

Recurso 206/2024
Resolución 253/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 21 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVEO SERVICIOS, S.A.**, contra la resolución, de 8 de mayo de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del Hospital Universitario Virgen Macarena”, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. CONTR 2022 0000813671_PA 190/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de septiembre de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía 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 11.322.926,94 euros.

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.

El 26 de abril de 2023 se dictó resolución de adjudicación a favor de SERVEO SERVICIOS, S.A. (en adelante SERVEO o la recurrente), ahora recurrente.

Con posterioridad, se detectan errores en la valoración del criterio de evaluación automática denominado “CORRECTIVOS DE CUALIFICADOS”; procediendo el órgano de contratación, mediante resolución de 25 de mayo de 2023, a anular la adjudicación para que se efectúe una nueva valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de evaluación automática.

SERVEO presentó recurso de reposición contra la anulación de la adjudicación, que fue estimado mediante resolución de 26 de julio de 2023, por la que se anula la resolución de 25 de mayo, retro trayéndose las actuaciones al momento del dictado de esta última resolución.

El 2 de agosto de 2023, AGENOR presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de 26 de abril de 2023, que fue resuelto mediante la Resolución 416/2023, de 8 de septiembre, de este Órgano, en la que se inadmite el recurso con la siguiente fundamentación: *“AGENOR debió interponer el presente recurso en el plazo legal computado desde que se le remitió la notificación de la adjudicación, siendo totalmente extemporáneo el ahora formalizado contra la citada resolución. Lo dispuesto en el apartado segundo del <<RESUELVO>> de la resolución, de 26 de julio de 2023, no puede suponer la devolución de eficacia a la resolución de adjudicación cuando el órgano de contratación está reconociendo que la misma no es ajustada a derecho e incurre en un error material. Así pues, debiera el órgano de contratación culminar las actuaciones iniciadas comunicando a SERVEO las razones en que se funda la rectificación de la resolución de adjudicación y dictar, en su caso, la nueva adjudicación que entienda ajustada a derecho una vez corregido el error material que afirma haber padecido. Será entonces contra esta última resolución frente a la que podrá interponerse, en su caso, recurso especial en materia de contratación”*.

Mediante Resolución de 31 de octubre de 2023, el órgano de contratación dejó sin efecto la resolución de adjudicación de 26 de abril de 2023 y acordó la retroacción del procedimiento al momento anterior a la clasificación de las ofertas, hasta dictar nueva resolución de adjudicación el 28 de diciembre de 2023 a favor de AGENOR MANTENIMIENTOS SA (en adelante AGENOR).

Contra dicha resolución de adjudicación SERVEO interpuso recurso especial que tramitado con el número 34/2024, dio lugar a la Resolución 75/2024 de 9 de febrero, que acordó la desestimación del mismo.

Contra la misma resolución de adjudicación de 28 de diciembre de 2023 también ASIME, S.A. (en adelante ASIME) interpuso recurso especial que tramitado con el número 33/2024, dio lugar a la Resolución 67/2024 de 9 de febrero. En la citada Resolución se acordó, en lo que aquí interesa, *«Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ASIME, S.A. contra la resolución, de 28 de diciembre de 2023, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del Hospital Universitario Virgen Macarena” pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. CONTR 2022 0000813671_PA 190/2021) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución»*.

El fundamento de derecho séptimo de la citada Resolución dispone que *<<Habiéndose estimado el primer motivo de recurso, procede la estimación parcial del recurso especial con la anulación del acto impugnado, la resolución de adjudicación, para que se proceda a la exclusión de su oferta, continuando el procedimiento hasta la adjudicación en su caso, con mantenimiento de la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.>>*.

En ejecución de la citada Resolución 67/2024 el órgano de contratación anula la resolución de adjudicación impugnada, excluye a AGENOR del procedimiento de adjudicación y dicta nueva resolución de adjudicación, el 8 de mayo de 2024, a favor de ASIME.

El 22 de febrero de 2024 tuvo entrada en este Tribunal, escrito de la mercantil AGENOR en el que solicita aclaración de la Resolución 67/2024, que dio lugar a la Resolución de aclaración 1/2024, de 17 de mayo, acordando que *“No procede aclaración alguna respecto de la Resolución 67/2024, de 9 de febrero, en los términos*



expuestos en los fundamentos de la presente resolución”, indicando en la misma que “lo que verdaderamente se estaría solicitando es la anulación de dicha resolución”.

El 15 de marzo de 2024, AGENOR formula incidente de ejecución respecto de la Resolución n.º 67/2024 de este Tribunal, que fue inadmitido mediante la Resolución 118/2024, de 22 de marzo, por entender que *“no procede promover un incidente de ejecución cuando el órgano de contratación está ejecutando lo acordado por este Tribunal en la Resolución 67/2024, de 9 de febrero, y aún no ha concluido el procedimiento en el que finalmente dicho órgano debe notificar a AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. la exclusión expresa de su oferta, que en definitiva es la pretensión de esta al interponer el incidente de ejecución”.*

Posteriormente, la Resolución 226/2024, de 7 de junio, de este Tribunal desestima un nuevo incidente de ejecución interpuesto por AGENOR el 21 de mayo de 2024, al considerar que *“no pueden estimarse las alegaciones de AGENOR en las que basa el incidente de ejecución puesto que ha habido una exclusión expresa de su oferta por el órgano de contratación, cuyo motivo, además es la ejecución de la Resolución 67/2024 de este Tribunal cuyo cumplimiento cuestiona.”.*

El 15 de mayo de 2024, este Tribunal ha tenido conocimiento, al ser requerido para la remisión del expediente administrativo del recurso especial 33/2024, que dio lugar a la citada Resolución 67/2024 de este Tribunal, de que AGENOR ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que se tramita como Procedimiento ordinario 239/24, contra la mencionada Resolución 67/2024.

SEGUNDO. El 5 de junio de 2024, SERVEO SERVICIOS, S.A. (en adelante la recurrente) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de 8 de mayo de 2024 y otros actos dictados en el procedimiento.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 5 de junio de 2024 se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del mismo que, previa reiteración el 10 de junio de 2024, ha tenido entrada el 12 de junio de 2024 en esta sede, excepto el informe de alegaciones que, tras nueva reiteración mediante correo electrónico, se ha recibido el 20 de junio de 2024.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a las licitadoras por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han presentado en el plazo conferido las formuladas por la adjudicataria y la entidad AGENOR, S.A..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP.



TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución del órgano de contratación por la que se adjudica un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a ser formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso contra el citado acto es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la resolución de adjudicación fue notificada a la recurrente el 15 de mayo de 2024 por lo que el recurso presentado el 5 de junio de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

SERVEO interpone el presente recurso contra la resolución del órgano de contratación de 8 de mayo de 2024 por la que se adjudica el contrato a ASIME, solicitando a este Tribunal:

“i. Que se estimen las alegaciones de mi representada sobre los incumplimientos de ASIME y se proceda a la exclusión de ASIME por incumplimiento de los requisitos de los pliegos, y, por adelantar información en el sobre 2 de criterios objetivos del Sobre 3.

ii. Que se declare la nulidad del acto impugnado por no ser ajustado a derecho; y, se retrotraigan las actuaciones al momento previo al acto de adjudicación, acordando la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa;

iii. Subsidiariamente, para el caso de que los incumplimientos alegados no se considerasen suficientemente fundamentados en el presente recurso, que se conceda acceso a mi representada al “ANEXO III SUBCONTRATACIÓN” de la oferta de ASIME, al no poderse declarar como confidencial, concediéndole un nuevo plazo a SERVEO para completar el recurso.”.

La recurrente, cuya oferta queda clasificada en segunda posición, manifiesta que el órgano de contratación le ha dado acceso al expediente de la licitación, aunque no se le ha permitido la vista del anexo III presentado por ASIME, que esta había declarado confidencial.

Frente a ello, la recurrente alega que el «Anexo III presentado por ASIME no puede ser considerado como confidencial, puesto que en ningún caso el contenido del mismo se refiere a secretos técnicos o comerciales, tratándose de un mero anexo administrativo, y por ello, el órgano de contratación debe de considerarlo así en el momento de dar acceso a mi mandante al expediente de contratación, ya que la declaración de confidencialidad por parte de ASIME sobre el “ANEXO III SUBCONTRATACIÓN” de su oferta carece de todo sentido ya que adolece de los requisitos necesarios para ser declarado confidencial.

A mayor abundamiento, y como ya se ha adelantado anteriormente, resulta sorprendente que el Anexo III de la oferta de ASIME sea declarado confidencial, cuando ASIME tuvo acceso al ANEXO III de AGENOR, siendo esto contrario al principio de igualdad entre licitadores, al principio de reciprocidad y a la doctrina de los actos propios,



más si cabe cuando tiene como consecuencia la exclusión de uno de los licitadores a la vista del citado Anexo III por el recurso presentado por ASIME.”.

