

Recurso 586/2023
Resolución 642/2023
Sección Segunda

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

Sevilla, 29 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil **OXIMESA S.L.U** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado «Servicio de terapias respiratorias domiciliarias en el ámbito de centros sanitarios integrados en la Central Provincial de Compras de Almería» (Expediente +6.C+UMAQK) convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, 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 9 de junio de 2023, 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 y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 18.344.836,04 €.

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.

SEGUNDO. Durante la tramitación procedimental del presente expediente de licitación, se formalizó recurso especial tramitado con el número RCT 505/2023 interpuesto por la entidad SAPIO LIFE S.A.U contra el acuerdo de exclusión de su oferta que fue resuelto por la Resolución 551/2023, de 10 de noviembre de este Tribunal desestimatoria de aquel.

Con fecha 26 de octubre de 2023 se dicta resolución de adjudicación del contrato indicado en el encabezamiento a favor de la entidad AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA S.L. Dicha resolución se publica en el perfil de contratante de la Junta de Andalucía y se notifica a la recurrente con fecha 14 de noviembre de 2023.

TERCERO. El 5 de diciembre de 2023, OXIMESA S.L.U (en adelante, OXIMESA) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la referida resolución de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 7 de diciembre de 2023, reiterado el 13 del mismo mes, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada en esta sede con posterioridad.

Mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2023, se confirió trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso. Con fecha 18 de diciembre de 2023, dentro del plazo conferido, la entidad interesada AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA S.L. (en adelante, AIR LIQUIDE) solicita vista del expediente, en concreto, de la oferta técnica y de la declaración de confidencialidad presentada por la recurrente.

Con fecha 20 de diciembre de 2023 la Secretaría del Tribunal traslada a AIR LIQUIDE copia de la documentación no declarada confidencial por OXIMESA, dando por cumplimentado el trámite de vista con reanudación del plazo para la formulación de alegaciones, habiéndose cumplimentado por AIR LIQUIDE.

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. Acto recurrible.

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.

TERCERO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

CUARTO. Legitimación *ad causam*. Análisis del motivo de inadmisión alegado por la adjudicataria.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación solicitando de este Tribunal:

*«II. Que, se declare la **nulidad de la Resolución de Adjudicación** en atención a la ausencia total de motivación y falta de requisitos formales, así como a los **patentes y manifiestos errores de que adolece**, retrotrayendo las actuaciones al momento procedimental oportuno, y valorando nuevamente las ofertas en atención a la realidad de las mismas.*

*III. Que, subsidiariamente, se **declare la nulidad del procedimiento de adjudicación del Expediente de referencia**, en atención a la vulneración del derecho de igualdad de trato y la imparcialidad de los organismos evaluadores, así como la vulneración del secreto de las proposiciones.*

*IV. Que, subsidiariamente, se declare la **nulidad del procedimiento de adjudicación del expediente de referencia**, en atención a la inobservancia a las normas relativas a la composición de la Mesa». (la negrita no es nuestra)*



En el recurso se ejercitan claramente dos pretensiones: una pretensión principal, en la que insta la declaración de nulidad de la resolución de adjudicación y que se acuerde la retroacción de actuaciones al momento de valoración de las ofertas al denunciar la incorrecta valoración de su proposición reclamando una puntuación superior en los criterios sujetos a juicio de valor, en concreto, en cinco de ellos, y que derive la adjudicación a su favor; una pretensión subsidiaria en la que solicita que se declare la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación por vulneración de la igualdad de trato, ausencia de motivación y por la inobservancia de las normas relativas a la composición de la mesa.

Pues bien, dada la finalidad perseguida por la recurrente en su pretensión principal procede que este Tribunal aborde la legitimación *ad causam* de la recurrente, teniendo presente además que la ausencia de esta ha sido denunciada por la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones a la impugnación.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la recurrente impugna la valoración de su oferta técnica en relación con cinco criterios sujetos a juicio de valor, reclamando una puntuación superior a la otorgada, e insta la nulidad de la resolución de adjudicación y la retroacción de actuaciones al momento anterior al de valoración de las ofertas y subsidiariamente, la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación. Ha de afirmarse que la eventual estimación de la pretensión principal del presente recurso, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, por lo que no obtendría respecto a este acto impugnatorio beneficio alguno, por las razones que exponemos a continuación.

La oferta de la recurrente quedó posicionada en segundo lugar, con una diferencia de puntuación en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, respecto de la oferta de la adjudicataria de 16,55 puntos. Como efectivamente señala la adjudicataria en su escrito de alegaciones, incluso de estimarse la totalidad de los motivos de impugnación esgrimidos por la recurrente en relación con los cinco criterios de adjudicación cuya valoración cuestiona, la puntuación de su oferta (que solamente podría recibir hasta un máximo de 42,99 puntos en los criterios sujetos a juicio de valor) continuaría siendo inferior a la de la adjudicataria (45 puntos) y por tanto, seguiría sin poder ser adjudicataria del contrato, máxime cuando en su recurso no ha atacado la indebida admisión de la adjudicataria.

Tales circunstancias desbordan el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético o eventual, cuando dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).»*

En numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, en la 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre y 25/2020, de 30 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso especial o la reclamación en materia de contratación. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato. En consecuencia, si la



recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con la estimación del recurso en su integridad no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión de este por falta de legitimación de aquella.

En el presente supuesto, como se ha expuesto, de acuerdo con el orden de clasificación de las ofertas, la recurrente –que no ataca la indebida admisión de la oferta de la adjudicataria- ha quedado situada en segundo lugar, con una diferencia de puntuación de 16,55 puntos, por lo que la eventual estimación del recurso respecto del primer motivo alegado (con relación al error en la valoración de su oferta) en su integridad, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, toda vez que con ocasión del recurso interpuesto la recurrente, respecto de la entidad AIR LIQUIDE situada en una mejor posición que ella, no esgrime motivo en su contra ni solicita la exclusión de su oferta, por lo que no obtendría beneficio alguno, desbordando así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, pues en todo caso la empresa AIR LIQUIDE estaría clasificada en un lugar superior a la ahora recurrente.

Por tanto, este Tribunal concluye que, aunque admitiéramos a meros efectos dialécticos las pretensiones de la recurrente ningún cambio se produciría en la adjudicación dado que la entidad continuaría clasificada en segundo lugar y sin posibilidad de acceder a la adjudicación.

Por lo expuesto, se aprecia causa de inadmisión de la pretensión principal del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.b) de la LCSP, lo que impide entrar a conocer los motivos de fondo en que la misma se ampara.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los motivos en que la recurrente sustenta su recurso. En cualquier caso y a mayor abundamiento, se procederá al análisis del fondo de la cuestión que se centra en el error del informe técnico respecto de la puntuación otorgada a su oferta con relación a los criterios sujetos a juicio de valor.

