RE 136/2018

Acuerdo 25/2019, de 28 de febrero de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la empresa "GRUPO GASMEDI, S.L.U." frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicios de atención sanitaria con terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Lote 1», promovido por el Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de febrero de 2018 se remitió, para su inserción en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), el anuncio de licitación del contrato denominado «Servicio de atención sanitaria con terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud. El mismo anuncio fue publicado con fechas 8 y 27 de febrero y 8 de marzo de 2018 en el Perfil de contratante (junto con los Pliegos que rigen aquélla), en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de Aragón, respectivamente.

Posteriormente, se realizaron anuncios de corrección de errores en el Perfil del Contratante del Gobierno de Aragón, modificando los pliegos que rigen la licitación, con fechas 7 y 8 de marzo de 2018.

Se trata de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, tramitado con carácter ordinario por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 44.053.270,13 euros, IVA excluido,

estableciendo un plazo de duración de veinticuatro meses, prorrogable por otros veinticuatro meses.

El contrato se divide en 2 Lotes:

- Lote 1. Sectores Sanitarios de Alcañiz, Teruel, Zaragoza I y Zaragoza II.
- Lote 2. Sectores Sanitarios de Barbastro, Huesca, Calatayud y Zaragoza III.

Segundo.- Al procedimiento de contratación y por lo que al Lote 1 se refiere, han concurrido en plazo las siguientes empresas licitadoras:

- "ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. & OXIPHARMA, S.L.";
- "CONTSE, S.A.";
- "ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L.";
- "GRUPO GASMEDI, S.L.U.";
- "LINDE MEDICA, S.L.U.";
- "OXIGEN SALUD, S.A."; y,
- "OXIMESA, S.L.".

La Mesa de contratación, en sesión de 23 de marzo de 2018, efectuó la apertura del Sobre "Uno" que contiene la documentación administrativa y acordó solicitar subsanación de la misma a las licitadoras: "ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L.", "OXIGEN SALUD, S.A." y "ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. & OXIPHARMA, S.L.".

En sesión de fecha 4 de abril de 2018 se reunió la Mesa de contratación y, a la vista de la documentación presentada por las empresas requeridas a subsanar, acordó excluir del procedimiento a "ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. & OXIPHARMA, S.L." al considerar que no aporta correctamente la documentación solicitada, así como admitir a las demás empresas que han concurrido a la licitación. En la misma sesión se procedió –ya en acto público y con la presencia de representantes de todas las licitadoras– a la apertura de los Sobres "Dos" correspondientes a la oferta técnica de las licitadoras

admitidas, dando traslado del contenido de los mismos a los técnicos del Servicio Aragonés de Salud, para la valoración y emisión del correspondiente informe técnico. Del resultado del acto público de dicha sesión fue insertado, en el Perfil de contratante, un certificado al respecto en fecha 18 de abril de 2018.

Tercero.- El día 20 julio de 2018, se reunió la Mesa de contratación para dar cuenta del informe técnico emitido en el que se otorga puntuación a las licitadoras respecto de cada uno de los criterios sujetos a evaluación previa asumiendo el citado órgano colegiado el contenido de dicho informe y acordando excluir a la mercantil "CONTSE, S.A." por no alcanzar el mínimo de 25 puntos exigido en el Anexo VIII del Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCAP), que rige el procedimiento de licitación. Posteriormente, en acto público se procedió a la apertura de los Sobres "Tres" con el resultado que consta en el acta levantada al efecto, de tal forma que se otorgó la puntuación final a los licitadores siendo, por lo que al Lote 1 respecta, la siguiente:

LOTE 1		SOBRE 2	SOBRE 3	TOTAL
1	"LINDE MEDICA, S.L.U."	41,56	48,00	89,56
2	"GRUPO GASMEDI, S.L.U."	39,89	48,15	88,04
3	"OXIMESA, S.L."	31,28	48,00	79,28
4	"OXIGEN SALUD, S.A."	25,80	51,00	76,80
5	"ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L."	45,48	8,50	53,98

Cuarto.- Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de fecha 20 de julio de 2018, se acordó requerir a "LINDE MEDICA, S.L.U.", que había presentado la oferta económicamente más ventajosa en el Lote 1, la presentación de la documentación precisa para la adjudicación del contrato.

Quinto.- Mediante escrito de fecha 31 de julio de 2018, "GRUPO GASMEDI, S.L.U." presentó alegaciones ante la Mesa de contratación interesando, entre otros extremos, la exclusión de "OXIGEN SALUD, S.A.", aduciendo que no había acreditado debidamente su solvencia económica y técnica. Mediante un segundo escrito, fechado a 31 de agosto de 2018, y dirigido esta vez al órgano

de contratación, presentó nuevas alegaciones interesando la anulación de todo el procedimiento de contratación, ante la ponderación otorgada a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa que considera atentatoria contra los principios rectores de la contratación pública. Ambos escritos de alegaciones fueron contestados por el órgano de contratación mediante otro, de fecha 11 de septiembre de 2018, que conminaba a la citada mercantil a interponer recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), una vez se hubiese adjudicado el contrato de referencia.