Por ello, alega que “la negativa del Órgano de contratación de facilitar el Anexo III de la oferta de ASIME, S.A., ha provocado a mi mandante una grave indefensión y fuertes limitaciones a la hora del presente recurso especial en materia de contratación en cuanto no dispone de todos los elementos de juicio para ejercitar su derecho de legítima defensa, vulnerándose en tal caso el principio de igualdad entre licitadores así como el principio de reciprocidad.”.

Así, entiende que “deberán retrotraerse las actuaciones al momento previo a la concesión del plazo para la interposición de dicho recurso y acordarse el acceso al “ANEXO III SUBCONTRATACIÓN” de la oferta de ASIME, al no proceder, como hemos manifestado anteriormente, la declaración de confidencialidad respecto de este documento.

Así lo entiende nuestra doctrina en Resoluciones como la nº 66/2015, de 29 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por cuanto dispone que:

“En consecuencia, dado que se ha impedido el acceso al expediente, lo que no ha permitido el acceso al expediente, lo que no ha permitido fundar adecuadamente las reclamaciones, y así lo han puesto de manifiesto ambas reclamantes, procede ordenar la retroacción de actuaciones al objeto de que el órgano de contratación dé vista al recurrente en los términos señalados, al objeto de que, en su caso, puedan fundar adecuadamente su reclamación contra la adjudicación en el plazo de 15 días hábiles, quedando suspendido la tramitación del procedimiento de licitación”.

Por todo lo expuesto, procede acordar el acceso de SERVEO al “ANEXO III SUBCONTRATACIÓN” a la oferta de ASIME, por parte de este Tribunal, a fin de que pueda obtener la debida información necesaria para interponer el correspondiente Recurso Especial contra la adjudicación de la presente licitación, y se nos conceda nuevo plazo para ampliar recurso».

No obstante, observa en la documentación a la que ha tenido acceso los siguientes motivos de recurso:

1. Adelanto de información en el sobre 2 de la oferta de ASIME relacionada con el criterio de adjudicación automático que valora el “Correctivo de cualificados”.

Por este motivo, la recurrente entiende que la adjudicataria debió ser excluida de la licitación tras la apertura del sobre 2. Alega que en el documento “01 Confidencialidad”, al declarar la confidencialidad del apartado 1.2 del capítulo 1 adelanta importante información en relación con los equipos cualificados, al entender que “Debemos partir de que la definición en cuanto a los equipos cualificados según el apartado 8.3.3.3 del PPT y el mantenimiento mínimo a llevar a cabo es clara. Por lo tanto, la redacción de la declaración de confidencialidad sobre el apartado de equipos cualificados solo podría conllevar una mejora, aumentar el número de mantenimiento preventivo; o aumentar el número de mantenimiento correctivo para equipos cualificados lo que estaría suponiendo un adelanto de información con respecto al criterio de Correctivo de cualificados del sobre número 3.

Y es que al indicar “trabajos de mantenimiento” para equipos cualificados, esta expresión supondría un grave adelanto de información al no indicar “trabajos de mantenimiento preventivo” y entenderse por tanto el adelanto de la mejora “trabajos para mantenimiento correctivo” a ofertar en el sobre 3.”



2. Adelanto de información en el sobre 2 de la oferta de ASIME relacionada con el criterio de adjudicación automático que valora el “*Mantenimiento de sustitutivo total*”.

También por este motivo entiende que la oferta de ASIME debió ser excluida de la licitación, alegando que “*En este criterio se debe ofertar un porcentaje anual máximo del importe de licitación que se pone a disposición del centro directivo para que sea usado para el Mantenimiento Sustitutivo Total y en la memoria de ASIME se encuentran diversas referencias en cuanto al porcentaje y el importe a asumir, prueba de ello, se señalan a continuación:*

Página 22:12 % modificativo (adelanto de información criterio objetivo)

“... ”

Asime realizará a su cargo las modificaciones que precisen los dispositivos médicos objeto de contrato, cuando este coste supere un 12% el coste del dispositivo nuevo

“... ”

Página 70 y siguientes

“... ”

Asime destinará 10.000€ para proyectos de ciberseguridad

“... ”

“... ”

Asime destinará 5.000€ para integraciones de equipamiento electromédico”

En relación con ambos motivos de recurso, la recurrente alega que “*es evidente que la incorporación de información relativa al Sobre 3, dentro del Sobre 2 tiene, como consecuencia directa, la exclusión automática de la adjudicataria, ya que la información contenida en el mismo no se ajusta a lo exigido en los pliegos, y ello ha tenido como consecuencia que la valoración de la oferta técnica de la adjudicataria, por parte del Órgano de Contratación, se realizara con una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquél que ha incumplido precisamente la exigencia de los pliegos, lo cual conlleva a que su oferta fuese valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras licitadoras, infringiéndose así, además de los preceptos y cláusulas indicadas, los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la propia Ley de Contratos del Sector Público.*

La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO).

Todo ello confirma que la oferta de la adjudicataria debería de haber sido excluida porque la contaminación de los sobres ha supuesto la vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación.”

3. Incumplimiento del formato de memoria establecido en el pliego.

Al respeto, la recurrente alega que la oferta de la adjudicataria no debió ser valorada al incluir en su memoria diferentes tablas elaboradas por ella incumpliendo el tamaño de letra exigido en la cláusula 6.4.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), concretamente en:

“- *Página 3. Cronograma de implantación.*

- *Páginas 18 y 19. Información en tabla muy relevante correspondiente a la oferta.”*



Por ello entiende que han de aplicarse las consecuencias previstas para ello en los pliegos aceptados por todas las licitadoras.

4. Incumplimiento de la cláusula 8.2.1.2. del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT).

La recurrente afirma que en la página 5 de la memoria de ASIME se recoge que “ASIME comprobará las condiciones de los dispositivos existentes en un periodo máximo de 40 días laborables”, mientras que la citada cláusula exige que “Las condiciones de los dispositivos médicos deberán ser comprobadas por la empresa contratista en un periodo máximo de 60 días naturales tras la firma del contrato.”.

Así, pone de manifiesto que “si el contrato se firmase el día 31 de enero, desde el 1 de febrero al 31 de marzo hay 60 días naturales para comprobar las condiciones de los dispositivos existentes, tal y como estipula el pliego, sin embargo, ASIME según su oferta de 40 días laborables, aún podría tardar un día laborable más, ya que la misma está basada en días laborables y por tanto superar esos 60 días naturales exigidos por el pliego. De igual manera, pero más acentuada ocurriría en noviembre y diciembre.

(...)

Por tanto, en un periodo de 40 días laborables, ASIME incumpliría de forma flagrante las condiciones mínimas del PPT, por precisar de más de 60 días naturales, superando el tiempo máximo establecido para la realización de la comprobación de las condiciones de los dispositivos médicos.

Por tanto, al igual que en la alegación anterior, la oferta de ASIME incumple el pliego, en este caso, concretamente, el apartado 8.2.1.2. Condiciones de aceptación de los dispositivos médicos del PPT. Por lo tanto, no puede sino aplicarse el Pliego (Lex inter-partes) y su oferta debió ser excluida.”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, respecto de la confidencialidad del anexo III de la adjudicataria manifiesta que le solicitó el levantamiento del carácter confidencial, sin que accediera a ello, alegando, en base a ello, que ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 133.1 de la LCSP según el cual “... los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta.”.

En relación con los motivos de recurso, el órgano de contratación formula las siguientes alegaciones.

“2º.- En relación con el adelanto de información en la oferta del sobre 2 de ASIME con respecto a criterios objetivos del sobre 3.

SERVEO SERVICIOS, S.A.U. realiza un juicio técnico paralelo al de la Comisión Técnica basado en suposiciones extraídas de un documento de la empresa ASIME, S.A. (“01 Confidencialidad”) que no es el documento adecuado para tener en consideración por la Comisión a la hora de valorar el contenido de la oferta del sobre num.2, como sí sería la Memoria Técnica, según indica la cláusula 6.4.1. del PCAP; y que, en modo alguno puede prevalecer sobre el de la Comisión, a la que se le presume imparcialidad y que esta provista de la especialización y conocimientos necesarios para la emisión de un criterio técnico investido de esa presunción de acierto.

La aplicación de los criterios dependientes de un juicio de valor por la Comisión Técnica se ha basado en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis del contenido de la Memoria Técnica aportada por los licitadores en su oferta, sobre la que no puede prevalecer el particular parecer técnico de la recurrente.