Dado que la controversia se suscita en torno a la valoración de la proposición de la recurrente conforme a determinados criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, 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 y en la 250/2021, de 24 de junio, y que dictamina que 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.

La cláusula 7.4.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en la que se establecen los criterios sujetos a juicio de valor según el siguiente desglose:

«1. CRITERIOS NO AUTOMÁTICOS. Ponderación 45 puntos

Se valorará el plan de gestión para la prestación del servicio presentado por el licitador, que cumpla los requerimientos mínimos establecidos en el PPT y los complete y mejore, y concretamente se valorarán los apartados que se recogen seguidamente, con el máximo de puntuación asignado a cada uno.

Para la valoración de cada apartado de la oferta se utilizará la siguiente escala:



MUY BUENA: Cuando se presenta un plan de gestión muy detallado, riguroso y completo, con ausencia de incertidumbres, que supone que la propuesta cumple con todo lo indicado en el Pliego y además recoge aportaciones propias que suponen mejoras muy destacables sobre lo solicitado en el PPT: **100%**

BUENA: Cuando el plan de gestión cumple con lo indicado en el Pliego y además recoge aportaciones propias que suponen mejoras destacables sobre lo solicitado en el PPT, dejando ver algunas incertidumbres no significativas por la falta de definición en algún aspecto de dicho plan: **67%**

APTA: Cuando el plan de gestión se limite, en la mayor parte de los aspectos, a indicar que cumple con lo indicado en el pliego, aportando escasos o nulos aspectos destacables en los distintos apartados, y dejando ver incertidumbres significativas por la falta de definición en algunos de los aspectos desarrollados: **33%**

INSUFICIENTE: Cuando el plan de gestión presentado cumple con lo indicado en el pliego pero se considera que incurre en las siguientes deficiencias muy significativas:

- presenta insuficiente información o no presenta información alguna sobre los distintos aspectos del plan de gestión a valorar.
- que la información presentada en el plan de gestión se considere justificadamente que no asegura una adecuada realización de la prestación objeto del contrato: **0%**

La puntuación se redondeará a 2 decimales.

Umbral mínimo 60% de la puntuación máxima de este criterio. Además, para superar el umbral mínimo será necesario que en ningún caso se obtenga en alguno de los apartados la valoración “insuficiente”.

1.1. RECURSOS HUMANOS Y MATERIALES: hasta 7 puntos.

- Recursos humanos cualificados que pondrá a disposición del contrato 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

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 de la Comunicación con el Facultativo prescriptor y con la Comisión de Seguimiento. Informes de seguimiento.

1.3. PROGRAMAS ORIENTADOS A VALORAR Y MEJORAR RESULTADOS EN SALUD: hasta 15 puntos.

Se valorará el programa propuesto por el licitador para la adherencia terapéutica al uso del dispositivo y efectividad clínica en cada una de las modalidades terapéuticas contempladas en este PPT, entre ellos se valorará la disponibilidad de programas concretos sobre los siguientes aspectos:

- * Programa terapéutico y de medidas generales dirigidas a la atención del paciente en terapias respiratorias asociadas al sueño, entre ellas, programas orientados a la pérdida de peso y aumento de actividad física.
- * Programa de mejora para el control domiciliario de pacientes en ventilación mecánica domiciliaria, basados en educación en salud de los cuidadores, que redunden en mejora de los resultados en salud



** Programa de educación en salud dirigido al tabaquismo, control de la obesidad y aumento del ejercicio físico en pacientes con cualquier modalidad de terapia respiratoria.*

1.4. SISTEMA DE INFORMACIÓN QUE PERMITA EL CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LOS PACIENTES Y PRESCRIPCIONES REALIZADAS, que deberá cumplir todos los requisitos establecidos en el apartado 5.2 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.**

1.5. PLAN DE CONTINGENCIA: hasta 3 puntos.

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.

1.6.- SISTEMA CONTROL DE LA CALIDAD DE LA PRESTACIÓN: hasta 2 puntos.

Desarrollo del sistema de control de la calidad de la prestación de terapias respiratorias, incluyendo el compromiso de realización de encuestas de satisfacción a pacientes con una periodicidad al menos bianual durante la vida del contrato, aportando el modelo de encuesta a utilizar, como detalla la cláusula 6.4.1., letra F) de este Pliego». (la negrita no es nuestra)

En definitiva, los criterios evaluables en función de juicios de valor, como sucede en nuestro caso tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que, por sus características, no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis.

1. Con relación al criterio 1.1 “Recursos humanos y materiales, el informe técnico obrante en las actuaciones califica la oferta de la recurrente como “BUENA” con una puntuación de 4,69 puntos justificada en las siguientes razones (i) la oferta es razonable pero no realista para el servicio requerido en los diferentes centros (ii) no menciona consulta en La Inmaculada (iii) refleja incertidumbres no significativas por la falta de definición (iv) no garantiza la presencia de la totalidad de la plantilla durante la duración del contrato.

La recurrente alega que existe un error manifiesto y patente en el informe técnico ya que defiende que en su oferta técnica se especificaban los servicios concretos que prestará con relación al hospital La Inmaculada que no han sido tenidos en consideración. De igual modo señala que la afirmación contenida en el informe relativa a la “falta de garantía de la totalidad de la plantilla a lo largo de la ejecución del contrato” no se corresponde con la realidad de la oferta presentada por OXIMESA que incorpora una declaración responsable señalando textualmente el número de profesionales puestos a disposición.

El órgano de contratación, en el informe al recurso, y en el mismo sentido la adjudicataria, en su escrito de alegaciones, cuyo contenido obra en las presentes actuaciones, manifiestan que la recurrente no ha acreditado que el órgano de contratación haya excedido los límites de la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

La cláusula 6.4.1 “Documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automáticos (sobre electrónico nº 2)” que, por lo que aquí nos concierne, establece lo siguiente:

« (...)

En concreto, se presentará la siguiente documentación:



PLAN DE GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN

Las empresas licitadoras deberán presentar un **plan de gestión del servicio para los centros adscritos al contrato**, que deberá contener como mínimo los siguientes epígrafes, respetando el orden y apartados que así mismo se indica:

A) Recursos humanos y materiales

A.1. Recursos Humanos de la empresa que estarán adscritos al contrato, indicando claramente la adscripción de recursos detallada por centros, y el régimen de dedicación (apoyo ocasional, dedicación parcial, dedicación completa); Personal Facultativo en su caso, Personal diplomado o grado en Enfermería o Fisioterapia, Personal Administrativo, personal técnico de mantenimiento, otro personal.

