

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto doña O.G.F., en nombre y representación del Hospital Beata María Ana de Jesús (Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús), contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 24 de julio del 2018, de clasificación de proposiciones y requerimiento a licitadores propuestos del contrato de “Gestión del servicio público de rehabilitación a las personas afectas de procesos neurológicos centrales para la atención de pacientes con daño cerebral sobrevenido, en régimen de hospitalización y hospital de día en la Comunidad de Madrid”, número de expediente: C.A. 4/2017 Daño Cerebral Rehabilitable, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8, 9 y 20 de marzo de 2018 se publicó en el BOE, en el DOUE y en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid, respectivamente, la convocatoria de licitación del contrato de referencia, calificado como gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, dividido en tres lotes a adjudicar por tramitación urgente y mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 62.286.600 euros y la duración dos años con

posibilidad de prórroga hasta una duración máxima, incluidas las prórrogas, de diez años.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) define el objeto del contrato en la cláusula 1.1 y específica: *“El objeto del contrato consistirá en la prestación de asistencia sanitaria de ‘Rehabilitación a las personas afectas de procesos neurológicos centrales’ para la atención de pacientes con daño cerebral sobrevenido, que precisen continuidad de tratamiento en régimen de hospitalización y en hospital de día, de acuerdo con lo definido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).*

Los procesos a realizar se agrupan en las siguientes prestaciones:

Nº PLAZAS PROCESO

60 Tratamiento de rehabilitación con estancia hospitalaria

60 Tratamiento de rehabilitación en Hospital de Día

Los pacientes iniciarán su tratamiento mediante estancia hospitalaria, pasando, una vez superado el tiempo máximo de ingreso o cuando su situación clínica lo permita, al tratamiento en Hospital de Día, previa autorización de la Unidad competente del Servicio Madrileño de Salud y de acuerdo con los requisitos indicados en el PPT. (...)

Total 3 Lotes	Total plazas	Precio Unitario Máximo	Total Actividad estimada
Nº Camas	60	230,00€	43.860 estancias
Puestos Rh	60	80,00€	29.820 sesiones”.

El apartado 12 de la misma cláusula 1 determina los criterios de adjudicación atribuyendo al precio la ponderación del 60% de la puntuación total y dispone: *“El criterio que se valorará en este apartado será la oferta económica que realicen los licitadores. Por ofertar un importe inferior al previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas se podrán otorgar hasta 60 puntos, que se asignarán en función de la baja (*) en la oferta presentada de las admitidas a licitación. Partiendo de dicha oferta se hallará la baja económica superior, a la que se asignará la máxima puntuación, asignando 0 puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación. El resto de las*

puntuaciones se otorgarán proporcionalmente entre estos, de acuerdo con la fórmula que se indica a continuación:

$$\frac{\text{Baja de la oferta que se valora (*)}}{\text{Mayor Baja de las Ofertas}} \times 60$$

(*) Baja = Precio máximo de licitación – Precio Ofertado.

(...)

El criterio precio se tomará en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, siendo los límites para apreciar que se da esta circunstancia, los siguientes:

Se considera como desproporcionada o temeraria toda proposición económica cuya baja en el precio, exceda de un 20% a la media aritmética de los porcentajes de bajada de todas las proposiciones presentadas y admitidas a la licitación, sin perjuicio de que el Órgano de Contratación, previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en temeridad y el asesoramiento técnico correspondiente, pueda apreciar que la proposición es susceptible de un normal cumplimiento, en cuyo caso se exigirá al adjudicatario una garantía complementaria del 5% del importe de adjudicación.”

Por último, en el apartado 19 se prevé una garantía complementaria (artículo 95.2 del TRLCSP), por el 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato que se constituirá a demanda del Órgano de Contratación, en caso de incurrir en proposición temeraria según lo indicado en el apartado 12.