3º.- En relación con el incumplimiento del formato de memoria establecido en el pliego por ASIME

La Comisión Técnica que valoró la oferta de la empresa ASIME, S.A. la consideró adecuada a los requisitos formales contenidos en la cláusula 6.4.1. del PCAP y a las aclaraciones realizadas a las licitadoras en cuanto a que “las imágenes de copias de documentos que se incluyan en la memoria, no tienen que ir a un tamaño de página completa, pero sí tienen que ser legibles para su lectura y valoración”.

La cláusula 6.2.1. del PCAP establece que “En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”, como así se aplicó por parte de la Comisión Técnica.

4º.- En relación con el incumplimiento de la oferta de ASIME en relación al apartado 8.2.1.2. del PPT

Consideramos que NO se incumple lo establecido en el PPT, por dos motivos:

1º.- Porque al realizar su oferta, la empresa ASIME, S.A. se compromete al cumplimiento íntegro del contenido del pliego de prescripciones técnicas (Artículo 139. LCSP Proposiciones de los interesados.

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...), lo cual se comprobará fehacientemente cuando se realice la efectiva recepción del servicio prestado, mediante un acto formal y positivo de recepción por parte del Servicio Andaluz de Salud, que deberá comprobar que el mismo se realizó en los términos previstos en el PCAP, el de Prescripciones Técnicas y sus respectivos Anexos.

2º.- La fecha de la firma del contrato no es un dato cierto en el momento de realizar la valoración de la oferta de ASIME, S.A. (40 días laborables) sobre el cumplimiento de la condición de aceptación de los dispositivos médicos, establecido en el pliego de prescripciones técnicas en 60 días naturales, dado que, en los ejemplos citados por la recurrente (febrero- marzo) no se cumpliría, pero si el contrato se firmara el 30 de septiembre de 2024, entre los meses de octubre-noviembre, del 1/10/2024 al 29/11/2024, si se cumplirían los días ofertados para cumplir la condición. Por ello la recurrente no puede dar por cierto el incumplimiento por parte de ASIME, S.A.”.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La adjudicataria solicita la inadmisión del recurso por impugnar un acto ya recurrido y resuelto, considerando que es cosa juzgada dada la identidad sustancial del objetivo último de los dos recursos especiales presentados por SERVEO y la preclusión de la posibilidad de invocar motivos existentes entonces.

No obstante, subsidiariamente, solicita la desestimación del recurso formulando alegaciones a cada uno de los motivos de recurso:

1. Que la imposibilidad de acceso a documentación declarada confidencial por ASIME no implica discriminación o trato desigual.

ASIME considera que “el trato del Órgano de Contratación ha sido idéntico para todas las licitadoras, respetando las respectivas declaraciones de confidencialidad”, pues entiende que “el trato igualitario consiste precisamente en dar la oportunidad a las partes declarar confidencial lo que consideren, siempre ajustado a lo que marca la LCSP, y sin perjuicio de la actuación confirmatoria o no del órgano de dicha confidencialidad. La prueba de ello es



que no sólo SERVEO no ha tenido indefensión, sino que con la documentación que ha visionado ha podido formular dos extensos y prolijos recursos contra la posición de ASIME.”

Considera que la actuación del órgano de contratación está amparada en lo dispuesto en los artículos 52 y 133 LCSP, en el apartado 6.7 del PCAP, en la ley 1/2019 de 20 de febrero, de secretos empresariales, y en la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales.

Por otra parte, alega que *“el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora, tal y como establece, entre otros, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, al que nos dirigimos, en su Resolución nº 329/2016.”*

2. La inexistencia de adelanto de información en la oferta del sobre 2 de ASIME con respecto a criterios objetivos del sobre 3.

En relación con el adelanto de información en el sobre 2 de la oferta de ASIME relacionada con el criterio de adjudicación automático que valora el *“Correctivo de cualificados”*, alega que SERVEO pretende imputarle un adelanto de información cuando ni siquiera nombra la actuación correctiva en su declaración de confidencialidad, cuando ella misma establece expresamente que va a realizar *“Actuaciones específicas en el ámbito del mantenimiento que se realicen por el fabricante de los equipos o por su SAT oficial (mantenimiento correctivo...)”*, o establece como confidencial el servicio de mantenimiento de equipos del anexo I definidas como cualificados realizado por el fabricante de los equipos o por su SAT oficial. Así afirma que es evidente que ni en la oferta de SERVEO ni en la suya se ha adelantado información.

Respecto al adelanto de información relativo al criterio de *“Mantenimiento sustitutivo total”*, alega que la recurrente *“trata de inducir al Tribunal a confusión entre el mantenimiento modificativo que ha de ir en el Sobre 2 y que es al que se refiere mi representada, y el sustitutivo total que es el que sí va en el Sobre 3, y del que por supuesto no se adelanta ningún porcentaje por parte de ASIME en el Sobre 2.”*

Afirma que no entiende cómo la información contenida en la página 22 de la memoria se puede relacionar con el mantenimiento sustitutivo total cuando se refiere al mantenimiento sustitutivo, adecuándose a lo requerido por los pliegos respecto a la información a contener en el sobre 2.

Del mismo modo alega que la información de las páginas 70 y siguientes *“se encuentra encuadrado perfectamente entre los requerimientos del Pliego respecto de la información que debe constar en el Sobre 2. En concreto en el apartado 1.3. de iniciativas de optimización de la actividad”*.

Añade que *“La doctrina en este sentido del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, al que nos dirigimos, consiste en aplicar el principio de proporcionalidad, de manera que en el hipotético supuesto de que se hubiera producido cierto adelanto de información, este hecho no produciría en ningún caso la exclusión de la oferta de la adjudicataria”*.

3. La inexistencia de incumplimiento del formato de la memoria por parte de ASIME y el acceso del recurrente a partes confidenciales de la oferta de ASIME.



Al respecto ASIME alega que “cumple con el formato de la memoria establecido por los pliegos, en primer lugar, porque las imágenes incluidas en su oferta son imágenes, y en segundo lugar, también cumple escrupulosamente con las 80 páginas que establece el pliego, con la tipografía e interlineado establecido en el mismo.

Por si no cabía más capacidad de sorpresa en este recurso y por qué no decirlo, de cierta falta de atención en su propia oferta, la recurrente SERVEO, en la página 37 de su oferta, en el apartado 1.1.5.5 MEDIOS DE COMUNICACIÓN incluye una tabla cuya letra, a simple vista, es muy inferior a la utilizada en el resto de la oferta.”.

4. La inexistencia de incumplimiento del plazo exigido en el apartado 8.2.1.2 del PPT.

ASIME afirma que “el apartado 8.2.1.2. del PPT se está refiriendo (hasta en dos ocasiones) a la “empresa contratista” y no a los licitadores.

Por otro lado, si ASIME indica en su oferta que comprobará las condiciones de los dispositivos existentes en un periodo máximo de 40 días laborables está cumpliendo el apartado 8.2.1.2. del PPT, ya que los 40 días laborables se encuentran dentro del límite del máximo de 60 días naturales que marca el pliego, no superando en ningún caso este plazo (reproducimos imagen de la página 5 de la oferta de ASIME):

(...)

La gravedad de este fundamento recae en que la mercantil SERVEO en los cuadros que introduce como argumento para la justificación de este motivo indican días hábiles, que son radicalmente diferentes a los laborales. Los días hábiles excluyen sábados, domingos y festivos, mientras que los laborales excluyen domingos y festivos. SERVEO, conscientemente trata de confundir al Tribunal en la calificación del tipo de días, y provoca un escenario en el que ASIME presuntamente incumple basado en días hábiles, no laborables. Así trata de infundir el error, excluyendo los sábados de los días laborables:

(...)

Como este Tribunal puede comprobar, SERVEO tras insertar el calendario laboral inserta los meses de febrero y marzo (por cierto, ya pasados) y excluye del cálculo laboral los sábados (que sí son laborables) marcándolos en rojo (como si fueran inhábiles) provocando artificiosamente y con artes de engaño la inducción deliberada al error, que creemos debe ser sancionable cuanto menos.

A mayor abundamiento, y aun intentando apreciar el sentido del argumento banal de la recurrente, la oferta de ASIME seguiría siendo correcta dado que, en promedio, cada mes ronda los veinte días laborables, por lo que se puede afirmar sin lugar a dudas que 40 días laborables equivalen siempre a dos meses, que son 60 días naturales.

Además, en la página 6 de la oferta de ASIME se puede comprobar que, con independencia del mes que se trate, el plazo estimado por la empresa para la realización de las gestiones que nos ocupan no agotaría nunca los 60 días o dos meses”.