Deberá adjuntarse documentación acreditativa de las titulaciones (fotocopia compulsada) que le faculta para el desempeño de la actividad.

Deberán describirse las funciones y competencias del personal relacionado con la prestación.

Se especificará así mismo el tipo de vinculación del personal con el licitador, indicando si se trata de personal con vinculación estable con la empresa o no.

A.2. Medios materiales: deberá detallarse la siguiente información:

A.2.1. Los medios materiales de que se dispone, que aseguren la capacidad de producción y envasado de oxígeno necesaria para atender satisfactoriamente a toda la población objeto del servicio al que se presenta oferta, durante todo el período de vigencia del contrato. En este sentido, se deberá disponer de más de una fuente de producción y envasado, pudiendo éstas ser propio/s o contratada/s por la entidad ofertante.

En su caso, deberá existir contrato firme entre la/s empresa/s productora/s y envasadora/s y la entidad ofertante, debiendo estar ubicadas las instalaciones (planta de producción y envasadora) dentro del territorio de la Unión Europea y cumplir con la legislación actual sobre fabricación y suministro de gases como medicamento. En dicho contrato, el suministro de oxígeno garantizado deberá ser, al menos, el necesario para atender satisfactoriamente el servicio, y no deberá contener cauciones, reservas de dominio o cláusulas que amenacen de forma sustancial la totalidad o la continuidad del suministro. En el momento de la presentación de ofertas, este contrato deberá tener una vigencia mínima hasta el 31 de diciembre de 2024 y una copia completa del mismo, en español, se entregará obligatoriamente junto con los documentos de la oferta técnica.

A.2.2. Los medios de distribución desde almacenes centrales, y la disponibilidad de almacenes locales que aseguren el abastecimiento de oxígeno y equipos y accesorios necesarios para la adecuada prestación del servicio

A.2.3. Las características técnicas de los equipos e interfaces y accesorios necesarios para la prestación de las diferentes terapias objeto del contrato».

En el referido criterio se valoran los siguientes aspectos:

- Recursos humanos cualificados que pondrá a disposición del contrato 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.

Este Tribunal ha podido examinar el contenido de la oferta de la recurrente y en concreto las páginas 162 y siguientes que corresponden al apartado A.2.1 “Resumen de los medios materiales presentados al CPC de Almería y en la comunidad andaluza para la atención de TRD a los pacientes objeto del contrato” y a las que alude de manera expresa en su recurso.

Así, nos encontramos que en la página 168 de la oferta se menciona dentro de los Centros de Atención al Paciente de OXIMESA, el CentrOx® Hospital Huercál-Overa: Ubicado entre la avenida de Guillermo Reyna y Noria del Pino. Local con más de 100m2. En la página 169 se indica, dentro de las consultas hospitalarias para el seguimiento de los pacientes de OXIMESA con TRD dependientes de los centros sanitarios adscritos a la Central provincial de Com-



pras de Almería, que “se gestionará con el personal indicado de los centros sanitarios objeto del expediente, la apertura de una consulta hospitalaria para la mejora de accesibilidad, Consulta hospital Huércal-Overa”. Por tanto, aun cuando pudiera admitirse que la recurrente se está refiriendo al hospital público La Inmaculada situado en Huércal-Overa, como defiende en su recurso, lo cierto es que, literalmente -como indica el informe del órgano- en la oferta de OXIMESA (en las páginas referidas) no se menciona una consulta en el hospital de La Inmaculada si bien en la página 172 de la oferta, al indicar el mapa de infraestructura de OXIMESA a disposición de los pacientes TRD en la provincia de Almería, sí se indica la consulta seguimiento TRD Hospital de La Inmaculada.

Este Tribunal no aprecia que dicha afirmación -que, por otra parte, viene inducida por la propia recurrente, que en las páginas 168 y 169 no menciona la consulta hospitalaria en el referido hospital- sea significativa ni determinante de un error en el informe técnico. La razón de ello es que, si nos atenemos a lo que exigía el pliego, para la valoración del plan de gestión del servicio en el apartado relativo a los recursos humanos, la recurrente debería haber indicado claramente en la documentación técnica “la adscripción de recursos detallada por centros, y el régimen de dedicación (apoyo ocasional, dedicación parcial, dedicación completa): Personal Facultativo en su caso, Personal diplomado o grado en Enfermería o Fisioterapia, Personal Administrativo, personal técnico de mantenimiento, otro personal” lo que no hemos podido constatar que se haya incluido en su oferta técnica. Por ello, el informe técnico, al motivar la puntuación otorgada a la recurrente incide en las incertidumbres no significativas por la falta de definición que justifican la puntuación otorgada.

Frente a ello, este Tribunal ha podido examinar la oferta técnica de la empresa que resultó puntuada con la máxima puntuación (AIR LIQUIDE) en el apartado relativo al criterio que nos ocupa y, tal y como se indica en el informe técnico, ofrece una descripción detallada de los recursos humanos que estarán adscritos al contrato, con la distribución del personal operativo (sanitario y no sanitario) por centro y la indicación del perfil del puesto/categoría profesional/ experiencia/ nombre del profesional/ titulación/ cualificación/tipo de vinculación/ régimen de dedicación (en concreto, la página 83 y siguientes refleja detalladamente la tabla de personal asignado al hospital de La Inmaculada).

Por otro lado, la recurrente califica de error la afirmación del informe técnico de que su oferta no garantiza la presencia de la totalidad de la plantilla durante la duración del contrato y la intenta rebatir aludiendo a la página 38 de aquella que hace referencia a la puesta a disposición de los recursos humanos estimados a lo largo de todo el período indicado en el expediente.

Pues bien, entendemos que la recurrente se limita a efectuar una valoración subjetiva y paralela a la efectuada por el informe técnico, pero omite determinados extremos que no se han cumplido en su oferta como el reseñado anteriormente, en concreto, la adscripción detallada de recursos humanos y perfiles profesionales por centros. En ese sentido, observamos que en la relación de RRHH adscritos al contrato (páginas 32 y siguientes de la oferta de la recurrente) aparte de no estar desglosados por centros, hay perfiles que están adscritos a varios centros, aspecto al que puede obedecer la valoración por los técnicos de la insuficiencia de los recursos humanos que se ofertan para garantizar la prestación del servicio durante todo el período de duración del contrato. Por ello, este Tribunal considera que debe prevalecer el informe técnico, por su presunción de veracidad y acierto, ya que la recurrente no ofrece argumentos que permitan considerar que aquel ha incurrido en los errores que se denuncian, y contrarrestar sus conclusiones respecto de las calificaciones y puntuación otorgada a OXIMESA.