El modelo de proposición económica que figura como Anexo II del PCAP contempla que el licitador se compromete a tomar a su cargo la ejecución del contrato, en las condiciones siguientes:

Lote	Denominación/objeto	Nº plazas	Precio Unitario Máximo	Precio Unitario Ofertado	Importe total
	Tratamiento de rehabilitación con estancia hospitalaria (731 días).	20	230,00€		
	Tratamiento de rehabilitación en Hospital de Día.(497 días)	20	80,00€		

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cinco licitadoras, entre ellas la recurrente.

Tras la oportuna tramitación y una vez comprobado por los servicios técnicos que todas las licitadoras cumplen los requisitos mínimos técnicos de solvencia, el 14 de junio de 2018 se reúne la Mesa de contratación para la apertura de las proposiciones económicas quedando todas admitidas y se invita a los asistentes a realizar consultas, sin que se plantee ninguna.

Finalizada la sesión pública, se valoran las proposiciones y se comprueba que la oferta más económica es la presentada por Fundación Instituto San José que incurre en baja desproporcionada o temeraria, de acuerdo con lo indicado en el apartado 12 de la cláusula 1 del PCAP, al superar el porcentaje máximo de bajada en el precio unitario. A continuación se realiza la valoración total del concurso (valoración técnica más valoración económica) para determinar la clasificación decreciente de las ofertas recibidas, con el fin de establecer la más ventajosa para la Administración, publicándose el resumen de las valoraciones otorgadas como anexo al Acta de la sesión celebrada en el Portal de la contratación el día 22 de junio. En esta clasificación la empresa Hospital Beata Maria Ana de Jesús queda clasificada en cuarto lugar, sin ser la oferta mejor clasificada en ninguno de los tres lotes en licitación.

Por lo que se da traslado al órgano de contratación para que inicie el procedimiento correspondiente para justificar la viabilidad de la oferta a la Fundación Instituto San José (en adelante FISJ). El requerimiento se efectúa el 20 de junio de 2018, aportando la justificación la licitadora el 5 de julio con el desglose de los costes estimados, en el que justifica su precio indicando que cubre con seguridad los costes de ejecución, sin apenas beneficios, debido a que el porcentaje de este contrato en el total de su actividad económica no ejerce una influencia definitiva en su cuenta de resultados, mientras que la pérdida del contrato supondría un desequilibrio en el conjunto de su negocio, además de una pérdida de su prestigio empresarial, que sí produciría un perjuicio económico importante.

En el acta nº 7 correspondiente a dicha sesión figura que constituida la Mesa y con antelación al inicio de la sesión pública en relación con la aplicación de la fórmula para la valoración de las ofertas económicas recogida en el apartado 12 de la cláusula 1 del PCAP se adopta el siguiente criterio *“al tratarse de adjudicar tres lotes iguales compuestos cada uno de dos prestaciones de tratamiento rehabilitador que no pueden adjudicarse independientemente, la valoración de la oferta deberá hacerse sobre la suma de los precios individuales de cada una de las prestaciones de hospitalización y en el hospital de día.*

Así el importe de la baja de cada oferta se calcula sobre la cantidad de 310,00 euros correspondiente a la suma de los precios unitarios de la licitación:

- 1. Tratamiento de rehabilitación con estancia hospitalaria, 230 euros*
- 2. Tratamiento de rehabilitación en hospital de día, 80,00 euros.”*

El Hospital Beata María Ana de Jesús (en adelante Hospital BMAJ) presentó el 26 de junio de 2018 un escrito de alegaciones a la Mesa de contratación, sobre la valoración de las ofertas económicas realizada, al considerar que no es adecuada la valoración sobre la suma de los precios unitarios de las dos prestaciones del contrato (hospitalización y hospital de día), ampliándolo el 9 de julio en el que realiza nuevas alegaciones sobre: 1) la valoración del Informe que presenta la empresa Fundación Instituto San José como justificación del precio ofertado; 2) la revisión de los criterios de valoración de la solvencia técnica de la empresa Clínica SEAR; y 3) la relación entre los profesionales requeridos y las autorizaciones de apertura y funcionamiento otorgadas a los centros ofertados por los licitadores.