Sexto.- La Mesa de contratación, en sesión de 12 de septiembre de 2018, tras el estudio de la documentación presentada por la mercantil "LINDE MEDICA, S.L.U.", consideró que no era válida la documentación inicialmente aportada y acordó requerir de nuevo a la mercantil la acreditación de la disposición efectiva de los medios personales a adscribir al contrato.

Séptimo.- Presentada esta documentación, con fecha 17 de octubre de 2018 se adjudicó el Lote 1 a la mercantil citada, notificándose dicho acuerdo, según figura en el expediente, a todos los participantes en la licitación. Así, la notificación se remitió a la mercantil recurrente el 18 de octubre siguiente siendo recibida por éste en fecha 22 de octubre de 2018.

Octavo.- Con fecha 8 de noviembre de 2018 fue interpuesto, en la Oficina de Correos nº 20 de Málaga, recurso especial en materia de contratación por don A.L.B.M., en representación de la mercantil "GRUPO GASMEDI S.L.U.", frente a la adjudicación del contrato de referencia; dicha interposición fue comunicada –mediante correo electrónico– por la recurrente, a este Tribunal, ese mismo día. Finalmente, el escrito de recurso fue recibido, en el Registro General del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el 13 de noviembre de 2018.

El recurso –en extracto– se fundamenta en:

1.º Solicita la exclusión de la mercantil adjudicataria, “LINDE MEDICA, S.L.U.”, porque en su opinión no ha aportado en plazo la documentación acreditativa de disposición efectiva de los medios personales que el pliego obliga a adscribir a la ejecución del contrato. Argumenta la recurrente que han concurrido irregularidades en el procedimiento.

2.º Según su criterio, la empresa adjudicataria no cumple en su oferta con los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige el procedimiento de licitación.

3.º Considera la recurrente que debió haber sido excluida la empresa “OXIGEN SALUD, S.A.”, por (i) no haber realizado correctamente la subsanación de la documentación contenida en el Sobre “Uno”; y, (ii) por incumplimiento de alguno de sus equipos en relación a los requisitos técnicos exigidos por el PPT.

4.º Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaran los motivos anteriores, esgrime que en el informe de valoración de la oferta técnica se han modificado los subcriterios de adjudicación que se fijaban en el PCAP.

5.º Por último, argumenta la existencia de errores materiales y arbitrariedades en el informe de valoración de las ofertas técnicas.

Por todo ello, interesa la exclusión de la mercantil “LINDE MEDICA, S.L.U.” y, en consecuencia, la anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones para que la adjudicación sea realizada a la siguiente empresa clasificada, que no es otra que la recurrente. Subsidiariamente, solicita la exclusión de la mercantil “OXIGEN SALUD, S.A.”, la realización de una nueva valoración de las ofertas técnicas corrigiendo errores materiales y lo que a su juicio son arbitrariedades. Por último, y en el caso de no ser atendidas sus pretensiones anteriores, se interesa la anulación del expediente de contratación en caso de considerarse inviable la retroacción por conocerse ya el contenido de las ofertas económicas de los licitadores.

Noveno.- Una vez recibido el recurso, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón constató en el mismo varios defectos en la acreditación de don A.L.B.M. y en la de sus propios representados. En consecuencia, el 14 de noviembre de 2018, el Tribunal requirió al recurrente la subsanación de estas deficiencias, otorgando un plazo de tres días hábiles para atender el requerimiento. El 19 de noviembre de 2018 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal, la documentación solicitada para la subsanación.

Décimo.- El 9 de noviembre de 2018 este Tribunal solicitó, al órgano de contratación, la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). El 14 de noviembre de 2018 el órgano de contratación remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón la documentación relativa al expediente, enviando el día 15 de noviembre de 2018 el informe solicitado.

Undécimo.- El 21 de noviembre de 2018 se dio traslado del recurso al resto de interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Con fecha 23 de noviembre de 2018, las mercantiles “OXIGEN SALUD, S.A.” y “LINDE MEDICA, S.L.U.”, solicitaron documentación adjunta al escrito de recurso presentado por la recurrente. Dicha documentación, salvo la parte considerada “Confidencial” fue trasladada a las mercantiles con fecha 27 de noviembre. Asimismo, fue ampliado el plazo de presentación de alegaciones en dos días más.

Se han recibido alegaciones de las mercantiles: “ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L.”, “OXIGEN SALUD, S.A.” y “LINDE MEDICA, S.L.U.”, oponiéndose –todas ellas– al recurso.