4. Alegaciones de la entidad AGENOR.

AGENOR presenta escrito de alegaciones al recurso con el contenido que consta en el expediente de recurso, en el que, en resumen, apoya las pretensiones de la recurrente en cuanto al alegado trato desigual y discriminatorio, así como la reclamación de la recurrente en cuanto a la no valoración de la oferta de la adjudicataria por incumplimiento del PPT y que, al igual que su oferta, la de la adjudicataria sea excluida de la licitación por adelanto en el sobre 2 de información relevante para la valoración de los criterios de adjudicación automáticos sin necesidad de probar la influencia que ello haya tenido en el análisis de la comisión técnica.

Así mismo, denuncia trato discriminatorio hacía su entidad, demandando como consecuencia:



“- La solicitud de cotejo documental, de que persona, ofrece acceso a la documentación que estaba declarada como confidencial, investigando este aspecto.

- Denotada la situación de completa falta de igualdad, la inequívoca, nulidad de la adjudicación en favor de ASIME, así como, por supuesto, la IMPRESCINDIBLE nulidad de toda la licitación con todas las consecuencias que procedan conforme a derecho.”.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre la solicitud de inadmisión del recurso.

La adjudicataria solicita la inadmisión del recurso especial considerando que existe cosa juzgada administrativa y que está íntimamente ligado a ella el principio de preclusión alegatoria.

En efecto, las resoluciones que concluyen los procedimientos de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a las sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo que ya resultó juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos).-Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, generan nuestras resoluciones, que vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal. Es un efecto, que se impone por mor del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado en el artículo 59.1 de la LCSP).

La cuestión no es nueva y ha sido abordada en varias resoluciones de este Tribunal. Así, en las Resoluciones 197/2016, de 9 de septiembre, o la 141/2021, de 15 de abril, en las que manifestábamos:

«Como señaló la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía del Estado -cuyo criterio comparte este Tribunal- dos son las posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado consistente en la exclusión adoptada por la Mesa de contratación (artículo 40.2 b) del TRLCSP) y el recurso especial contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión. Ahora bien, estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de modo que, una vez interpuesto recurso contra el acto de trámite cualificado de exclusión, no es posible recurrir posteriormente el acto de adjudicación para volver a discutir la exclusión.

Asimismo, este Tribunal ha resuelto ya varios supuestos como el ahora analizado. De este modo, en las Resoluciones 120/2014, de 15 de mayo y 92/2015, de 3 de marzo, se mantenía que “(...) si el recurrente interpuso recurso especial contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa como acto de trámite cualificado, no puede volver a reproducir su pretensión en un nuevo recurso contra la adjudicación pues, bajo la impugnación formal de un acto distinto -la adjudicación-, se está atacando nuevamente el mismo acto -el acuerdo de exclusión-.

Asimismo, este Tribunal ya dictó resolución desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión, por lo que no cabe interponer un nuevo recurso -el ahora analizado- esgrimiendo los mismos motivos y argumentos jurídicos que ya fueron enjuiciados en aquella resolución, pues ésta tiene en relación con el recurso actual el efecto de cosa juzgada.

Los efectos de la cosa juzgada de una resolución anterior en un posterior procedimiento de recurso contra el mismo acto ya han sido analizados por este Tribunal en resoluciones anteriores, como las Resoluciones 10/2012, de 3 de febrero y 76/2012, de 1 de agosto.»

Este criterio también es asumido por otros Tribunales de Recursos Contractuales. Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid lo recoge en su Resolución 21/2013, de 6 de febrero, al



señalar que “Debe tenerse en cuenta que la Resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa «que entra a resolver el fondo de la controversia, estimando o desestimando las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión». En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos «de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resultado juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)»”.

Por otro lado, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 110/2015, de 30 de enero, ante un supuesto como el ahora analizado en la presente resolución, viene a sostener que “Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, como reconoce nuestra resolución 945/2014, generan nuestras resoluciones, que vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal”.

Sin embargo, no es cierto que exista cosa juzgada administrativa, como alega la adjudicataria, que afirma “que ha presentado los siguientes recursos:

- 1º) Recurso de reposición frente a la anulación de su adjudicación, el día 23 de junio de 2023.
- 2º) Recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación a favor de AGENOR, el día 23 de enero de 2024.
- 3º) Recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación a favor de ASIME, el día 5 de junio de 2024.”

Sin embargo, del primero de ellos no conoció este Tribunal, sin prejuzgar la naturaleza del mismo ni la competencia para su resolución, y se interpuso contra la Resolución del órgano de contratación de 23 de junio de 2023 que anulaba una anterior resolución de adjudicación a su favor, por lo que no cabe alegar dicho recurso para justificar la existencia de cosa juzgada administrativa.

En cuanto al segundo, se trata de un recurso especial, que fue resuelto por este Tribunal en la Resolución 75/2024, de 9 de febrero, contra la Resolución de adjudicación de 28 de diciembre a favor de AGENOR, que, como se ha expuesto, fue desestimado. No obstante, dicha resolución fue anulada por este Tribunal en la Resolución 67/2024 de la misma fecha, con retroacción de actuaciones.

En consecuencia, tras el recurso presentado por la recurrente han tenido lugar otras actuaciones en el procedimiento de licitación hasta concluir con otra resolución, la ahora recurrida, tratándose de otro acto diferente a los recurridos por la recurrente con anterioridad, sin que, en ninguna de las resoluciones de este Tribunal antes citadas se analizaran los mismos motivos de recursos ahora alegados.

Es por ello que el recurso especial debe ser admitido.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre las pretensiones principales del recurso.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia, que consiste en determinar si la oferta de la adjudicataria ha infringido el deber de secreto de las proposiciones y/o incumple el PPT para determinar si procede la exclusión de su oferta, principal pretensión de la recurrente, que habiendo resultado segunda en el orden de clasificación de las ofertas resultaría adjudicataria del contrato.



Como cuestión preliminar al examen de las alegaciones de las partes expuestas en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución, es necesario que nos detengamos en el escrito presentado por AGENOR en la fase de alegaciones del presente procedimiento. El escrito presentado por dicha mercantil se ubica dentro de un procedimiento ya iniciado, y su finalidad procesal es la de plantear oposición a los alegatos de la recurrente, sin que en dicho procedimiento esté prevista la posibilidad de adhesión al recurso ya presentado por parte de terceros interesados. Si se permitiera, a través de este trámite del procedimiento, la adhesión al recurso o a alguno de sus motivos, se estaría concediendo indirectamente a los interesados la posibilidad de impugnar, en muchos casos extemporáneamente, una decisión del poder adjudicador por una vía legal diferente a la del recurso, que es la única posible.

Por las mismas razones, respecto a las peticiones formuladas por AGENOR en el citado escrito, dado que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvencción que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente, (v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual), no cabe admitir sus alegaciones sobre el trato discriminatorio que entiende ha sufrido su entidad y, en consecuencia, tampoco las peticiones que formula en relación a las mismas.

1. Sobre el adelanto de información en el sobre 2 de la oferta de ASIME relacionada con el criterio de adjudicación automático que valora el “Correctivo de cualificados”.

La recurrente pretende la exclusión de la oferta de la adjudicataria por considerar que en el documento de su oferta identificado como “01 Confidencial” se adelanta información relevante a efectos de la valoración del criterio automático de adjudicación “Correctivo de cualificados”.

Dicho criterio de adjudicación automático se establece en la cláusula 7.4 del PCAP:

“7. CORRECTIVO DE CUALIFICADOS (Ponderación máxima 5 puntos)_

Criterio automático_

Tal como se indica en el PPT, el mantenimiento correctivo de dispositivos médicos cualificados del ANEXO I del PPT deberá ser realizado por el fabricante de los equipos o por su SAT en aquellos casos que la empresa contratista tenga acuerdo con el citado fabricante o con su SAT y así lo indique en su oferta técnica.

En este criterio se valora el compromiso de la empresa licitadora de suscribir acuerdos con la empresa fabricante o con su SAT, conforme a la declaración responsable que se adjunta como ANEXO XVIII del PCAP.

Los acuerdos que se suscriban, que deberán aportarse con carácter previo a la firma del contrato, deberán reunir las características que se indican como ANEXO XVII del PCAP.