Reunida nuevamente la Mesa de contratación el 12 de julio de 2018 para el estudio de la justificación de su oferta presentada por la FISJ y del Informe elaborado por la Jefe del Área de Contabilidad Analítica, acuerda aceptar la oferta presentada por esta empresa por considerar que es susceptible de un normal cumplimiento del contrato, si bien deberá constituir la garantía complementaria establecida en el apartado 12 de la cláusula 1 del PCAP regulador del concurso, lo que se publica en el Portal de la contratación Pública el 18 de julio de 2018. En relación con las alegaciones de Hospital BMAJ considera que, de acuerdo con lo indicado por el TACPM en relación con el sistema de reclamaciones previstos en la normativa de contratación pública y

de recursos vigente, los actos por los que se aplican los criterios de solvencia de los licitadores y los actos de valoración de las ofertas presentadas, ya notificados a los licitadores a través del Perfil del contratante, así como los de apreciación de que una oferta incurso en baja temeraria pueda o no impedir el normal cumplimiento del contrato, son actos de trámite cualificado que afectan directamente la adjudicación, por lo que únicamente cabe la presentación de un recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid por lo que no procede su contestación. No obstante, con el fin de completar la información de cara a un posible recurso, las estudia e informa adjuntando el informe al contenido del acto.

El Órgano de contratación dicta la Resolución de 24 de julio de 2018 por la que acepta la propuesta de la Mesa en todos sus términos y ordena requerir a los licitadores clasificados en primer lugar la presentación de la documentación establecida en la cláusula 16 del PCAP, lo que se notifica el 27 de julio a los interesados y se publica en el Perfil del Contratante de la Comunidad de Madrid.

Consta en el expediente que Hospital BMAJ tomó vista del expediente ante el órgano de contratación el 3 de agosto de 2018.

Tercero.- Con fecha 14 de agosto de 2018 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Hospital BMAJ en el que solicita que se anule la resolución de clasificación de las proposiciones y se ordene la retroacción de actuaciones, al efecto de que se lleve a cabo una nueva valoración de las ofertas respetando la diferente ponderación entre las dos prestaciones objeto del contrato. Subsidiariamente, solicita se acuerde la nulidad del procedimiento de licitación, en caso de que se considere que los pliegos han introducido una indeseable oscuridad en la valoración de las ofertas económicas, la exclusión de la Clínica SEAR, por no cumplir con los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP y que se revisen las actividades y servicios incluidas en las autorizaciones sanitarias de todos los licitadores y en todo caso se revise la puntuación otorgada a su oferta al efecto de que sea valorada la mejora relativa a Nutrición y Dietética. Además solicita la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

EL 23 de agosto de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP), dando respuesta a todos los motivos del recurso en el mismo sentido en que se emitió el informe previo ante la reclamación presentada al órgano de contratación.

Cuarto.- Con fecha 13 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, de las que se dará cuenta al analizar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, acuerdo de fecha 24 de julio de 2018, por el que se clasifican las proposiciones fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por un licitador que ha resultado clasificado en cuarto lugar, persona legitimada para ello, *“cuyos derechos e intereses legítimos,*

individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP), que podría resultar adjudicataria en caso de fueran estimadas todas sus pretensiones relativas a la aplicación de la fórmula para valoración del precio, la exclusión de la Clínica SEAR y de la Fundación Instituto San José (en adelante FISJ), y la revisión de las valoraciones de actividades y servicios incluidas en las autorizaciones sanitarias.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 24 de julio de 2018, practicada la notificación el día 27 de julio, e interpuesto el recurso, el 14 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de gestión de servicios de valor estimado superior a 3.000.000 euros.

El acto recurrido es la clasificación de proposiciones y propuesta de adjudicación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 2.b) y c) son susceptibles de recurso: *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.*

c) Los acuerdos de adjudicación”.