Duodécimo.- Con fecha 25 de enero de 2019, a requerimiento previo de este Tribunal administrativo, se ha completado por el órgano de contratación el

expediente administrativo, en lo relativo al requerimiento de medios personales a “LINDE MEDICA, S.L.U.”, una vez fue propuesta para la adjudicación del Lote 1 y tras aportar la documentación a que alude el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), así como a las aclaraciones planteadas por parte de diversas empresas interesadas en participar en la licitación, durante el plazo de presentación de ofertas y las respuestas a las mismas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dado que con fecha 9 de marzo de 2018 entró en vigor la nueva ley básica en la materia de contratación, esto es, la LCSP, cabe determinar el régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia, así como al presente recurso especial.

Respecto a la licitación, y dado que se trata de un expediente de contratación iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP (la convocatoria del procedimiento de adjudicación tuvo lugar el día 7 de febrero de 2018 con la remisión del anuncio de licitación al DOUE), al amparo de la Disposición Transitoria 1ª –apartado primero– de la citada LCSP, se regirá por la normativa anterior y, por tanto, le resulta de aplicación el TRLCSP (así como la Directiva 2014/24/UE, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón y restantes disposiciones de desarrollo).

En lo que se refiere al recurso especial en materia de contratación, al haber sido interpuesto tras la entrada en vigor de la LCSP, se regirá por ésta hasta su resolución, tal y como establece su Disposición Transitoria 1ª –apartado

cuarto–, habida cuenta de que se inició al amparo del artículo 40 de dicha norma legal.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "GRUPO GASMEDI, S.L.U." para interponer recurso especial así como su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1.a) de la LCSP, al tratarse de una empresa admitida a la licitación de referencia, ostentando por tanto un evidente interés legítimo en que prospere el recurso.

También queda acreditado que el recurso tiene por objeto un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60.000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige –sin perjuicio de lo que se expone en el Fundamento de Derecho Quinto– contra el acto de su adjudicación, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- La resolución de los motivos en los que se fundamenta el recurso requiere analizar si, tal y como cuestiona "GRUPO GASMEDI, S.L.U.", las actuaciones del órgano y la Mesa de contratación se han ajustado al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, al PCAP y PPT que constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, este Tribunal administrativo en su doctrina así como la jurisprudencia.

En cuanto al primer motivo del recurso respecto al fondo, la recurrente sostiene que la adjudicataria del Lote 1 del contrato no ha aportado en plazo la documentación acreditativa de disposición efectiva de los medios personales comprometidos. Así, literalmente refiere que «*(…) En el presente caso y tal como señala la propia resolución de adjudicación, efectuada por la Mesa de Contratación la clasificación de los licitadores conforme a la puntuación asignada con arreglo a los criterios de adjudicación (tanto los sujetos a juicio de valor como los de valoración automática) se procedió, en el mismo día 20-7-2018, a suscribir el oficio requiriéndoles para que aportaran la documentación exigida conforme al artículo 151.2 del TRLCSP (oficios con sello de registro de salida de 24-7-2018).*

Las dos empresas a las que se dirigía el requerimiento (Linde, en cuanto a primera clasificada en el lote 1, y Esteve en cuanto primera clasificada en el lote 2) presentaron la documentación. Ahora bien, mientras que Esteve sí aportó documentación dirigida a acreditar la disposición efectiva de los medios personales que estaba obligada a comprometer, Linde se limitó a presentar una declaración comprometiéndose a adscribir esos medios personales.

Tal y como señala el Acuerdo 97/2018 citado, ese documento no es suficiente, y así lo apreciaron los representantes de la Intervención y de los Servicios Jurídicos en la sesión de 12-9-2018 de la Mesa de Contratación, en la que se acordó que había de requerirse a Linde para que aportara esa documentación.

Por tanto, lo procedente (como también señalado el Acuerdo anteriormente citado) es que la Mesa de Contratación se dirigiera a Linde concediéndole un plazo de subsanación; pero un ***plazo de subsanación que ha de ser de tres (3) días,*** *conforme establece el pliego, y no de más tiempo, pues en tal caso se vulneraría lo dispuesto en el pliego y, con ello el principio de igualdad entre licitadores.*

Y esto último es lo que aquí ha ocurrido, en que Linde ha subsanado disponiendo de un plazo que excede con mucho del plazo de tres días.

Conforme se ha expuesto y consta acreditado (Acta nº 5, facilitado tras expresa solicitud de esta parte, poniendo de manifiesto circunstancias silenciadas por la

resolución de adjudicación), la Mesa de Contratación se reunió el 12-09-2018, momento en el que se acuerda (a propuesta de los representantes de la Intervención y de los Servicios Jurídicos) requerir a Linde para que proceda a la subsanación del trámite del 151.2 del TRLCSP.