2. Con relación al criterio de adjudicación “Sistema de información que permita el control y seguimiento de los pacientes y prescripciones realizadas” la recurrente cuestiona la puntuación otorgada (6,70) y la calificación de BUENA sosteniendo, en síntesis, que el sistema que oferta respecto de la plataforma TROX incluye diferentes funcionalidades que mejoran la capacidad de control asistencial, y, por tanto, la puntuación debería ser mayor. Asimismo-



mo, indica que ha ofertado también una aplicación interactiva para los pacientes, que incorpora una serie de funcionalidades que exceden ampliamente de lo requerido en el PPT.

El informe técnico indica lo siguiente respecto de la valoración de la oferta de la recurrente: *“El documento incluye las posibles integraciones. Con lo referente a la plataforma TROX se aportan funcionalidades tipo que cubren el servicio ofertado. Solo se incluye una APP de pacientes con funcionalidades a día de hoy básicas. No mejora PPT”*

AIR LIQUIDE destaca la falta de argumentación o justificación por parte de la recurrente que lo que pretende es sustituir el criterio del órgano de contratación por el suyo propio, debiendo prevalecer la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

La redacción del criterio -cuya valoración se cuestiona- establece que deberá cumplir todos los requisitos establecidos en el apartado 5.2 del PPT y 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 (el subrayado es nuestro) El referido apartado 5.2 del PPT establece, entre los requisitos exigidos:

*“Integración con el sistema de información de los Centros adscritos al objeto del contrato, así como flexibilidad en la adaptabilidad con el sistema de información corporativo del SAS
Integración con la Historia Clínica Digital Corporativa. Se utilizará el NUHSA (Numero Único de Historia de Salud de Andalucía) como identificador único de cada paciente”*

En este caso, la recurrente ensalza las bondades de su oferta, insistiendo en que las funcionalidades mejoran de manera relevante lo exigido en el PPT si bien la comisión técnica, dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica que le asiste, considera que la oferta de OXIMESA cumple el PPT pero no lo mejora ofreciendo las razones técnicas para ello, que se enmarcan dentro del citado ámbito que le asiste, y que no procede otorgarle una puntuación mayor ofreciendo la justificación correspondiente, sin que, a juicio de este Tribunal, sea posible apreciar en ello la motivación insuficiente, o el error que se denuncia sino un parecer técnico que no coincide con el de la recurrente, por lo que no pueden acogerse sus alegaciones.

1.3. Con relación a la valoración del criterio de adjudicación *“Sistema de control de calidad de la prestación”*.

La recurrente cuestiona la calificación de su oferta como “APTA” y la puntuación recibida en dicho criterio (0,66 puntos) señalando que el informe técnico realiza una serie de apreciaciones que no se corresponden con la realidad de la oferta, en concreto, al afirmar *“que no presentan los resultados obtenidos en las encuestas de satisfacción de cualquier centro que presten o hayan prestado servicio en los últimos 5 años”*. Sostiene que, entre la documentación presentada, sí se incluían los resultados de encuestas de satisfacción previas realizadas desde el año 2021 hasta el presente, si bien reconoce que no se incluían de los últimos 5 años, pero insiste en que no era una exigencia del pliego.

El informe técnico justifica la calificación y puntuación otorgada a la oferta de la recurrente indicando que *“Incluyen el sistema de control de la calidad, pero no presenta los resultados obtenidos en la encuesta de satisfacción de cualquier centro que presten o hayan prestado servicio en los últimos cinco años”*.

AIR LIQUIDE alega que la omisión del resumen que venía expresamente exigida en los pliegos abocaba necesariamente a la calificación de la oferta como apta.



La literalidad del criterio cuya valoración discute la recurrente, establece que se valorará “*Desarrollo del sistema de control de la calidad de la prestación de terapias respiratorias, incluyendo el compromiso de realización de encuestas de satisfacción a pacientes con una periodicidad al menos bianual durante la vida del contrato, aportando el modelo de encuesta a utilizar, como detalla la cláusula 6.4.1., letra F) de este Pliego*”. De conformidad con dicha cláusula, y por lo que aquí interesa, entre la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática (sobre electrónico nº 2) se incluirá: “*Compromiso de realización de encuestas de satisfacción a pacientes con una periodicidad al menos bianual durante la vida del contrato, aportando el modelo de encuesta a utilizar. Se deberá aportar asimismo un resumen de los resultados obtenidos en las últimas encuestas de satisfacción a pacientes realizadas, correspondientes a cualquiera de los Centros en los que preste o haya prestado el servicio en los últimos 5 años*”.

El informe técnico refleja que la recurrente no ha aportado los resultados obtenidos en los últimos cinco años que venía exigido por los pliegos, de ahí que quede plenamente justificada (en el mismo sentido lo indica AIR LIQUIDE), la calificación de la oferta en dicho aspecto y la puntuación de 0,66 puntos. En ese sentido, a pesar de que la oferta incluye el sistema de control de calidad, no presenta el resumen conforme exigía claramente el pliego, careciendo de fundamento la interpretación que, al respecto sostiene la recurrente, por lo que procede la desestimación del motivo.

1.4. Con relación a la valoración del criterio de adjudicación “Organización de la prestación”

OXIMESA cuestiona la calificación y puntuación otorgada a su oferta, señalando que carece de sentido ligar la adecuada confección del plan relativo a este criterio con la realización de visitas al hospital (i) en primer lugar, porque no puede adivinar el licitador los aspectos que serán valorados por el organismo (ii) porque OXIMESA es contratista habitual de este tipo de contratos y por tanto, tiene pleno conocimiento sobre la organización y el funcionamiento de los hospitales, por lo que no necesita de una visita al mismo para conocer los detalles de utilidad en relación con la configuración de la oferta.

El órgano de contratación se limita a defender en abstracto la puntuación otorgada basándose en la apreciación y discrecionalidad técnica y niega que se haya introducido un criterio no previsto en los pliegos.

AIR LIQUIDE defiende la valoración de la oferta de la recurrente realizada dentro del marco de discrecionalidad técnica y, respecto de la introducción del parámetro no previsto en los pliegos, se opone a tal alegación esgrimiendo que la recurrente no impugnó dicho criterio en el momento procedimental oportuno, y que la valoración de haber visitado los centros no equivale a la introducción de un elemento nuevo, insistiendo en que la realización de una oferta optimizada requiere informarse de las circunstancias reales del servicio que proporciona una visita a las instalaciones.