La valoración de la declaración responsable se realizará conforme a la siguiente fórmula:

*Puntuación = (Nº EQUIPOS /Nº EQUIPOS CUALIFICADOS) *5_*

Nº EQUIPOS= Nº Equipos cualificados cuyo mantenimiento correctivo va a ser realizado por fabricante de los equipos o por su SAT oficial_

Nº EQUIPOS CUALIFICADOS=Nº de equipos cualificados del ANEXO I del PPT_

Justificación del criterio:

Se valora, por tanto, de forma positiva, por su relación con la calidad del servicio prestado, que los mantenimientos correctivos de los equipos cualificados del ANEXO I del PPT, por tratarse de equipos que por su complejidad o impacto sobre la asistencia (su anormal funcionamiento podría afectar gravemente a la seguridad de los pacientes



y los profesionales) requiere de actuaciones específicas en el ámbito del mantenimiento, se realicen por el fabricante de los equipos o por su SAT oficial.

Justificación de la fórmula matemática utilizada: _

El órgano de contratación utiliza esta fórmula matemática por considerar que permite de forma automatizada poner en relación las distintas ofertas presentadas facilitando que la mejor oferta obtenga 5 puntos, la que oferta los requisitos mínimos del pliego no obtenga puntuación y el resto se asigne de forma proporcional.”.

Pues bien, el documento “01 Confidencial”, en el que la recurrente afirma que “ya adelanta y habla de importante información en relación con los equipos cualificados”, es una declaración de confidencialidad en la que se motiva el carácter confidencial de los documentos incluidos en el sobre 2.

Del contenido de dicha declaración de confidencialidad, la recurrente hace referencia al siguiente párrafo:

“CAP 1. APARTADO 1. 2. Se declara confidencial todo el apartado excepto el punto 1.2.6

Justificación: La confidencialidad es debida a que se muestra todo nuestro know how al mostrarse la nuestra organización precisa para trabajos de mantenimiento en equipos cualificados, organización de equipos de reposición, organización del mantenimiento sustitutivo, actuaciones de mantenimiento sobre equipos de frío o in vitro y los sistemas de información a emplear en el contrato.”.

Sin embargo, puede observarse que, en relación con los equipos cualificados, sólo se refiere a trabajos de mantenimiento, sin especificar, siquiera, si se trata de mantenimiento correctivo, que es el que se valora en el citado criterio de adjudicación automático, cuando el PPT contempla distintos tipos de mantenimiento, “Mantenimiento técnico-legal”, “Mantenimiento preventivo”, “Mantenimiento del usuario”, “Mantenimiento modificativo o de reconstrucción”, “Mantenimiento por reposición”, etc.

Así como tampoco es posible deducir de dicho párrafo quien va a realizar el mantenimiento, cuando lo que se está valorando es que el mantenimiento “correctivo de cualificado” lo realice el fabricante de los equipos o su SAT oficial, siendo posible que la adjudicataria haya ofertado su realización por técnicos de su empresa, ya que así lo admite la cláusula 8.3.7.2 del PPT: “Con carácter general, la realización del mantenimiento correctivo será encomendada por la empresa contratista a técnicos de su empresa y/o terceros que posean la cualificación pertinente”.

Por el contrario, cabe entender, aún a falta de confirmación por el órgano de contratación que no lo aclara en su informe al recurso, que como manifiesta la adjudicataria en su escrito de alegaciones, lo que se está declarando confidencial en el citado párrafo es la información relativa al criterio de adjudicación no automático “Prestación y organización del servicio”, más concretamente, al subcriterio:

“1.2. Calidad del Servicio (Hasta 10 puntos)

En este subcriterio se valorarán elementos que contribuyan a incrementar la calidad del servicio prestado.

Organización, gestión y desarrollo operativo del servicio de mantenimiento de equipos de Anexo I definidos como “cualificados”, las actuaciones específicas en el ámbito del mantenimiento que se realicen por el fabricante de los equipos o por su SAT oficial [mantenimiento correctivo; técnico-legal; preventivo; modificativo o de reconstrucción; por reposición; sustitutivo, y demás) (Planificación anual de tareas del mantenimiento preventivo o, en su caso, técnico-legal y demás).

Organización, gestión y desarrollo operativo del servicio de mantenimiento de reposición, definición (tipo, marca, modelo) de los Dispositivos médicos de reposición con presencia continuada en el Centro Directivo” y los Dispositivos médicos de reposición bajo demanda del Centro Directivo (flotantes), indicando los que son nuevos o



remanufacturados. Los licitadores, en su oferta, podrán incrementar el número y tipo de equipos de reposición establecidos como dotación mínima en el Anexo IV.

Organización, gestión y desarrollo operativo del servicio de mantenimiento sustitutivo (parcial y total), criterio de la empresa contratista a aplicar a cualquiera de los dispositivos médicos incluidos en el Anexo I, en lo referido a los accesorios o elementos o sustitución total según se explica en el P.P.T., cuando no sea posible la reparación adecuada conforme a las exigencias de este pliego y las recomendaciones del fabricante.

Organización, gestión y desarrollo operativo del servicio de mantenimiento de equipos de Anexo I de diagnóstico in vitro con especial atención a los equipos de gestión del frío (frigoríficos, congeladores, ultra congeladores y otros). Definición de las actuaciones correctivas en horario laboral, respuesta ante avisos fuera de horario laboral, mantenimiento subcontratado o por personal propio oficial [mantenimiento correctivo; técnico-legal; preventivo; modificativo o de reconstrucción; por reposición; sustitutivo, y demás) (Planificación anual de tareas del mantenimiento preventivo o, en su caso, técnico-legal y demás)

Gestión de los sistemas de información

Gestión de la calidad”

En consecuencia, no cabe admitir que en el documento “01 Confidencial” se esté adelantando información relevante para la valoración del criterio de adjudicación automático “Correctivo de cualificados”, por lo que se ha de desestimar este motivo de recurso.

2. Adelanto de información en el sobre 2 de la oferta de ASIME relacionada con el criterio de adjudicación automático que valora el “Mantenimiento de sustitutivo total”.

La recurrente alega que en la página 22 y en las páginas 70 y siguientes de la memoria se adelanta información relevante para la valoración del criterio de adjudicación automático “Mantenimiento sustitutivo total”.

Dicho criterio de adjudicación automático se establece en la cláusula 7.4 del PCAP:

“3. MANTENIMIENTO SUSTITUTIVO TOTAL (Ponderación máxima 15 puntos)

Criterio automático

Las empresas licitadoras deberán indicar claramente en su oferta el límite del importe máximo para que sea usado por el Centro Directivo para el Mantenimiento Sustitutivo sin que el uso de este importe suponga una modificación en el precio del contrato.

A este respecto, en este criterio de adjudicación automático, se indicará el porcentaje anual máximo del importe de licitación, que pone a disposición del centro directivo para que sea usado para el Mantenimiento Sustitutivo Total.

El importe económico consecuencia de dicho porcentaje, podrá ser acumulable para distintas anualidades si no son consumidas, y aplicable también a las sucesivas prórrogas que pudieran llevarse a cabo del mismo.

Este porcentaje será del 5% del precio de licitación y puede ser mejorado, hasta un máximo del 15% en este criterio de adjudicación, conforme a la siguiente valoración:

Las puntuaciones se asignarán aplicando la siguiente fórmula:

*Puntuación = (MS/MS máximo) *15*

MS= % del importe de licitación que destina la empresa a Mantenimiento Sustitutivo Total

MS máximo= % del importe de licitación que destina a Mantenimiento Sustitutivo Total la empresa con la mejor oferta (oferta el mayor %).

Se valorarán con 15 puntos las ofertas que oferten un porcentaje igual al 15%.

Justificación de la fórmula matemática utilizada:

El órgano de contratación utiliza esta fórmula matemática por considerar que permite de forma automatizada poner en relación las distintas ofertas presentadas facilitando que la mejor oferta obtenga 15 puntos, la que oferta los requisitos mínimos del pliego no obtenga puntuación y el resto se asigne de forma proporcional.



Justificación del criterio:

Se considera, por tanto, un elemento relevante del precio del contrato y por tanto directamente vinculado al objeto del mismo, el incremento del porcentaje anual máximo que la empresa licitadora pone a disposición del Centro Directivo para que sea usado para el Mantenimiento Sustitutivo Total.

El PPT, de conformidad con la memoria económica, contempla un porcentaje mínimo del 5% del importe de licitación y permite que la empresa licitadora mejore esta propuesta económica atendiendo a las condiciones de su oferta.

No obstante, lo anterior se establece una limitación en el máximo ofertado al objeto de facilitar el necesario equilibrio económico del contrato y una adecuada redistribución entre los distintos criterios de contenido económico que se contemplan en estos criterios de adjudicación.”.