Sin embargo, la subsanación del trámite no se realiza hasta el 03-10-2018, esto es, 15 días hábiles (20 días naturales) después de la fecha de reunión de la Mesa de Contratación. Y ello siempre que se dé por buena la fecha que figura en el documento remisorio de Linde (documento núm. 13 acompañado al presente escrito), pues no consta el registro de entrada en el órgano de contratación.

Y lo que no parece verosímil es que la Mesa de Contratación no dirigiera ese requerimiento a Linde hasta transcurridos 18 días naturales (12 días hábiles) desde que se adoptó el acuerdo de requerir por la Mesa de Contratación».

El órgano de contratación, por su parte, en el informe emitido con ocasión del presente recurso, justifica el retraso en la solicitud de la documentación:

«*(…) En la Resolución de adjudicación no se hace un relato detallado de los hechos, por lo que no puede pretenderse que figuren todos y cada uno de los trámites con sus fechas detalladas. El último de los antecedentes señalados en la resolución de adjudicación reza "Una vez recibida la documentación requerida y acreditada por la Mesa de contratación en su reunión de fecha 12 de septiembre de 2018" y, efectivamente, el Acta de la Mesa de contratación del 12 de septiembre se requería que LINDE MEDICA presentase documentación complementaria al compromiso de adscripción de medios aportado, indicando "nombres, apellidos y titulación" de las personas "que van a formar parte del equipo de trabajo durante la ejecución del trabajo". A modo de aclaración, a continuación, se realiza una exposición más detallada de los trámites seguidos a partir de la celebración de la Mesa de contratación de 12 de septiembre de 2018:*

14/09/18: envío a Intervención para su fiscalización previa, la documentación correspondiente a la adjudicación.

1/10/18: petición de subsanación a Linde de la adscripción de medios personales.

2/10/18: devolución por parte de Intervención del expte., a petición del órgano gestor.

3/10/18: entrada documentación adscripción de medios personales de Linde.

Como se aprecia, se produjo el error de enviar a Intervención la documentación presentada por Linde, sin haberle requerido la ampliación de la misma, tal y como había pedido la mesa de contratación, razón por la cual, una vez detectado el error por parte de Intervención y comunicado al órgano gestor el 1 de octubre, se procedió en primer lugar a solicitar de Intervención la devolución del expediente para completarlo y automáticamente el mismo día 1 de octubre, se procedió a la petición de subsanación a Linde. De manera que el retraso en la tramitación coincide exactamente con el periodo que media entre el envío de la documentación a Intervención por parte del órgano de contratación, y la siguiente actuación de Intervención, que fue poner de manifiesto la necesidad de subsanación, y consiguientemente proceder a la devolución del expediente.

Al contrario de lo que insinúa el recurso presentado, no se ha dado a Linde más tiempo del legalmente establecido para aportar la documentación requerida. Esto se acredita en el hecho de que el escrito mediante el que Intervención devuelve el expediente al órgano de contratación por la falta de acreditación de la aportación de los medios adscritos, tiene salida de Intervención el día 2 de octubre. Es decir, por parte del órgano de contratación se requirió a Linde el día 1 de octubre, antes de la salida del expediente desde Intervención, en el mismo momento en el que se tuvo constancia de la omisión y sin esperar a la devolución formal del expediente».

Expuestos los términos del debate, procede en este punto poner de manifiesto que los pliegos que rigen la licitación, son firmes y consentidos.

El PCAP en su cláusula 17 establece:

«***17.2**. **Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.***

El órgano de contratación, a la vista de la propuesta formulada por la Mesa, clasificará por orden decreciente las proposiciones presentadas que no hayan sido consideradas desproporcionadas o anormales, y requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en el que haya recibido el requerimiento o 20 días si la propuesta de adjudicación recae sobre una UTE, presente para su valoración y calificación por la Mesa de Contratación, mediante originales o copias compulsadas:

(…)

8º.- Documentos acreditativos de la efectiva disposición de los medios que, en su caso se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato».

Por su parte, la cláusula 9.4 del PCAP –también relevante de cara a resolver el supuesto aquí planteado– es del siguiente tenor literal:

«***9.4**. **Subsanabilidad de documentos***

La presentación de declaraciones responsables de cumplimiento de requisitos de participación será objeto de subsanación por los licitadores, a requerimiento del órgano o la mesa de contratación (la unidad técnica –proced. simplificado), cuando no se hubiera presentado, o no estuviera adecuadamente cumplimentada la presentada.

Igualmente, el propuesto como adjudicatario podrá subsanar la falta o incompleta presentación de los documentos acreditativos del cumplimento de los requisitos de participación que le sean requeridos con carácter previo a la adjudicación del contrato.