La cláusula 6.4.1 del PCAP establece lo siguiente:

« (...)

En concreto, se presentará la siguiente documentación:

PLAN DE GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN

*Las empresas licitadoras deberán presentar un **plan de gestión del servicio para los centros adscritos al contrato**, que deberá contener como mínimo los siguientes epígrafes, respetando el orden y apartados que así mismo se indica:*

B) Organización de la prestación:

B.1 Organización del acceso al servicio: comunicación con las unidades prescriptoras y gestión del proceso de altas en la prestación.



B.2. Programa de instalación inicial domiciliaria de los equipos: plazos y procedimientos. B.3. Procedimiento de retirada y baja en la prestación por las diferentes causas posibles: A)

Fallecimiento, B) Por alta Voluntaria), C) Por incumplimiento del paciente, D) Por fin de tratamiento. E) Otras causas Justificadas

B.4. Programa de seguimiento domiciliario de los pacientes, tanto en su aspecto técnico de control del equipamiento (protocolos de mantenimiento y revisión de los equipos: periodicidad y operaciones a realizar), como en su aspecto técnico sanitario y de cuidados sanitarios generales

B.5. Programa de seguimiento hospitalario a través de consulta de seguimiento en las diferentes terapias

B.6. Documentos de información y comunicación al paciente (presentación de copia de modelos).

B.7. Descripción del funcionamiento del servicio de información y atención al paciente operativo las 24 horas del día previsto en el PPT. Resolución de incidencias

B.8. Organización del componente de educación para la salud: descripción del programa de formación al paciente y/o cuidadores

B.9. Organización de la Comunicación con el Facultativo prescriptor y con la Comisión de Seguimiento. Informes de seguimiento(„)».

El informe técnico, respecto de la oferta de la recurrente, señala lo siguiente: «La oferta es buena, pero la documentación es algo difícil de seguir al no tener un orden claro dentro de los diferentes contenidos aunque tienen algunos puntos organizativos relevantes. No han visitado el hospital La Inmaculada para informar de las prestaciones, tal y como requiere el procedimiento. Se ajusta al PPT. El plan de adjudicación es muy genérico, no se adapta a la realidad de la provincia» y le otorga la calificación de BUENA (67%) que, según el pliego, se atribuye cuando el plan de gestión cumple con lo indicado en el Pliego y además recoge aportaciones propias que suponen mejoras destacables sobre lo solicitado en el PPT, dejando ver algunas incertidumbres no significativas por la falta de definición en algún aspecto de dicho plan.

La crítica que formula OXIMESA es que en la valoración del criterio se han ponderado aspectos no previstos en los pliegos, en concreto, la realización de visitas a los centros que, según defiende la recurrente, no había sido previsto como parámetro de valoración.

El órgano de contratación se limita a negar apriorísticamente que se haya introducido la valoración de un elemento no definido previamente en el pliego.

Pues bien, como ya nos manifestamos en nuestra Resolución 551/2023 de 10 de noviembre, a propósito del recurso especial interpuesto por la otra entidad licitadora (SAPIO LIFE SAU) que fue excluida de la presente licitación, y analizando idéntico motivo al que nos ocupa, « (...)sin prejuzgar en este momento la validez intrínseca del criterio de adjudicación al que se refiere la recurrente, que, al no haber sido impugnado por las partes, deviene consentido y firme, lo cierto es que la posibilidad de valorar que se haya cursado una visita a los centros, de cara a la organización de la prestación, por su incidencia en la confección de la oferta -que es propiamente lo que valora el criterio- en sí mismo no conculca el principio de igualdad de trato, en los términos que denuncia la recurrente. El PCAP, que no fue impugnado por SAPIO en el momento procedimental oportuno, por lo que fue consentido, recoge, entre los aspectos a valorar en dicho criterio, “la organización del acceso al servicio: comunicación con las unidades prescriptoras y gestión del proceso de altas en la prestación”, o el “Programa de seguimiento hospitalario a través de consulta de seguimiento en las diferentes terapias”. Por otra parte, la cláusula 5.1.3 “Plan de prestación de las terapias” establece que “la empresa adjudicataria prestará el servicio objeto del contrato de acuerdo el plan de gestión individualizada por centros adscritos al mismo(„)» por lo que entendemos que la valoración de haber visitado los centros adscritos para confeccionar la oferta relativa a la organización de la prestación no contiene, a juicio de este Tribunal, un elemento nuevo desconocido que haya podido alterar el criterio de adjudicación



establecido en el PCAP y que, de haber sido conocido por la recurrente en el momento de preparar la oferta, hubiera influido en su preparación por lo que no se han vulnerado los principios de igualdad de trato y transparencia, rectores del procedimiento de selección del contratista. Por otra parte, y tal y como señala AIR LIQUIDE en su escrito de alegaciones, la realización de una oferta optimizada -en relación con los parámetros que contempla el apartado 14.1.2 del cuadro resumen del PCAP- requiere informarse de las circunstancias reales del servicio, para conocer las necesidades específicas de cara a confeccionar la oferta en una licitación de las características que nos ocupa.

Por lo tanto, procede la desestimación del motivo.»

Aplicando las consideraciones expuestas, no procede acoger las alegaciones de la recurrente.

1.5. Con relación a la valoración del criterio de adjudicación “Programas orientados a valorar y mejorar resultados en salud” (15 puntos)

La recurrente alega la indebida valoración de su oferta manifestando que existen dos claros errores en el informe técnico. Así, por un lado, señala que en aquel no se valoran determinados aspectos de su oferta y por otro, alega que se han valorado las ofertas bajo un prisma erróneo, tomando en consideración aspectos no recogidos en los pliegos que los licitadores no tenían obligación de adivinar.

El informe del órgano al recurso nada dice, en concreto, respecto de la valoración del citado criterio, amparándose en el principio de discrecionalidad técnica que asiste a los técnicos que han evaluado la oferta técnica.

AIR LIQUIDE alega, en síntesis, que la oferta de OXIMESA carece de las mejoras significativas que presentan su oferta y que debidamente justifican la diferente puntuación otorgada.