La recurrente alega como prueba de que en la memoria técnica de la adjudicataria se avanza información relevante para la valoración del criterio de adjudicación automático ante citado, las siguientes referencias:

“Página 22:12 % modificativo (adelanto de información criterio objetivo)

“... ”

Asime realizará a su cargo las modificaciones que precisen los dispositivos médicos objeto de contrato, cuando este coste supere un 12% el coste del dispositivo nuevo

... ”

Página 70 y siguientes

“... ”

Asime destinará 10.000€ para proyectos de ciberseguridad

... ”

“... ”

Asime destinará 5.000€ para integraciones de equipamiento electromédico

... ”

Sin embargo, cuando el criterio de adjudicación antes transcrito está valorando “*el porcentaje anual máximo del importe de licitación, que pone a disposición del centro directivo para que sea usado para el Mantenimiento Sustitutivo Total*”, en la página 22 de la memoria se hace referencia al porcentaje sobre el coste de un dispositivo nuevo, se está refiriendo al mantenimiento modificativo de los equipos, no al mantenimiento sustitutivo total:

“- MANTENIMIENTO MODIFICATIVO

ASIME, S.A. realizará a su cargo las modificaciones que sean precisas en los dispositivos médicos objeto del contrato, a consecuencia de:

A) Cambios en la normativa vigente o por exigencias de seguridad. En cuanto a las modificaciones necesarias para adecuar la instalación o el dispositivo a lo ordenado en una disposición legal o reglamentaria estará incluida en este contrato, a excepción de lo indicado en el PPT. Se entenderá, en este supuesto, que el coste de modificación es muy relevante cuando este coste supere un 12% del coste de un dispositivo nuevo de equivalente funcionalidad clínica, (el PPT indica un 10 %) mejorándose así las premisas del pliego”.

Por tanto, ninguna relación tiene la información de la página 22, a que se refiere la recurrente, con el criterio de adjudicación relativo al mantenimiento sustitutivo total.

Lo mismo sucede con las referencias de las páginas 70 y siguientes, las frases resaltadas por la recurrente en su escrito de recurso forman parte de los siguientes párrafos de las páginas 70 y 72 de la memoria:



- “Como mejora, ASIME, S.A propone destinar una partida de 10.000 € para realizar proyectos de ciberseguridad en los equipos objeto de contrato”

- “Como mejora, ASIME, S.A propone destinar una partida de .5000 € para realizar integraciones de equipamiento electromédico, seleccionado por el personal de la Unidad, Sección o Servicio de Electromedicina del Centro Directivo en la red clínica mediante la instalación de DICOMizadores.”

Así lo pone de manifiesto la adjudicataria en sus alegaciones, sin que tampoco el órgano de contratación se pronuncie al respecto, a pesar de haber realizado la valoración de los criterios de adjudicación:

“El propio apartado 1.2. del Pliego Específico se refiere al mantenimiento modificativo o de reconstrucción, tal y como lo hace ASIME en su oferta:

“1.2. Calidad del Servicio (Hasta 10 puntos)

En este subcriterio se valorarán elementos que contribuyan a incrementar la calidad del servicio prestado.

Organización, gestión y desarrollo operativo del servicio de mantenimiento de equipos de Anexo I definidos como “cualificados”, las actuaciones específicas en el ámbito del mantenimiento que se realicen por el fabricante de los equipos o por su SAT oficial [mantenimiento correctivo; técnico-legal; preventivo; modificativo o de reconstrucción; por reposición; sustitutivo, y demás) (Planificación anual de tareas del mantenimiento preventivo o, en su caso, técnico-legal y demás).

Por su parte el PPT en sus páginas 42 y 43 entiende respecto del mantenimiento modificativo o de reconstrucción que se entenderá que el coste de modificación es relevante cuando este supere el 10% del coste del dispositivo nuevo:

8.3.5. Mantenimiento Modificativo o de Reconstrucción.

La empresa contratista realizará a su cargo todas las modificaciones que sean precisas en los dispositivos médicos objeto del contrato, a consecuencia de:

- Cambios en la normativa vigente. En cuanto a las modificaciones necesarias para adecuar la instalación o el dispositivo a lo ordenado en una disposición legal o reglamentaria estará incluida en este contrato, exceptuando si dicha normativa supone un cambio significativo en las condiciones de prestación del mismo en el sentido de que representan además una mejora cualitativa que incrementa sus prestaciones o bien el coste de la modificación es relevante. Se entenderá, en este supuesto, que el coste de modificación es relevante cuando este coste supere un 10% del coste de un dispositivo nuevo de equivalente funcionalidad clínica.”

Por tanto, no cabe admitir que con el contenido de la memoria antes transcrito se esté adelantando información relevante para la valoración del criterio de adjudicación automático “Mantenimiento sustitutivo total”, por lo que se ha de desestimar este motivo de recurso.

3. Incumplimiento del formato de memoria establecido en el pliego.

El incumplimiento del formato de la memoria alegado por la recurrente se refiere a lo dispuesto en la cláusula 6.4.1 del PCAP, que dispone que “Toda la documentación técnica que contenga el sobre electrónico nº 2 tendrá, para facilitar la evaluación de la misma, un máximo de 80 páginas, tipo de letra arial 11, interlineado 1,15 o superior.”.

Y ello en cuanto al tamaño de letra exigido, que no se respeta en las tablas o cuadros de la memoria que se encuentran en las páginas 3, 18 y 19, y que consta entre la documentación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal en la que se puede constatar que el tamaño de la letra no es el exigido.

No obstante, también se ha de considerar que, como afirma el órgano de contratación, se realizaron consultas relacionadas con esta exigencia durante el periodo de presentación de ofertas, a las que el órgano de



contratación dio respuestas que fueron publicadas en la plataforma de contratación, en las que indicaba, en lo que aquí interesa:

-“Este límite excluye sólo el índice”

-“Son 80 páginas o caras, es decir 40 hojas. Este límite excluye sólo el índice. Las imágenes de copias de documentos que incluyan en la memoria no tienen que ir a un tamaño de página completa, pero sí tienen que ser legibles para su lectura y valoración.”.

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Tribunal por el órgano de contratación se puede constatar que, como afirman la recurrente y el órgano de contratación, se trata de tablas y cuadros elaborados por la adjudicataria para formar parte de la memoria de su oferta, por el contexto en que se encuentran, con lo cual, independientemente del formato en el que hayan sido incluidas en la memoria no cumplen la exigencia del PCAP en cuanto al tamaño de letra ni las indicaciones dadas por el órgano de contratación.

Así, al final de la página 2 de la memoria se indica: *“El cronograma de implantación y puesta en marcha detallado que se propone llevar a cabo se muestra en la siguiente figura”*, para a continuación introducir la tabla contenida en la página de 3 de la memoria, cuyo tamaño ocupa la página completa, y que por su extensión se da aquí por reproducida.

Igualmente, antes de introducir la tabla contenida en la página 18 de la memoria se indica: *“A continuación se indica en la siguiente figura, con todo lujo de detalles estas inspecciones complementarias que se propone realizar sobre determinado equipamiento”*. Se trata de una tabla, que se da por reproducida, con tres columnas en la que se determina la frecuencia y las actuaciones a realizar en un total de 9 equipos, que no alcanza a ocupar la tercera parte de la página, aunque es cierto que tiene un tamaño de letra inferior al exigido.

Del mismo modo, en la página 19 de la misma memoria, antes de la tabla se indica *“Revisiones de los equipos situados en quirófanos, paritorios, UCR, Hemodinámicas Salas de Digestivo y diversas Salas especiales. Se revisará los elementos indicados en la siguiente figura”*. Dicha tabla se da por reproducida, si bien se trata de una tabla con 4 columnas en la que se indica la frecuencia diaria o quincenal y las actuaciones a realizar en un total de 8 equipos, con un tamaño de letra inferior al exigido, que tampoco alcanza a ocupar una tercera parte de la página.

No obstante, para analizar las consecuencias de ello hemos de partir de la doctrina de este Tribunal respecto a la fijación de una extensión máxima para la documentación integrante de las proposiciones, cuestión sobre la que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, que aunque referida al número de páginas de la memoria es extrapolable al presente supuesto, por tratarse el tamaño de letra de una exigencia formal que al final repercute como el número de páginas en la cantidad e información a incluir en la memoria.

Así la Resolución 576/2022, de 7 de diciembre, en la que se expone la doctrina de este Tribunal al respecto, mantiene que *“Podemos concluir de la doctrina que serán la entidad del incumplimiento de las prescripciones del clausulado, la relación de éstas con los criterios que son objeto de valoración con relación el objeto de la licitación, así como la proporcionalidad en la solución y la idoneidad de la limitación, las que habrán de determinar sus consecuencias en ese complejo equilibrio entre la igualdad de trato y el favorecimiento de la concurrencia, aplicándose con la debida proporcionalidad lo que determinará en el presente supuesto si las decisiones tomadas por el órgano de contratación, ajustados a las circunstancias concretas de la licitación las que darán lugar a examinar su corrección.”*



Se trata pues, de analizar el presente supuesto de acuerdo con la doctrina expuesta, para ello, ha de considerarse la información obrante en el expediente de contratación respecto al establecimiento de la exigencia que se considera incumplida.