En ambos casos se concederá al licitador un plazo de tres días hábiles, a contar desde el siguiente al de recepción del requerimiento de subsanación.

Si no se subsanase en plazo lo requerido, el órgano o la mesa de contratación entenderá que el licitador desiste de su oferta».

Por último, en lo que viene al caso, el PCAP en su Anexo IV (`Adscripción obligatoria de medios al contrato´) prevé por lo que respecta al compromiso de adscripción de medios personales, lo siguiente:

«*Los licitadores, nacionales y extranjeros, además de acreditar su solvencia o, en su caso clasificación, deberán adscribir obligatoriamente para la ejecución de este contrato, como criterio de solvencia, los siguientes medios:*

☒ ***Compromiso de adscripción de medios personales:***

- *Un licenciado en medicina con formación en manejo de pacientes con terapias respiratorias, por lote.*
- *Un fisioterapeuta por lote.*
- *Cuatro diplomados/graduados con formación en manejo de pacientes con terapias respiratorias, por lote.*

(…)

Estos medios personales y materiales formarán parte de la propuesta presentada por los licitadores y, por lo tanto, del contrato que se firme con el adjudicatario. Por este motivo, deberán ser mantenidos por la empresa adjudicataria durante todo el tiempo de realización de este servicio. Cualquier variación respecto a ellos deberá ser comunicada a esta Administración. Su incumplimiento podrá ser causa de:

☒ *Resolución del contrato (artículo 223 f) TRLCSP)*

☒ *Imposición de penalidades según* ***Anexo XI*** *(artículo 212.1 (TRLCSP)*».

Cuestiona la recurrente, tras mostrar su contrariedad a los términos en que se produjo el requerimiento del compromiso de adscripción de medios personales –a su juicio, en exceso coloquiales–, el tiempo transcurrido entre que la Mesa de contratación acordó dicho requerimiento (sesión de fecha 12 de septiembre de 2018) y el día de recepción del documento en cuestión elaborado al respecto por “LINDE MEDICA, S.L.U.” (3 de octubre de 2018), ante cuya duración –quince días hábiles o veintiún naturales– llega a concluir que la

subsanación no se atiene al plazo indicado al efecto en la cláusula 9.4 del PCAP.

Este Tribunal debe hacer constar, de un lado, la importancia de la correcta formación del expediente administrativo –entendido éste como «*el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla*» *ex* artículo 70.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas–, que necesariamente ha de estar integrado por todos y cada uno de dichos documentos y actuaciones que –en lo que aquí concierne– dan lugar a la licitación y adjudicación del contrato. Y, de otro, la obligación que pesa sobre el órgano de contratación de remitir –*ex* artículo 56.2 de la LCSP– el expediente de contratación objeto de recurso especial, junto con el informe a que alude el primer párrafo de dicho precepto; remisión que, a diferencia de lo acontecido en el presente supuesto, debe abarcar el envío de aquél de manera íntegra y completa: no puede pretender el órgano de contratación que este Tribunal haya de deducir la existencia de determinada documentación integrante del expediente de contratación –relativa, por cierto, y entre otros aspectos, a la actuación cuestionada que es analizada en el presente motivo– del contenido tanto del propio escrito de interposición del recurso como del informe emitido con ocasión del mismo, ni tampoco es así de recibo que haya tenido que requerirse al órgano de contratación para que complete el meritado expediente, a fin de comprobar que toda esa documentación formaba o no parte del mismo, máxime cuando su posible falta afectaba a cuestiones de la mayor importancia para la resolución del recurso. Y ello resulta inadmisible en todo caso y bajo cualquier circunstancia.

Sentado lo anterior, y una vez consultado el expediente administrativo tras ser completado a instancia de este Tribunal, no se sostiene el argumento que la recurrente esgrime al respecto sobre este motivo: en efecto, el requerimiento

del compromiso de adscripción de medios personales, fue cursado vía correo electrónico –por el Presidente de la Mesa de contratación a través de su dirección de correo– en fecha 1 de octubre de 2018; esto es, mucho después de que tal actuación fuera acordada –en sesión de la Mesa de contratación de fecha 12 de septiembre de 2018, según se ha expuesto ya–, extremo éste que no es achacable empero a la adjudicataria (ni tampoco los términos en que aquél se produjo), sino a la mayor o menor diligencia de la unidad gestora del expediente de contratación; y dicho requerimiento fue atendido por su destinataria mediante idéntica vía con fecha 3 de octubre de 2018; es decir, dentro del plazo fijado por la cláusula 9.4 del PCAP.