La cláusula 6.4.1 del PCAP que, respecto del criterio en liza, establece lo siguiente:

«C) Programas orientados a valorar y mejorar los resultados en salud

Programa propuesto por el licitador para la adherencia terapéutica al uso del dispositivo y efectividad clínica en cada una de las modalidades terapéuticas contempladas en este contrato, en orden a la optimización de resultados en salud, entre ellos se valorará la disponibilidad de programas concretos sobre los siguientes aspectos:

** Programa terapéutico y de medidas generales dirigidas a la atención del paciente en terapias respiratorias asociadas al sueño, entre ellas, programas orientados a la pérdida de peso y aumento de actividad física.*

** Programa de mejora en el control del paciente ingresado por EPOC y dado de alta en situación de insuficiencia respiratoria.*

** Programa de mejora para el control domiciliario de pacientes en ventilación mecánica domiciliaria, basados en educación en salud de los cuidadores, que redunden en mejora de los resultados en salud.*

** Programa de educación en salud dirigido al tabaquismo, control de la obesidad y aumento del ejercicio físico en pacientes con cualquier modalidad de terapia respiratoria».*

Este Tribunal ha tenido ocasión de examinar la oferta de la recurrente (Documento C -sobre oferta técnica-obrante en el expediente remitido) y ha podido comprobar que OXIMESA refiere diez grandes bloques de programas orientados a valorar y mejorar los resultados en salud, dirigidos a pacientes con TRD. En concreto, se indican los siguientes: (i) *Programas terapéuticos y de medidas generales paciente AOS* (ii) *Programas de mejora para el control domiciliario de pacientes en ventilación mecánica domiciliaria, basados en educación en salud de los cuidadores, que redunden en mejora de resultados en salud* (iii) *Programas de educación en la salud dirigiendo al tabaquismo, control de la obesidad y aumento del ejercicio físico en pacientes con cualquier modalidad de terapia respiratoria;* (iv) *Programas de mejora en el control del paciente ingresado por EPOC y dado de alta en*



situación de Insuficiencia Respiratoria; (v) programa de incumplidores; (vi) Programas de colaboración con los centros prescriptores en recursos para la asistencia, docencia e investigación; (vii) programas de coordinación y colaboración con todos los agentes implicados en la cadena asistencial, incluyendo a pacientes y cuidadores; (viii) programa de actuación específicos adaptados a la población pediátrica de Almería; (ix) protocolo de desplazamientos de pacientes de OXIMESA: el servicio “MóvilOx”; (x) Sistema de medición del valor aportado (outcomes y eficiencias) en el desarrollo del servicio de terapias respiratorias domiciliarias a través de PREM y PROM”

El informe técnico, con relación a la oferta de la recurrente, a la que le otorga la calificación de “BUENA” y la puntuación de 10,05 sobre un total de 15 puntos, señala lo siguiente: *“Se identifican todos los programas de cuidados para todas las terapias y algunos puntos dentro de cada uno de ellos que pueden resultar de interés. Los programas de educación cumplen correctamente sin aportar ninguna mejora significativa respecto a lo requerido en el PPT”*. Le otorga, por tanto, la calificación correspondiente al cumplimiento por la oferta de lo indicado en el Pliego y la inclusión de aportaciones propias que suponen mejoras destacables sobre lo solicitado en aquel, dejando ver algunas incertidumbres no significativas por la falta de definición en algún aspecto de dicho plan.

La recurrente cuestiona la calificación otorgada efectuando una suerte de evaluación comparativa con la oferta de SAPIO que fue calificada de APTA para sostener, en última instancia, su disconformidad con la calificación recibida al considerarse merecedora de una puntuación superior. Pues bien, como ya dijéramos en nuestra Resolución 551/2023, anteriormente mencionada, en la que SAPIO también cuestionaba la calificación que le fue otorgada en este criterio, el hecho de que OXIMESA haya incluido en su oferta los distintos programas sobre los aspectos definidos en el criterio, extremo que no resulta controvertido, no justifica por sí solo que tenga que otorgársele la puntuación superior que reclama ya que se trata de una cuestión sujeta a la apreciación técnica, dentro del grado de discrecionalidad que le asiste.

Si bien, para la recurrente su propuesta, es merecedora de mayor puntuación, la comisión técnica, dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica, considera lo contrario, sin que sea posible apreciar en ello la arbitrariedad alegada, motivación insuficiente, o error, sino un parecer técnico que no comparte la recurrente, por lo que, en cualquier caso, hubiera procedido la desestimación del recurso.

Respecto de la pretensión subsidiaria ejercitada por la recurrente en la que insta la nulidad del procedimiento de adjudicación por la vulneración de las normas procedimentales, en cualquier caso, a mayor abundamiento también se procederá al análisis de fondo de la cuestión que se plantea.

En concreto, la recurrente cuestiona (i) la falta de publicación de la composición de la mesa en el perfil de contratante, de forma previa a la apertura de los sobres y la valoración de las ofertas, denunciando el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 326.3 de la LCSP; (ii) la constante modificación de los miembros de la mesa de manera continua a lo largo del procedimiento de adjudicación, no solo respecto de los vocales, sino también la presidencia de la misma, sin obrar justificación alguna en el expediente. Al respecto, invoca la Resolución 211/2023 del Tribunal Administrativo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Denuncia que ello le ha generado un perjuicio y una inseguridad jurídicas, en tanto que la valoración de las ofertas se ha realizado por diferentes personas durante el procedimiento de contratación, y alega, en definitiva, que se han vulnerado las garantías procedimentales y para la objetividad del procedimiento en relación con la valoración de ofertas.

Invoca la Disposición final quinta del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ám-



bito de la Comunidad Autónoma de Andalucía: “*Modificación del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados*”, por la que se modifica el artículo 5 del mencionado Decreto. En concreto, el apartado 7 de la citada Disposición quinta que prevé que la composición de la mesa de contratación se publicará en el perfil de contratante con una antelación mínima de siete días a la reunión que deba celebrar para la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos.

En ese sentido, alega que de las actas correspondientes a las sesiones de los días 25 de septiembre de 2023 y 20 de octubre de 2023 se infiere que los nombres de los vocales de una y otra no coinciden, y así, la composición de la mesa de contratación que analizó los requisitos previos no fue conocida ni publicada con una antelación de siete días, sino que se conoció con la publicación -el 26 de octubre de 2023- del acta de 20 de octubre de 2023 produciéndose con ello, una vulneración manifiesta de obligaciones que recaen sobre el organismo y sobre la mesa de contratación.

Finalmente, señala que ninguna de las cuatro actas de las mesas publicadas está debidamente firmadas por el Presidente y Secretario, incumplándose con ello lo dispuesto en el artículo 87.3 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre.