Si bien la propuesta de adjudicación es un acto de trámite no recurrible, considerando que los motivos alegados en el recurso se han planteado previamente ante el órgano de contratación el cual, si bien no ha dado contestación expresa a la reclamación formulada por el Hospital BMAJ, sí ha emitido un informe a la Mesa de contratación que realiza la propuesta y cuyo contenido reproduce ahora en el informe de contestación al recurso, cabe presumir que la adjudicación definitiva será acordada asumiendo íntegramente dicha propuesta, lo que por razones de economía procesal aconseja admitir el recurso considerando el acto recurrible al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, son varios los motivos hechos valer por la recurrente el primero está relacionado con el criterio de valoración de la proposición económica determinado por la mesa de contratación, por irregular aplicación de lo establecido en el PCAP y subsidiariamente por oscuridad del mismo.

Como ha declarado este Tribunal en múltiples ocasiones, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Así se pronunciaba este Tribunal en la Resolución 178/2018, de 20 de junio, si bien admitía que: *“Es cierto que en ocasiones este Tribunal ha procedido a la anulación de los pliegos no impugnados cuando de la aplicación de los mismos se deriva la vulneración de los principios que rigen la contratación pública, que no pudo ser advertida de la lectura diligente de los mismos, sino hasta su efectiva aplicación. En caso contrario, se impone inexorablemente el recurso contra el PCAP para declarar su nulidad, en virtud de la vinculación que producen los pliegos para los licitadores.*

Esta solución es la aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 “eVigilo Idt”, cuando señala “En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”.

Se debe analizar si en este caso se dan dichas circunstancias para lo cual se debe tener en cuenta que durante la licitación se han formulado varias consultas, alguna de ellas planteada por el ahora recurrente, ninguna de ellas referida a esta cuestión.

En primer lugar alega el recurrente que en la determinación del presupuesto total de la licitación (12.473.400 euros) y para cada lote (4.157.800 euros) se han tenido en cuenta los precios unitarios para cada prestación pero que los importes fijados para las prestaciones vinculadas a la Hospitalización suponen un porcentaje muy relevante de dicho presupuesto (80,95%), frente a la menor entidad de las prestaciones de Hospital de Día (19,05%), diferencia que se han tenido en cuenta al definir las necesidades de la licitación. Por lo que tanto en la cláusula 1.12 cuando se refiere al criterio precio, como en la cláusula 5 del PCAP relativa al “Régimen económico” solo cabe deducir que al hablar del precio de licitación se está refiriendo al **importe total ofertado para cada lote y tipo de prestación** que se ha determinado teniendo en cuenta los precios unitarios de cada una y los días de estancia estimados.

Sostiene que la Mesa, al realizar la valoración de las ofertas económicas sobre la suma de los precios unitarios individuales de cada una de las prestaciones, se ha apartado de las previsiones del PCAP que han servido de base para que los licitadores

presentasen sus proposiciones y desconocido los documentos preparatorios del contrato en los que se justifica que la diferente ponderación de cada una de las prestaciones y su carácter heterogéneo es precisamente la principal novedad respecto el contrato precedente.

Afirma que la interpretación de la mesa reflejada en el acta nº 8 es manifiestamente contraria a Derecho, toda vez que vulnera la doctrina y jurisprudencia existente en relación con la interpretación de los criterios de adjudicación que deben aplicarse del mismo modo durante todo el procedimiento de licitación y en todos los documentos contractuales y cita la STJUE de 18 de octubre de 2001 (asunto C-19/00), que vincula esta obligación a la transparencia e igualdad de trato.

Afirma que el PCAP, al establecer los criterios de adjudicación -y de manera específica, el criterio precio-, ha definido los aspectos de la oferta que son considerados decisivos para discriminar unas ofertas frente a otras y considerarlas mejores económicamente. En este caso, consideró conveniente valorar la rebaja sobre el presupuesto de licitación establecido en el apartado 7 de la Cláusula 1 del PCAP (12.473.400,00 euros) Por lo que cualquier cambio o modificación sobrevenida de este criterio por parte de la Mesa de contratación tendría un vicio de nulidad.