En este sentido, la claridad de los pliegos es manifiesta y a ellos ha de estarse: de ahí que –en el supuesto planteado– al prever la citada cláusula la posibilidad de subsanación en los términos tanto el órgano de contratación, como la adjudicataria han obrado con arreglo al PCAP y nada hay reprochable por tal conducta; *a fortiori*, se trata de una opción que ha sido admitida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en su Resolución nº 749/2018, de 31 de julio, aún cuando los pliegos guardaban total silencio acerca de la posibilidad de subsanar una vez ya hay propuesta de adjudicación. Cuestión distinta es la tardanza con que el órgano de contratación procedió a requerir a la adjudicataria, que no corresponde dirimir a este Tribunal y que, en ningún caso, puede achacarse a la empresa, por lo que en nada ha de perjudicarle.

Así las cosas, debe rechazarse el motivo de impugnación aquí analizado por las razones ya apuntadas.

CUARTO.- Respecto al segundo motivo del recurso, sostiene la actora la procedencia de la exclusión de “LINDE MEDICA, S.L.U.” como adjudicataria del

Lote 1, por haber incluido en su oferta equipos que no cumplen los requisitos técnicos exigidos por el PPT.

Argumenta la recurrente que nueve de los equipos ofertados no cumplen los requisitos; en concreto:

1.- La cláusula 3.2.1.2 del PPT establece como requisitos:
«*3.2.1.2. Oxigenoterapia con concentrador estático*
El suministro de oxígeno a domicilio podrá efectuarse por medio de concentradores de oxígeno, siendo éste el sistema de elección como fuente estática.
El modelo a concertar, que en todo caso ha de acreditar homologación por autoridad competente, deberá cumplir los requisitos mínimos:
…
e) El filtro de entrada de aire habrá de ser de fácil manipulación por el paciente».

Pues bien, según la recurrente, el modelo ofertado por "LINDE MEDICA, S.L.U.", es VisionAire 5 (Chart) que no dispone de filtro de entrada; y acompaña una fotografía del catálogo en que literalmente se indica: "Sin filtro de entrada para limpiar" (documento 17 del recurso).

A este respecto, el informe del órgano de contratación refiere:
«*Dicha afirmación no es correcta: según las características de seguridad del equipo, el equipo sí dispone de filtro, pero se trata de un filtro interior no accesible por el usuario, razón por la cual en el catálogo dice "sin filtro de entrada para limpiar", ya que no es necesaria su limpieza por parte del usuario lo que impide la manipulación del mismo y evita posibles problemas en su montaje y desmontaje. En caso de obstrucción en el flujo de aire, el equipo dispone de una alarma acústica que permite detectar cualquier anomalía y avisar al servicio técnico para identificar la causa de la anomalía y proceder a su reparación o sustitución. Todo ello redunda en una ventaja para el paciente*

en cuanto a su seguridad y mantenimiento del equipo, como puede verse en las características y el catálogo del equipo que se muestran a continuación».

2.- Mantiene la recurrente que el equipo ofertado por "LINDE MEDICA, S.L.U." Dorma 200 (Philips Respironics) no cumple los requisitos del Anexo I del PPT que establecen respecto de los equipos CP-CPA; en concreto, aduce que incumple los requisitos de monitorización de fuga e IAH residual y aporta –en prueba de tal afirmación– un correo electrónico de la fabricante.

El informe del órgano de contratación, sin embargo, razona que el PPT en su cláusula 3.2.2.1 no exige el cumplimiento al 100% de los equipos, literalmente dice: «*en el apartado 3.2.2.1 del PPT se pide un software disponible para el médico y datos que identifiquen el seguimiento (horas de uso) y monitoricen fuga y eventos residuales (IAH); y más adelante se exige que al menos un 15% de los equipos propuestos, deben disponer de sistemas de monitorización de la terapia online (volcado de datos diarios a través de sistema informático), por lo que si el equipo ofertado por Linde en un 1% no lo cumple, entraría dentro del 85% restante de equipos que no deben cumplir dicho requisito*».

El Anexo I del PPT que establece las características básicas de cada tipo de equipo a suministrar establece para los equipos CPAP, entre otros, los siguientes requisitos:

Monitorización de fuga	*SI*	
IAH residual	*SI*	

Y la cláusula 3.2.2.1 del PPT establece como requisitos técnicos mínimos de los servicios ofertados en el caso de Ventilación con presión positiva continua en la vía aérea (CPAP):

«*El sistema constará del equipamiento necesario para mantener la presión positiva previamente fijada en la vía aérea. Incluye los siguientes elementos:*

«…j) Software disponible para el médico y datos que identifiquen el seguimiento (horas de uso) y monitoricen fuga y eventos residuales (IAH).

…

Al menos un 15% de los equipos propuestos, deben disponer de sistemas de monitorización de la terapia online (volcado de datos diarios a través de sistema informático). Estos equipos estarán prescritos por los facultativos de las unidades de sueño respectivas a pacientes seleccionados».

