quirón (ubicado en Palmones-Los Barrios), en la primera planta. No obstante, dicha primera planta no sería exclusiva para las prestación del servicio, sino compartida con otros servicios/consultas hospitalarias (en particular, obstetricia); asimismo, el acceso es compartido para todos por lo que para acceder a los servicios/consultas hospitalarias compartidos en la planta es necesario pasar por la sala de espera de diálisis. Por tanto, y en comparativa con el mejor valorado, se pondera el apartado con 3 puntos, de los 6 posibles máximos ponderados para el parámetro, dado que el anterior tiene una mejor ubicación y comunicación y no se comparte con otros servicios/consultas>>.

La recurrente alega que esta valoración se aparta de lo establecido en el PCAP, pues no resta puntuación a la oferta adjudicataria el hecho de encontrarse en una primera planta, en lugar de en una planta baja que es lo que exige el pliego.



Además, SHL señala que, comparando su propia oferta al lote 4 con la de QUIRÓN al lote 5, se observa que ambas proponen centros de diálisis situados en una primera planta. Sin embargo, existe incoherencia en la valoración de una y otra proposición que se traduce en arbitrariedad, puesto que su oferta al lote 4 fue ponderada con 2 puntos, de los 6 posibles máximos ponderados para el parámetro, por la dificultad de acceso que supone la ubicación del centro en primera planta, mientras que la oferta de QUIRÓN en el lote 5, pese a su gran similitud, obtiene un punto más (3 puntos en total) sin que el informe técnico justifique esa diferencia de puntuaciones.

En definitiva, concluye la recurrente que el informe técnico ofrece dos valoraciones aparentemente iguales que reciben puntuaciones distintas, sin que la motivación realizada por la Comisión técnica ofrezca información que justifique tal diferencia, lo que supone un vicio de arbitrariedad que invalida la actuación administrativa y exige una nueva valoración ajustada al PCAP en la que se otorguen puntuaciones homogéneas a ofertas que presenten las mismas características.

Frente a este alegato, el órgano de contratación esgrime que las puntuaciones otorgadas en los distintos subcriterios del criterio examinado se realizan con carácter comparativo entre las ofertas recibidas en cada lote y en el caso de lotes donde solo se haya recibido una oferta, la valoración se realiza mediante deducción de puntuación sobre el máximo posible por las posibles carencias de la oferta. Por ello, a juicio del órgano de contratación, no es posible comparar directamente la puntuación de ofertas en lotes distintos puesto que la metodología de valoración es diferente.

En tal sentido, prosigue el órgano de contratación, la mejor oferta al lote 5 en el subcriterio analizado ha sido la de SHL que se pondera con 6 puntos, mientras que la de QUIRÓN se valora con 3 puntos por los defectos observados al compararla con aquella.



Finalmente, QUIRÓN efectúa alegaciones respecto a este motivo del recurso señalando que no es posible comparar dos ofertas de dos lotes diferentes y que el criterio solo dispone que el local de hemodiálisis esté en planta baja preferentemente, por lo que tal ubicación no es una exigencia.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen del motivo. En el informe técnico se señala, respecto a la proposición de la adjudicataria, que se oferta una Sala/Sección en primera planta del Hospital Quirón que no es exclusiva para el servicio y cuyo acceso es compartido. Por tanto, en comparación con la mejor valorada en el lote 5 que es la de SHL, aquella se pondera con 3 puntos de los 6 posibles, al tener la oferta de la recurrente una mejor ubicación y comunicación y no estar compartida con otros servicios/consultas.

Esgrime la recurrente que esta valoración se aparta del PCAP, pues no se reduce la puntuación de la proposición adjudicataria por el hecho de que oferte una sala en planta primera en lugar de en planta baja que es lo que exige el pliego. No obstante, asiste razón al órgano de contratación cuando aduce que la ubicación en planta baja es una preferencia y no una exigencia establecida en el subcriterio de adjudicación examinado, a lo que se une el dato de que la Comisión técnica ha tomado en consideración la mejor ubicación de la Sala ofertada por SHL para otorgarle 6 puntos, lo que obviamente ha influido en la valoración de la oferta adjudicataria que, al realizarse por comparación con la de la recurrente, ha visto reducida a la mitad la puntuación otorgada.