Considera que la Mesa se ha excedido de sus facultades al fijar un criterio interpretativo nuevo y además erróneo porque parte de razonamientos equivocados al afirmar que *“...los días de estancia y los días de tratamiento de cada paciente en cada una de las prestaciones incluida en el objeto del contrato, que se desconocen a priori, siendo el único dato cierto el de los precios unitarios de cada una de ellas”* porque según reza la memoria justificativa ha realizado un estudio detallado de sus necesidades, y sobre esa base ha articulado la licitación en lotes y ha reducido algunas prestaciones, e incrementado otras, para ajustarlas a sus necesidades reales. Igualmente yerra al manifestar que el tratamiento rehabilitador implique que *“la aplicación de dos prestaciones que se aplican de forma continuada e inseparable, el precio del tratamiento será la suma de los precios unitarios de cada prestación”*, porque cada una tiene naturaleza independiente por tanto no cabe sumar precios linealmente, ya que esto implicaría presuponer que el número de estancias

hospitalarias será el mismo que de hospitales de día, lo que resulta contrario a la argumentación realizada.

El órgano de contratación respecto a la incorrecta determinación de las puntuaciones en la valoración de las ofertas económicas opone que la formula publicada para la valoración del precio solo se refiere a la variación del precio de licitación en relación con el precio ofertado, sin especificar si es el unitario individual o el total para cada prestación, quedando a la interpretación de la Mesa la aplicación de este criterio de valoración.

Reitera el argumento que justifica el criterio adoptado por la Mesa, en su reunión de 14 de junio de 2018 y advierte que se comunicó previamente a las empresas presentes en dicha sesión sin que ninguna manifestara su disconformidad. Insiste que la ejecución del contrato viene determinada por los días de estancia y los días de tratamiento de cada paciente estimados en cada una de las prestaciones incluida en el objeto del contrato, pero que se desconocen a priori, siendo el único dato cierto el de los precios unitarios de cada una de ellas, prestaciones (hospitalización+hospital de día) que se aplican de forma continuada e inseparable, siendo el precio del tratamiento la suma de los precios unitarios de cada prestación ($230+80=310$).

También SEAR en sus alegaciones ratifica que el criterio aplicado por la Mesa responde plenamente al PCAP, recuerda que este no fue impugnado, y que el criterio de valoración fue puesto de manifiesto a todas las licitadoras sin que ninguna manifestara su oposición, por lo que aceptado el criterio no cabe después atacarlo cuando el recurrente comprueba que su oferta resulta calificada en cuarto lugar. Cita abundante jurisprudencia y doctrina que consagra el principio de que el PCAP es la ley del contrato y que la presentación de la oferta supone la aceptación de las condiciones de la licitación. Concluye que aun en el supuesto que se aplicase el criterio de valoración que plantea el Hospital BMAJ las entidades Fundación Instituto San José y la Clínica SEAR seguirían resultando adjudicatarias por lo que respecto a éstas el resultado no variaría, afectando únicamente a la tercera licitadora.