El informe del órgano solicita la desestimación del motivo y señala, en primer lugar, que el artículo 326 de la LCSP, cuya infracción se denuncia, tiene carácter de legislación no básica, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado tercero de la disposición final primera de la propia Ley de Contratos, y, por tanto, no resulta de aplicación a la Administración Autónoma cuando existe una norma autonómica de desarrollo, como ocurre en Andalucía, donde es de aplicación el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologado, modificado por la Disposición Final quinta del Decreto- Ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Alega que la recurrente confunde los miembros que componen la mesa de contratación, que se regula en el artículo 6 del mencionado Decreto 39/2011 con los miembros asistentes, manifestando que las actas de las sesiones recogen la mención de los asistentes y la existencia de quorum suficiente para constituir válidamente la mesa. Por otra parte, niega que se irroge perjuicio e inseguridad jurídica por el hecho de que los asistentes que reflejan las actas de las sesiones hayan sido diferentes, puesto que ello supondría obviar el régimen legal de sustituciones de los miembros de la mesa en casos de vacante, ausencia o enfermedad.

Finalmente, con relación a la falta de publicación en el perfil de contratante de la composición de las mesas de contratación señala que en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud la designación de los miembros de la mesa se hace con carácter permanente, y que la Resolución de 4 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Gestión Económica y de Servicios del Servicio Andaluz de Salud (SAS) por la que se establece con carácter permanente la designación de los miembros de las mesas de contratación en el SAS se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 223, de 13 de noviembre, por lo que niega la afirmación de la recurrente de que la primera constancia que se tiene de la composición de la mesa es la dispuesta en el primer acta de la mesa de contratación del expediente.

AIR LIQUIDE, en síntesis, alega que tanto la composición como el funcionamiento de la mesa se ajusta a lo exigido legalmente, niega la existencia de vicio alguno y considera que el motivo no debe prosperar.



Pues bien, la primera infracción procedimental que se denuncia se refiere a la falta de publicación en el perfil de contratante de los componentes de la mesa de contratación de forma previa a la apertura de sobres y la valoración de las ofertas, y consecuente infracción del artículo 326.3 de la LCSP.

El referido precepto establece lo siguiente: «*La mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente y un Secretario.*»

La composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente.

Por su parte, el apartado 7 del artículo 5 del Decreto 39/2011 antes mencionado, que efectivamente, y como señala el informe del órgano, es de aplicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, prevé lo siguiente, respecto de la cuestión que nos ocupa: «*La composición de las mesas de contratación se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente, con una antelación mínima de siete días con respecto a la reunión que deba celebrar para la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.*» (el subrayado es nuestro)

Interesa también traer a colación el artículo 63.5 de la LCSP, que, por lo que aquí nos interesa, establece que: «*Deberán ser objeto de publicación en el perfil de contratante, asimismo, los procedimientos anulados, la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios.*»

En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios» (el subrayado es nuestro)

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concreto momento procedimental en que se ha de publicar en el perfil de contratante la información a que se refiere el artículo 63 de la LCSP, en la Resolución 552/2022, de 18 de noviembre, recaída en el RCT 422/2022, en la que nos manifestábamos en los siguientes términos:

«Sobre la cuestión controvertida, relativa al concreto momento procedimental en que se ha de publicar en el perfil de contratante la información a que se refiere el artículo 63 de la LCSP, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Expediente 59/18 en los siguientes términos:

«En el segundo punto de su consulta la Tesorería General de la Seguridad Social plantea cuál es el momento concreto en que deben publicarse en el perfil de contratante los documentos indicados, a los que se refieren los apartados 3.a) y e) del art. 63 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este precepto reza, a los efectos de esta consulta, como sigue:

“1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca.

3. En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente información:



a) La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.

(...) e) El número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato.”

La variedad de actos que se publican en el perfil del contratante puede contrastarse en esta cita. El momento de publicación de cada documento puede variar, pero en todos ellos la finalidad establecida por la ley es la misma: asegurar la transparencia y el acceso público a los documentos correspondientes. Por tanto, si atendemos a los documentos mencionados en el apartado a) podemos sentar como regla general que la publicación en el perfil debe realizarse tan pronto como sea necesario que los interesados puedan acceder a la información, de modo que la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente deben publicarse con el primer acto en que un potencial licitador pueda tener interés en acceder a la documentación preparatoria del contrato, acto que será, en general, el anuncio de la convocatoria de la licitación. No parece que antes exista necesidad de publicar esta documentación cuya finalidad, como es evidente, es proporcionar información relevante a los efectos de la selección del contratista.

En cuanto a los actos del procedimiento de adjudicación propiamente dichos, tales como los mencionados en la letra e) del artículo 63, esto es, el número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, las actas de la mesa de contratación, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad y, la resolución de adjudicación del contrato, lo cierto es que todas ellas sin excepción deberán estar disponibles en el momento de adjudicarse el contrato pero, además, alguna de ellas podría tener relevancia a los efectos de una posible impugnación anterior a este hito procedimental. En efecto, si acabamos de destacar que es posible notificar separadamente la exclusión de un licitador tan luego como se acuerde, algunos de los documentos mencionados serán necesarios para interponer recurso fundado contra la decisión de exclusión (por ejemplo, en el caso de las actas de las Mesas, los informes de valoración y los informes sobre temeridad contractual). Por tanto, en este caso, la publicación tardía de los documentos puede dar lugar a una merma del derecho de defensa del licitador excluido (...)

De lo anterior, se infiere que, reconocida la finalidad primordial del artículo 63 de la LCSP de garantizar la transparencia y el acceso a la documentación de la licitación, lo cierto es que no existe en la ley la previsión del momento procedimental en que ha de llevarse a cabo la publicación en el perfil de contratante de las actas de las mesas de contratación, así como del resto de información a que se refiere la letra e) del artículo 63.3 de la LCSP. Lo que sí queda claro es que, sin excepción, deberán estar disponibles en el momento de adjudicación del contrato, si bien se reconoce la relevancia de la publicación en un momento procedimental anterior cuando el conocimiento y acceso



previo a la información pudiera tener incidencia a efectos de una posible impugnación anterior, por ejemplo, en el caso de la exclusión de un licitador.

De lo anterior, se infiere que, reconocida la finalidad primordial del artículo 63 de la LCSP de garantizar la transparencia y el acceso a la documentación de la licitación, lo cierto es que no existe en la ley la previsión del momento procedimental en que ha de llevarse a cabo la publicación en el perfil de contratante de las actas de las mesas de contratación, así como del resto de información a que se refiere la letra e) del artículo 63.3 de la LCSP. Lo que sí queda claro es que, sin excepción, deberán estar disponibles en el momento de adjudicación del contrato, si bien se reconoce la relevancia de la publicación en un momento procedimental anterior cuando el conocimiento y acceso previo a la información pudiera tener incidencia a efectos de una posible impugnación anterior, por ejemplo, en el caso de la exclusión de un licitador.