3.- Asimismo, y respecto al mismo tipo de equipos CPAP, alega la recurrente que el equipo Icon+Premo (F&P), ofertado por "LINDE MEDICA, S.L.U." en un 1% no cumpliría el peso requerido como en el Anexo I del PPT; en concreto, aduce que el peso debía ser ≤ 2Kg., cuando según catálogo del fabricante que adjuntan a su recurso como documento 17, establece: Peso: 2,2 kg.

El informe del órgano de contratación respecto a este equipo refiere: «*En los 2,2 kg que indica el catálogo están incluidos todos los accesorios, por lo que habría que descontar de los 2,2 kg. El peso de los mismos, con lo que su peso sería menor o igual a 2 kg. En la oferta de Linde se indica un peso (solo equipo) de 2 kg*».

4.- Sostiene asimismo la recurrente que dos de los equipos de tipo AC-AUTOCPAP (APAP), que ha ofertado en un 1% (cada uno) la mercantil "LINDE MEDICAL, S.L.U.", no cumplen los requisitos establecidos por el Anexo I del PPT para esta tipología de equipos que requiere, entre otros requisitos:

Medición P90	*SI*	
- Peso (sólo equipo)	*≤ 2 kg.*	

En concreto, el equipo Z1 Auto (Breas), que según la recurrente no dispone de la Medición P90 sustentando tal afirmación sobre un supuesto correo electrónico del fabricante, si bien el reproducido es el mismo del equipo Dorma 200 (enviado desde Philips). Y según la recurrente, el equipo Icon Auto (F&P) no cumpliría tampoco el peso exigido, acompañando en este caso catálogo comercial (documento 18 del recurso).

Respecto a lo anterior, el informe del órgano de contratación argumenta respecto al equipo Z1 Ato (Breas): «*La documentación aportada por la recurrente como justificación, no coincide con dicho equipo, por lo que no es posible verificar dicha afirmación. No obstante, en la oferta de Linde se indica que el equipo Z1 Auto (Breas) sí que dispone de medición P90*».

Respecto al equipo Icon Auto (F&P), el informe del órgano de contratación señala: «*En los 2,2 kg que indica el catálogo están incluidos todos los accesorios, por lo que habría que descontar de los 2,2 kg. el peso de los mismos, con lo que su peso sería menor o igual a 2Kg*».

5.- El Anexo I del PPT establece respecto de los equipos tipo AF–NEBULIZADOR DE ALTO FLUJO, entre otros, el siguiente requisito:

Fracción respirable (RF)(%MMD) < 5 micras	*≥ 70%*	

Para la recurrente, el equipo AC2000 (Clement Clarke) que oferta "LINDE MEDICA, S.L.U." en un 90%, refleja en su catálogo –del que se acompaña copia como documento número 19– una fracción respirable del 68,63%, de lo que colige que no cumple los requisitos mínimos exigidos.

A este respecto, el informe del órgano de contratación apunta: «*Según el análisis realizado por los técnicos del Servicio Aragonés de Salud encargados de la valoración de las ofertas, el tamaño de la fracción respirable depende de la viscosidad de la solución a nebulizar y del elemento nebulizador utilizado, tal y como recoge el fabricante en su hoja de características técnicas, las cuales están indicadas utilizando el material que acompaña por defecto al equipo. La oferta de material fungible que realiza Linde, incorpora diferentes elementos nebulizadores que permiten la mejor aplicación de la terapia en cada caso entregando en todo momento la nebulización correcta*».

7.- El Anexo I del PPT establece respecto de los equipos AS–ASPIRADOR DE SECRECIONES:

Peso	*≥ 3 kg.*	

Según la recurrente, el equipo VacPLUS (Apex) del que Linde oferta el 10%, pesa 3,3 Kg. Adjunta catálogo del fabricante como documento número 21.

El órgano de contratación refiere a propósito de este punto: «*(s)egún se observa en el catálogo, el equipo VacPLUS incluye 2 baterías recargables, por lo que al peso de 3,3 Kg. habría que restarle el peso de una de las baterías que en la cláusula 3.2.6.1.10) se considera como material complementario*». Añade el informe que en la oferta de LINDE está ofertado con un peso de 3Kg.

La cláusula a la que hace referencia el órgano de contratación señala literalmente:

«***3.2.6. OTROS PROCEDIMIENTOS TERAPÉUTICOS/MONITORIZACIÓN/ DIAGNÓSTICO DE APOYO***

3.2.6.1. Aspirador de secreciones

…*Los requerimientos técnicos de los equipos y accesorios serán los siguientes:*

*…1*0) Material complementario: Bolsas recolectoras desechables. Bolso transportador. Batería externa. Conector a toma de corriente de vehículo. Recambio de batería interna».