Igualmente ALM Univass, licitadora clasificada en tercer lugar, muestra su disconformidad con la alegación de la recurrente y afirma que la decisión adoptada por la mesa no supone una fórmula novedosa, ya que se empleó la misma metodología en el uso de la fórmula para calcular la baja en el precio del concierto CA DAÑO CEREBRAL 2010 por lo que el licitador Hospital BMAJ era conocedor de su aplicación en el concierto anterior idéntico en contenido y estaba presente en la sesión de apertura de ofertas sin que manifestara nada en contra del criterio adoptado. Confirma que el precio unitario es el precio licitación porque es la única certidumbre que tiene el SERMAS, así en los últimos 6 años, en los que ALM Univass (Clínica San Vicente), ha estado ejecutando el concierto anterior y está ejecutando el Procedimiento Negociado PN 2/2018 PN 2/2018 Daño Cerebral Rehabilitable ha habido una desviación real respecto al importe máximo del contrato firmado de un 12 % de media porque el Servicio Madrileño de Salud no asegura un flujo regular de pacientes, ni la cobertura total de las camas hospitalarias, ni las plazas ambulatorias y aunque el flujo sea ágil y constante los pacientes pueden ser derivados a su hospital de referencia por cualquier urgencia médica y por tanto durante la tramitación de una nueva plaza se pierden “días de estancia”, altas voluntarias, o porque el paciente no acude todos los días a la rehabilitación por distintas eventualidades. Desviaciones cuyos importes expone desde 2013 a 2017, a modo de ejemplo.

Niega que en la memoria preparatoria el órgano haya determinado con fiabilidad el dato de ocupación ya que afirma que ni siquiera sabe cuáles serán los festivos en 2020, ni cuándo comenzará la ejecución del contrato por lo que la estimación la realiza sobre una hipótesis de ocupación al 100%, dato que se sabe a priori es imposible de ejecutar.

Finalmente reconoce que la Mesa de contratación es soberana para realizar las aclaraciones que considere siempre y cuando no vayan en contra del contenido de los pliegos y reitera la afirmación del órgano de contratación de que se trata de prestaciones complementarias y no excluyentes por lo que las tarifas no son independientes, lo que justifica la suma de precios unitarios a la hora de realizar la valoración de la oferta.

La Fundación ISJ en este punto se limita a manifestar ha cumplido con los todos los requisitos de la licitación y justificado debidamente la viabilidad de su oferta.

Según dispone el artículo 28 de la LCSP corresponde al órgano de contratación determinar *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

Comprueba el Tribunal que ya al definir el objeto del contrato en la cláusula 1^a.1 el PCAP advierte que se tratan de dos prestaciones que no son iguales al indicar *“como más arriba se ha recogido que comprenden la hospitalización el tratamiento en hospital de día”*. Reiterándolo en el PPT al definir el servicio en los mismos términos. Esta atención integral y continuada se justificada en todas las memorias preparatorias del contrato en la Ley 14/1998, General de Sanidad y en el RD 1032/2006, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y que determina el procedimiento de ingreso que establece el PPT en el Apartado D:3:4.

Siendo indeterminada la duración de cada prestación, en función de cada paciente, e inseparables a la hora de determinar el presupuesto base de la licitación, -limitativo en función del crédito disponible-, el órgano de contratación lo estima para cada lote, en global. De hecho la división del contrato en lotes no se realiza por tipo de prestación sino que cada lote incluye las dos, lo que evidencia que se trata de prestaciones que por su naturaleza no son susceptibles de apreciación independiente.

Del tenor literal de la cláusula 1.12 del PCAP reproducido en los antecedentes de hecho, se comprueba que se refiere genéricamente a:

1. *“oferta económica que realicen los licitadores”*. En el modelo de proposición del Anexo II se requiere que el licitador exprese los importes de los precios unitarios por prestación para 20 camas teniendo en cuenta que el **precio unitario máximo** es 230 euros para el Tratamiento de rehabilitación con estancia hospitalaria (731 días) y

80 euros para el tratamiento de rehabilitación en Hospital de Día (497 días), y los importes totales. El resultado obtenido es el presupuesto base de esta licitación para cada lote, 4.157.800.

$$731*20*230 = 3.362.600$$

$$497*20*80 = 795.200$$

2. *“se podrán otorgar hasta 60 puntos, que se asignarán en función de la baja (*) en la oferta presentada. Sin especificar si se tomaran en cuenta los precios unitarios o los importes totales separadamente para cada tipo de prestación y se “hallará la baja económica superior, a la que se asignará la máxima puntuación, asignando 0 puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación”.*

3. *(*) Baja = Precio máximo de licitación – Precio Ofertado”.*

De lo que resulta que el PCAP no distingue distintos umbrales de temeridad en función de cada una de las prestaciones.