Con fundamento en lo anterior, este Tribunal no aprecia irregularidad invalidante o determinante de anulabilidad respecto del primer extremo que se denuncia, máxime cuando la convocatoria de la primera mesa para la apertura del sobre n.º 1 es una sesión interna, como apunta el informe del órgano de contratación, por lo que consideramos que el extremo denunciado carece de trascendencia anulatoria, máxime cuando consta, además, que el acta de la sesión se publicó cinco días después, sin que la recurrente haya acreditado que ello le impidiese cumplimentar algún trámite, con merma de su derecho de defensa.

Tampoco se advierte irregularidad invalidante en el segundo aspecto que denuncia la recurrente - relativo al cambio en la fecha de convocatoria de la mesa para la apertura del sobre n.º 2- ya que, más allá de que lo ortodoxo hubiera sido la publicación del cambio de la fecha fijada con una antelación mayor, ello no ha generado ningún perjuicio al licitador que, en todo caso, tuvo conocimiento previo del cambio de fecha adoptado.

Finalmente, en el recurso se denuncia, por un lado, la infracción de los artículos 63.5 y 323.6 de la LCSP por falta de publicación en el perfil de la composición de la mesa de contratación, así como de la identidad, formación y experiencia profesional de los técnicos encargados de la elaboración del informe.

Respecto de esta alegación, hemos de concluir que, si bien el artículo 63.5 de la LCSP es claro -en el sentido de establecer la obligatoriedad de publicar la información que enumera- no obstante, en el caso que analizamos, no ha quedado acreditado que dicha irregularidad procedimental haya sido determinante de una merma de los derechos que invoca la recurrente, y sin que podamos admitir que la alusión genérica al artículo 64 de la LCSP, como justificación de esa supuesta defensa de la legalidad, puede sustentar el necesario contenido impugnatorio del escrito de recurso y la conexión con el interés directo del recurrente que ya ha sido analizada en el cuerpo de la presente resolución».

Este Tribunal ha podido comprobar, en el supuesto que examina, que no consta en el perfil de contratante la publicación de la composición de la mesa de contratación con la antelación que marca el artículo 5.7 del Decreto 39/2011. En ese sentido, si bien reconocemos que el órgano de contratación no actuó correctamente, y que lo ortodoxo hubiera sido publicar previamente la composición de la mesa, sin embargo, atendiendo a la finalidad pretendida por la propia LCSP, no apreciamos la irregularidad invalidante o determinante de la nulidad del procedimiento de adjudicación cuya declaración se pretende. En efecto, la convocatoria de la primera mesa para la apertura del sobre n.º 1 es una sesión interna y consta, además, que el acta de la sesión de fecha 28 de julio de



2023 se publicó el 1 de agosto de 2023, sin que, por otra parte, la recurrente haya acreditado o denunciado algún conflicto de intereses en los miembros de la mesa que pudiera haber distorsionado la competencia o mermado el principio de igualdad de trato a todos los licitadores, sino que se limita en abstracto a denunciar que se ha incumplido el requisito formal de publicación de los miembros de la mesa con carácter previo, pero lo cierto es que, a fecha de interposición del recurso, toda esa información figura publicada en el perfil y por tanto, queda garantizada la transparencia que preserva el artículo 63 de la LCSP, como analizamos en nuestra Resolución 552/2022.

Respecto de esta alegación, hemos de concluir que, si bien el artículo cuya infracción se denuncia es claro -en el sentido de establecer la obligatoriedad de publicar la composición de la mesa de contratación con la antelación que se establece- no obstante, en el caso concreto que analizamos, no ha quedado acreditado que dicha irregularidad procedimental haya sido determinante de una merma de los derechos que invoca la recurrente, ni que le haya ocasionado un perjuicio y una inseguridad jurídica, máxime cuando toda esa información ha sido publicada y consta en el perfil de contratante, lo que le ha permitido, a la hora de interponer el presente recurso, disponer de los elementos y la información necesarias para impugnar cuestiones atinentes a posibles conflictos de intereses en los miembros de la mesa, cosa que, por otra parte, no ha hecho.

En segundo lugar, la recurrente denuncia irregularidad invalidante del procedimiento por la modificación de los miembros asistentes a las mesas de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación, según consta en las actas de las sesiones de los días 28 de julio de 2023 y 8 de septiembre de 2023, criticando que se modifique la composición de los vocales y del presidente, del que afirma que ha de permanecer invariable salvo causa justificada.

Pues bien, entiende este Tribunal que la alegación no puede prosperar, en la medida que, tal y como se infiere de la regulación legal de los órganos colegiados (las mesas de contratación son órganos colegiados de asistencia a los órganos de contratación) está previsto el régimen legal de sustituciones en caso de ausencia, enfermedad o vacante sin que, como bien indica el informe del órgano de contratación, se exija la motivación en cada caso o justificación de la suplencia del presidente o de cualquier otro miembro, ni invalide el funcionamiento de la mesa de contratación e incida en el régimen de adopción de sus acuerdos.

A tal efecto, el artículo 6 del Decreto 39/2011 regula el funcionamiento de las mesas de contratación, con el siguiente contenido:

«1. Para la válida constitución de las Mesas de contratación deberán estar presentes la mayoría absoluta de los miembros o sus suplentes y, en todo caso, las personas titulares de la Presidencia, de la Secretaría y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano. Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos.

2. El funcionamiento de las Mesas de contratación se ajustará a lo establecido en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, así como en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo que constituya legislación básica». La remisión a la Ley 30/1992 ha de entenderse efectuada a la Sección 3ª Capítulo II del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por otra parte, partiendo de la previsión anterior, el hecho de que la mesa de contratación correspondiente a la sesión del 25 de septiembre de 2023 se encuentre constituida por tres vocales no invalida ni la constitución de aquella ni los acuerdos adoptados, al respetarse el quorum exigido conforme a la normativa de aplicación.



Finalmente, las cuatro actas que figuran publicadas en el perfil de contratante correspondientes a las sesiones de los días 8 y 28 de julio, 25 de septiembre y 20 de octubre todas ellas de 2023 figuran debidamente firmadas con firma electrónica por lo que no es posible apreciar la infracción del artículo 87.3 del Real Decreto 1098/2021, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuya infracción se denuncia.

De todo lo anterior, queda claro que las irregularidades denunciadas carecen de la trascendencia anulatoria del procedimiento de adjudicación, por los motivos expuestos por los que habría procedido, en cualquier caso, la desestimación del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil **OXIMESA S.L.U** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado «Servicio de terapias respiratorias domiciliarias en el ámbito de centros sanitarios integrados en la Central Provincial de Compras de Almería» (Expediente +6.C+UMAQK) convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por falta de interés legítimo para recurrir.

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 partes 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.