Respecto a la alegación de SHL sobre arbitrariedad en la valoración al darse puntuaciones distintas a ofertas similares (la suya en el lote 4 que fue valorada con dos puntos y la de QUIRÓN en el lote 5 que fue valorada con 3 puntos) hemos de partir de lo estipulado en el PCAP para la valoración del criterio examinado. Dice así el cuadro resumen en el inciso final del apartado 17.1.3 <<*En particular, para la valoración se ponderarán cada uno de los parámetros detallados, asignándoles un peso a cada uno de ellos (cuyo sumatorio dará como resultado*



*20); se compararán las ofertas presentadas según el nivel de adecuación que aporten en el funcionamiento y prestaciones(...)>>*

Obviamente, la comparación en la valoración se tiene que producir respecto de las ofertas presentadas en cada lote, puesto que cada uno de ellos es objeto de licitación y adjudicación independiente. Con arreglo a esta metodología definida en el PCAP, la asignación de puntos en el lote 5 se ha realizado por comparación entre las dos ofertas presentadas en el mismo, la de recurrente y la de la adjudicataria. En el lote 4, SHL también ofertó un centro ubicado en una primera planta, si bien en tal caso la comparación para su valoración no podía efectuarse con ninguna oferta al haber sido aquella la única realizada.

Por tanto, el hecho de que en el lote 4, la oferta de la recurrente obtuviera 2 puntos sin comparación con ninguna otra por ser la única, no determina necesariamente que la proposición de la adjudicataria a otro lote distinto (el nº5) debiera obtener esa misma puntuación, pues en este caso la valoración se ha efectuado por comparación con la de SHL en ese mismo lote 5, habiendo obtenido esta la máxima ponderación (6 puntos) y la de QUIRÓN, 3 por comparación con aquella.

En definitiva, no puede considerarse arbitrario o caprichoso este modo de proceder de la Comisión técnica, pues la metodología de comparación de ofertas en cada lote se estipulaba en el propio pliego y porque no resultaría razonable comparar ofertas a lotes distintos para proceder a la valoración de las mismas. En la medida, además, que el juicio técnico en la asignación de puntos a la oferta adjudicataria está motivado, no puede entenderse que el mismo haya superado los límites establecidos jurisprudencialmente al ámbito de discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores de la Administración.

El concepto de <<arbitrariedad>> es aplicado por el Tribunal Supremo a valoraciones irracionales, inverosímiles o ausentes de toda razonabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014 -Recurso Casación



2419/2011-), elementos que no concurren, a juicio de este Tribunal, en la valoración aquí cuestionada.

Procede, pues, la desestimación del motivo analizado.

**NOVENO.** La estimación del recurso respecto al primer motivo determina que deba corregirse el error padecido en la valoración técnica de la oferta de SHL, debiendo asignarle 1,5 puntos en lugar de los 0,5 puntos otorgados en el subcriterio 6 <<*Otras (características) que contribuyan a mejorar la seguridad de los pacientes y, en general, la calidad de la prestación*>>.

Por consiguiente, procede anular la resolución de adjudicación del lote 5 del contrato para que se corrija dicho error en los términos expuestos, y se dicte nueva resolución de adjudicación respecto al citado lote.

Por otro lado, procede indicar que QUIRÓN, en sus alegaciones complementarias al recurso, ha solicitado con carácter subsidiario -para el caso de que se estime el recurso- la suspensión del procedimiento, a fin de que se le dé traslado de la documentación completa presentada por SHL a la licitación.

Tal pretensión no es admisible, resultado del todo extemporánea. En tal sentido, el artículo 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que <<*La puesta de manifiesto del expediente a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación para formular alegaciones, se hará por la Secretaría del Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*>>. Por tanto, es durante el plazo de alegaciones cuando puede ponerse de manifiesto el expediente a los interesados y no una vez transcurrido el mismo, como sucede en el presente caso.



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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **SERVICIOS DE HEMODIÁLISIS LINENSE, S.L.** contra la resolución, de 11 de abril de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Gestión del servicio público de hemodiálisis en club de diálisis dependiente de los centros hospitalarios del S.A.S. en la provincia de Cádiz, por procedimiento abierto, mediante concierto”, respecto al lote 5 (Expte. 197/2015), y en consecuencia, anular el acto impugnado, a fin de que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno de esta Resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por Resolución de este Tribunal de 13 de mayo de 2016.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

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