A tales efectos, debemos considerar la memoria del presente expediente de contratación, para ayudarnos a entender la motivación de la misma, es decir, la razón de ser de las limitaciones en cuanto al formato de la memoria.

Conviene recordar que la LCSP incluye una ampliación importante de las obligaciones de publicidad activa. En este sentido, el artículo 63.3.a) LCSP indica que deberá publicarse al menos la siguiente información: *«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».*

Por otra parte, el artículo 116.4 y otros preceptos de la LCSP exigen que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de determinados aspectos como los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución que se van a exigir al adjudicatario en la ejecución del contrato, el cálculo del presupuesto de licitación y del valor estimado, etc.

Es cierto que la LCSP no concreta en qué tipo de documento deben constar todas estas cuestiones —en algunos casos habla en términos generales de la documentación del expediente, o simplemente del expediente— no obstante, el órgano de contratación ha de hacer efectivo siempre los principios de transparencia y buena administración, y adoptar como una buena práctica que la memoria del contrato contenga todos los aspectos que la LCSP exige que queden justificados en el expediente.

Examinada la memoria elaborada por el órgano de contratación, se advierte que no se hace mención alguna a la exigencia plasmado después en la cláusula 6.4.1 del PCAP, por lo que de ella no se permite deducir la relevancia o trascendencia, con el objeto de lo licitado, de un posible incumplimiento de dicha cláusula, es decir, esa necesidad de cumplir escrupulosamente esa forma. No existe justificación de que un tipo otro de letra, o un folio más o menos dé lugar a una ruptura de la igualdad de las memorias técnicas, dado el objeto del contrato. Es decir, no existe una plasmación de qué incidencia puede tener en la correcta valoración de la oferta sobrepasar los límites de extensión, es decir, por qué superar el tamaño de letra en parte de la memoria o superar las 80 páginas supone la no valoración de una oferta, no explica la incidencia que tiene en la valoración y por qué debe ser penalizado automáticamente con la imposibilidad de ser valorada su oferta en los criterios sujetos a juicio de valor, y con ello limitarle la posibilidad de obtener 40 de los 100 puntos totales posibles, y a fin de cuentas de opciones reales de poder serle adjudicado el contrato.

La comodidad del órgano de contratación en la lectura no estará nunca vinculada con el objeto del contrato si es lo que se pretendía, algo que desconocemos dada la parquedad de la memoria en este punto. No se justifica el uso de una determinada caligrafía, ni el tamaño de la fuente o el interlineado entre renglones. Es decir, no existe una justificación de que la forma exigida en la presentación de la memoria deba necesariamente aplicarse con tal rigor, que de no realizarse ello suponga un trato a todas luces discriminatorio entre licitadores.

Por su parte, la recurrente se limita a exigir que el incumplimiento en el tamaño de la letra en los tres cuadros a los que alude debe suponer la aplicación, no ya de la no valoración prevista en el PCAP, sino la exclusión de la



oferta de la adjudicataria, sin motivar que tal incumplimiento haya supuesto un trato desigualitario de tal calibre que sin lugar a dudas dé ello lugar merezca tales consecuencias para la adjudicataria.

Así mismo, cumple manifestar que, si bien se determina claramente el número máximo de páginas, tipo de letra arial 11 y el interlineado 1,15 o superior, se obvia toda referencia al formato de la hoja, si era A4 o A3 por ejemplo, o cuales eran los márgenes de aplicación.

En principio, este tipo de prescripciones puramente formales de los PCAP, no afectan para nada a la naturaleza y calidad de las ofertas presentadas, y cuando no se justifica su relación con el objeto de la contratación ni la redundancia en una mayor calidad o eficiencia, deben interpretarse con cierta flexibilidad, evitando que un insignificante incumplimiento de los mismos pueda derivar en la imposibilidad de que las ofertas puedan obtener 40 de los 100 puntos totales posibles en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, las cuales sin embargo, si no fuera por ese incumplimiento podrían ser plenamente aceptables en todos los demás aspectos, más aún ni cuando la forma establecida en la cláusula 6.4.1 del PCAP deja dudas y posibilidad de interpretaciones respecto a los márgenes o el tipo de formato de página. Es desproporcionada la consecuencia de dicha cláusula formal, sin que ni siquiera se haya justificado la necesidad de la misma.

La proporcionalidad en las consecuencias del incumplimiento dadas las circunstancias, de una memoria que no justifica dicha cláusula, y de una interpretación estricta de unos cánones de forma que dejan algunas lagunas (tamaños del formato, o los márgenes), es la cuestión sobre la que se ha de ponderar, de la que resulta el equilibrio entre preservar la concurrencia en la licitación, y asegurar una igualdad de trato.

De este modo, debe reconocerse como excepción, los supuestos en que el exceso del incumplimiento alcance relevancia tal que suponga un incumplimiento flagrante del PCAP, sobrepasando el límite máximo fijado como contenido en los pliegos con tal magnitud cuantitativa que se transforme en un incumplimiento cualitativo que puede afectar al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores y al de eficiencia en la contratación pública, lo que justificaría la exclusión, o no valoración en este caso, de la licitadora por incumplimiento de los pliegos reguladores de la licitación convocada.

El requisito formal relativo al tamaño de la fuente de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de no valoración de los criterios de adjudicación, cualitativamente tan considerable. Se vulnera el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven.

En este caso, estima este Tribunal que la única motivación deducible de las circunstancias del establecimiento del requisito formal ha sido, como recoge la cláusula 6.4.1 del PCAP, *“para facilitar la evaluación”* de la memoria por los técnicos y evitar que la extensión y formato de las mismas dificulte esa tarea, pero olvidando que las especificaciones del PCAP hay que tomarlas como orientaciones para facilitar la valoración, cuando no existe plasmada ninguna otra justificación.

Como vemos, pueden plantearse diferentes supuestos, dependiendo, por un lado, de cómo se hayan redactado los pliegos, y por otro, de los hechos concretos que hayan acontecido. Asimismo, si existe infracción de los pliegos, y en su caso, de qué entidad, o por ejemplo, por último, si la infracción ha otorgado ventaja al licitador incumplidor.

Señalar por último que el Tribunal Supremo se decantó en su único pronunciamiento al respecto por un criterio antiformalista en su Sentencia de 26 de noviembre de 2012: *“en cualquier caso, la simple superación del límite de folios de las ofertas presentadas carece de entidad suficiente como para determinar la anulación de las*



adjudicaciones, debiendo convenirse con la sentencia recurrida en el carácter de una mera irregularidad no invalidante de la resolución adjudicadora de las concesiones”.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de junio de 2016, centra su análisis, al igual que determinados tribunales de contratos, en el equilibrio entre ambos principios, inclinándose por el de igualdad de trato: *“al valorarse por el Comité de expertos y la Mesa de Contratación unos planos incorporados en un soporte no permitido por el Pliego se ha vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 del TRLCSP) y la consecuencia de este incumplimiento es la que se prevé en la cláusula 19 del pliego de prescripciones técnicas: que no será objeto de valoración esa documentación técnica, otorgándose una puntuación de cero puntos. No resulta de aplicación el principio de proporcionalidad que invoca el Ayuntamiento demandado porque tanto él como los concursantes están vinculados al Pliego de condiciones que constituye la ley del concurso”.*

En conclusión, si bien se trata de un terreno en el que, de nuevo, los Tribunales de contratos y de justicia mantienen posiciones a veces no coincidentes, la previsión o no de las consecuencias del incumplimiento en el PCAP -lex contractus-, y la entidad de dicho incumplimiento, han de ser las claves en la determinación de sus consecuencias, al objeto de encontrar un adecuado equilibrio entre el principio de igualdad de trato y los de concurrencia, proporcionalidad y oferta económicamente más ventajosa.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de la Sala de lo Contencioso, sec. 1ª, de 25 de noviembre de 2021, (rec. 1595/2021, rec. 627/2019), en la cual se recurría una resolución de adjudicación adoptada por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía, de la Secretaría General Técnica, relativo al expediente de contratación 38/2019 titulado *“Servicios para la organización, gestión y difusión del x congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres”*. En aquel caso en el PCAP se establecía una extensión máxima, para este documento, de diez páginas, y el de la contraparte era de doce páginas. Pues bien, la mesa de contratación sostuvo que esa interpretación era en exceso rigorista solicitó un informe y concluyó valorando dicha oferta, ante lo cual se interpuso por otra entidad, la demandante, recurso contencioso administrativo, de tal modo que se sostenía que esa oferta no debió valorarse por no respetar las bases.