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público atribuye a la Mesa de contratación, entre otras funciones, proponer al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación y según prevé en el artículo 30.3 de dicho texto “3. *“La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública.”*

Aunque el presente recurso se refiere a criterios objetivos, por analogía, debe ser la mesa de contratación la que, salvo que los pliegos expresamente determinen otra cosa, concrete cómo se aplicará la fórmula para la valoración de las ofertas. Así, teniendo en cuenta que en los pliegos no se establece la apreciación separada de la temeridad respecto de cada prestación, cabe traer a colación la reciente Resolución

280/2018, de 19 de septiembre, este Tribunal que recordaba “*Son numerosos los pronunciamientos de los Tribunales que avalan este criterio, valga por todas la Resolución nº 1095/2017 de 17 de noviembre de 2017, que citando otra anterior (nº63/2015, de 20 de enero) manifiesta ‘El contrato no está dividido en lotes y la distinción de los distintos componentes de la oferta económica es relevante para la valoración de la misma, pero, puesto que se contrata tanto la edición como la impresión y tanto de la revista mensual como de los posibles números extraordinarios, suplementos, encartes, etc., la anormalidad o desproporción de la oferta, salvo que el PCP estableciera explícitamente otra cosa, se debe referir a la oferta global. Como hemos señalado en otras resoluciones (por ejemplo en la nº 824/2014, de 31 de octubre) no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada al presupuesto de licitación en otra u otras de las prestaciones. Por lo demás, como señala el ISM en su informe, la propia recurrente ha ofrecido precios en algunos de sus componentes -por ejemplo, oferta 0 euros en los apartados 10.1.b), c) y d) relativos a la edición de números extra o ampliaciones- que, de aplicar su criterio, se deberían considerar desproporcionados y requerir la oportuna justificación.*”

De este modo, a la hora de calificar (y justificar) una oferta como anormal o desproporcionada, debemos estar a la globalidad de la misma, salvo que el PCAP haya establecido expresamente otra cosa.”

La similitud de supuesto es evidente pues aunque en este caso el contrato está dividido en lotes, cada lote lo integran dos prestaciones inseparables por lo que los precios de cada una se debe tener en cuenta y sumar a fin de calcular el precio ofertado, siendo indiferente que se utilice el precio unitario total o el importe total al aplicar la fórmula.

A juicio de este Tribunal, la actuación de la Mesa se ajusta a lo establecido en los Pliegos y estos son claros y coherentes con el objeto del contrato y la necesidad a satisfacer del órgano de contratación, sin que haya suscitado ninguna duda al resto de licitadores, todos ellos empresas expertas en la atención sanitaria especializada que se licita, por lo que debe ser aplicada sin excepción ya que no se impugnaron los

pliegos en el momento oportuno, sino que se aceptaron con la presentación incondicionada de la oferta, por lo que tampoco procede estimar la pretensión subsidiaria de nulidad del procedimiento por oscuridad de los pliegos.

Por lo anterior, se debe desestimar el recurso por este motivo sin entrar a conocer del resto de motivos alegados respecto de las demás licitadoras clasificadas en segundo y tercer lugar ya que no alterándose la propuesta de adjudicación a la primera empresa clasificada, ningún beneficio reportaría su estimación

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña O.G.F., en nombre y representación del Hospital Beata María Ana de Jesús (Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús), contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 24 de julio del 2018, de clasificación de proposiciones y requerimiento a licitadores propuestos del contrato de “Gestión del servicio público de rehabilitación a las personas afectas de procesos neurológicos centrales para la atención de pacientes con daño cerebral sobrevenido, en régimen de hospitalización y hospital de día en la Comunidad de Madrid”, número de expediente: C.A. 4/2017 DAÑO CEREBRAL REHABILITABLE.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal con fecha 13 de septiembre de 2018.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.