El citado Tribunal Superior de Justicia, sostenía que *“es cierto que, en principio, se produce un incumplimiento de las bases. Ahora bien, entendemos que la interpretación que hizo la mesa de contratación no es contraria a derecho. En efecto, existe un exceso de las diez páginas permitidas, a doce”*. En el mismo sentido que hemos abordado, sostenía que en el PCAP *“no consta qué tipo de márgenes, izquierdo, derecho superior o inferior, se exigían en el Pliego de condiciones. Tampoco consta qué tipo y formato de letra se exigía. Ante estas incertidumbres, es fácil concluir, como hizo la mesa, que supone un exceso de rigor la exclusión de un licitador por ese solo motivo, y es que pudiera suceder, que con otro tipo de letra, o con unos márgenes inferiores, el documento hubiera tenido la extensión requerida”*. Termina la Sala subrayando que *“esta interpretación, razonable, favorece una mayor competencia, al permitir la concurrencia de varios licitadores. Y es una interpretación que no resulta contraria al espíritu de las bases del contrato. Todo ello, teniendo en cuenta que el exceso apenas supera en dos páginas la extensión requerida para el documento”*. De este modo desestimaba el recurso, condenando en costas a la parte vencida.

Pues bien en este caso, la no valoración conforme a dichos principios no quedaría justificada, pues si bien el órgano de contratación ha elaborado un pliego, que ha sido aceptado por la entidad adjudicataria al haber presentado su oferta sin recurrirlo previamente, también es cierto que la cláusula ni se justifica con relación al objeto del contrato en qué afectaría sobrepasar los límites de extensión, ni los límites de extensión están del todo claros, y no se justifica esa desproporción de la memoria presentada por la entidad adjudicataria con



relación a las prescripciones de forma fijadas en la cláusula 6.4.1 del PCAP que haga que inevitablemente dejen de valorarse 40 puntos sobre 100 posibles, dado que admitirla supondría un trato desigualitario injustificado.

En el presente caso, es lo más razonable, eficaz, y conforme a al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 132 LCSP, entender que dado que ni existe justificación a las limitaciones previstas en la cláusula 6.4.1 del PCAP, ni quedan perfectamente delimitados los aspectos relativos a la extensión de la memoria (al no constar el formato de papel, ni el tamaño de los márgenes), se debe concluir que no se ha conculcado el principio de igualdad de trato.

Estimamos que a efectos de examinar si se sobrepasan los límites establecidos en los pliegos, es posible invocar la falta de proporción entre el grado de incumplimiento y la consecuencia de no valoración que establecían estos.

En este sentido, este Tribunal concluye que, ante las circunstancias del caso concreto, debe primar esta interpretación antiformalista ante la falta del rigor preciso, y la falta de justificación de las consecuencias de la no valoración por una causa de presentación formal de la oferta.

Por todo ello, debe desestimarse el presente motivo de recurso.

4. Incumplimiento de la cláusula 8.2.1.2. del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT).

Recordemos que el incumplimiento alegado por la recurrente es el referido a plazo para la comprobación de las condiciones de los dispositivos médicos que establece la citada cláusula *“Las condiciones de los dispositivos médicos deberán ser comprobadas por la empresa contratista en un periodo máximo de 60 días naturales tras la firma del contrato.”*

De la literalidad de la misma se constata que el cumplimiento de dicho plazo se establece como una obligación del contratista que ha de cumplir necesariamente por mandato del pliego, independientemente del contenido de su oferta, como alegan tanto la adjudicataria como el órgano de contratación, sin que sea posible apreciar incumplimiento ab initio del mismo por los licitadores.

Al efecto debemos recordar nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, que ya fue recogida en la Resolución 67/20224 recaída en el recurso 33/2024 contra un acto de esta misma licitación:

«A fin de clarificar la cuestión controvertida, debemos recordar nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, expuesta en varias Resoluciones, entre otras, en la Resolución 214/2020, de 18 de junio: “Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio.

(...)

Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de



prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. En cuanto al informe de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, hemos señalado reiteradamente que es un acto discrecional sujeto a la doctrina jurisprudencia de la discrecionalidad técnica. “

Aplicando la doctrina expuesta al caso concreto, a la vista de lo expuesto y de las alegaciones formuladas por el órgano de contratación y por la adjudicataria, no puede asegurarse que la oferta de la adjudicataria incumpla clara y expresamente el apartado de la cláusula 8.2.1.2. del PPT antes transcrito.

Así, el último de los motivos de recurso ha de ser desestimado, y con ello, la pretensión principal del recurso especial.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal sobre las pretensiones subsidiarias del recurso.

Solicita la recurrente que *“Subsidiariamente, para el caso de que los incumplimientos alegados no se considerasen suficientemente fundamentados en el presente recurso, que se conceda acceso a mi representada al “ANEXO III SUBCONTRATACIÓN” de la oferta de ASIME, al no poderse declarar como confidencial, concediéndole un nuevo plazo a SERVEO para completar el recurso.”*

Sobre la solicitud de acceso al expediente en las oficinas de este Tribunal, ex artículo 52 de la LCSP, esgrimida como pretensión subsidiaria, se ha pronunciado en varias ocasiones este Órgano, entre otras, en sus Resoluciones 36/2019, de 14 de febrero, 304/2019, de 24 de septiembre, 220/2021, de 2 de junio, 294/2021, 29 de julio y 283/2022 y 284/2022, ambas de 27 de mayo, siendo compartido este criterio por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 1168/2017, de 12 de diciembre y 487/2020, de 2 de abril.

En ellas se pone de manifiesto que, conforme al artículo 52 de la LCSP, el acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación no constituye un fin en sí mismo, como pretende la recurrente, sino que tiene un carácter claramente instrumental, dirigido a obtener la información necesaria para completar el recurso inicial y combatir el acto impugnado.

En consecuencia, la solicitud de acceso al expediente en sede del Tribunal, requiere de la previa interposición de un recurso especial, pudiendo únicamente con ocasión de la vista celebrada ampliar este, de tal suerte que conforme al artículo 52 de la LCSP, cualquier persona interesada que desee examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto, sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley, pudiendo las personas interesadas hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, que no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

Sin embargo, el incumplimiento por parte del órgano de contratación no eximirá a las personas interesadas de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido, alegándose en el recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder a la recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso.



No obstante, no es esto lo que ocurre en el supuesto que se examina, dado que la recurrente solicita dicho acceso como una pretensión subsidiaria después de las principales, de tal forma que obliga a este Tribunal a pronunciarse sobre el recurso en su integridad antes de que pueda darle acceso en sus oficinas. En este sentido, la forma en que la recurrente esgrime su pretensión de acceso impide a este Tribunal que lo pueda conceder, pues de hacerlo no habría una ampliación del recurso, sino un recurso ex novo fuera del plazo establecido.

En consecuencia, de haber solicitado el acceso al expediente ante este tribunal conforme a lo dispuesto en el citado artículo, podría, en el caso de que se hubiese admitido, haber tenido acceso al anexo III, sin que por ello pueda admitirse que alegue indefensión o limitaciones a la hora de interponer el recurso.

No obstante, a mayor abundamiento, se ha de admitir que, como alega la adjudicataria, *“no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso”*. Sin embargo, la recurrente esgrimía como argumento para acceder al anexo III, que el contenido del anexo III de la oferta de AGENOR fue determinante para su exclusión: *“Consideramos de vital importancia tener acceso al citado Anexo de ASIME, S.A. ya que en virtud del contenido del mismo la licitadora AGENOR MANTENIMIENTO, S.A. fue excluida de la licitación.”*

Así pretendía encontrar en el anexo III de la adjudicataria los defectos por los que resultó excluida AGENOR, aun cuando no justificó tener, al menos, sospecha de la existencia de los mismos, sin que sea admisible solicitar el acceso al expediente para buscar defectos en las ofertas como viene manteniendo este Tribunal, entre otras, en la Resolución nº 329/2016, alegada por la adjudicataria:

“No obstante, siendo cierto lo anterior, también lo es que el derecho de acceso a las ofertas de los restantes licitadores no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otro licitador.”

En el supuesto examinado, la recurrente no cuestiona la valoración de la oferta adjudicataria, ni de su escrito se deduce que tenga sospecha o certeza de alguna irregularidad en la formulación de esta. Es por ello que no puede aducir que la denegación de acceso por la confidencialidad declarada le haya originado indefensión.”

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVEO SERVICIOS, S.A.**, contra la resolución, de 8 de mayo de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del Hospital Universitario Virgen Macarena” convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. CONTR 2022 0000813671_PA 190/2021).

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 ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

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



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