8.- El Anexo I del PPT establece respecto de los equipos de MA–MONITOR DE APNEA:

Posibilidad de conexión a pulsioxímetro	*SI*	

Alega la recurrente que el equipo Vitaguard VG 2100 (Getemed) del que Linde oferta el 70%, no ofrece la posibilidad de conexión a pulsioxímetro. Adjuntan catálogo del fabricante como documento número 22.

El informe del órgano de contratación señala al respecto: «*(e)n la documentación presentada por Linde en su oferta, indica que el equipo Getemed VG2100 tiene la posibilidad de conexión a pulsioxímetro mediante un Canal auxiliar*».

Respecto a las pretensiones de la recurrente de exclusión de la mercantil "LINDE MEDICA, S.L.U.", por el supuesto incumplimiento de las prescripciones técnicas solicitadas en los nueve equipos aludidos anteriormente, el órgano de contratación acaba razonando: «*(a) modo de resumen, se puede concluir que las alegaciones de la recurrente referidas a incumplimientos en los equipos ofertados por Linde son infundadas y no están debidamente justificadas*».

Por su parte, la adjudicataria considera que la actuación del órgano de contratación ha sido correcta y ajustada a la ley, por lo que incide en el argumento de que su oferta se aviene al conjunto de especificaciones técnicas que rigen la licitación. En este sentido, concluye su escrito de alegaciones indicando que «*en su oferta LINDE incluye una variedad de equipamiento para cada terapia que es capaz de cumplir las exigencias técnicas de los pliegos reguladores a través de unos equipos principales, poniendo a disposición de los prescriptores otros equipamientos accesorios y complementarios que pretenden cubrir determinadas circunstancias extraordinarias y que igualmente cumplen las características clínicas requeridas en los pliegos reguladores, siempre con la voluntad de una correcta prestación del servicio en cualquier escenario y preservando el derecho al mejor tratamiento del paciente. Y así ha sido apreciado y valorado por el órgano de contratación*».

Expuestos los términos de la controversia suscitada, el punto de partida en esta cuestión es la consideración del contenido de los Pliegos como *lex contractus*, que vincula tanto a la Administración como a los licitadores, y ello implica que lo regulado en ellos son los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de cada licitador para resultar adjudicatario del contrato. Su incumplimiento debe constituir una causa de exclusión puesto que, en otro caso, no tendría sentido definir las cualidades de los productos o servicios cuya adquisición se pretende. A su vez, el órgano de contratación ha de estar al procedimiento por él mismo establecido para la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial

trascendencia a la hora de valorar el cumplimiento por los licitadores de las prescripciones técnicas recogidas en los Pliegos, tal y como ha tenido ya ocasión de advertir este Tribunal en varios de sus Acuerdos, por todos, el 22/2018, de 20 de abril.

Hay que recordar, asimismo, que la determinación de las características técnicas correspondientes a los servicios objeto del presente contrato corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP (norma aplicable al presente caso, tal y como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Primero del presente Acuerdo), y no cabe relativizarlas ni obviarlas durante el procedimiento licitatorio (Acuerdo 4/2018, de 5 de febrero, además del recién citado 22/2018).

Así las cosas, procede analizar las prestaciones de los equipos ofrecidos por la empresa adjudicataria a fin de comprobar si los productos ofertados –según aduce la recurrente– incumplen las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal 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.

Del examen del expediente de contratación (en especial, del informe de valoración de las proposiciones), junto con la argumentación que contiene el informe del órgano de contratación, que resultan más que ilustrativos en este aspecto, se desprende –como de forma razonada se indica en los mismos– que los nueve equipamientos cuestionados por la recurrente efectivamente cumplen las especificaciones técnicas exigidas por el PPT. Y ello, por un lado, debido a que tales objeciones carecen del suficiente sustento probatorio; en efecto, de ese total de nueve equipos, en siete ocasiones la justificación tiene como base el “catálogo comercial” o “catálogo” del fabricante, y las otras dos otros tantos correos electrónicos, que en realidad son el mismo, pues la actora, según ya se ha expuesto, reproduce –por error– dos veces idéntico correo, en

prueba del incumplimiento de los equipos “Dorma 200” y “Z1 Auto” ofrecidos, cuando el texto va inequívocamente referido a aquél y no a éste.

Pues bien, de los siete catálogos reseñados, cinco están en lengua inglesa, lo que impide tenerlos en consideración, y los otros dos, en lengua castellana. Respecto a estos últimos, el pretendido incumplimiento concierne al exceso del peso sobre el máximo fijado en el PPT, cuestión aclarada por el órgano de contratación en su informe al recurso, en el que se esgrime que aquél no se produce al incluir dichos catálogos el peso con todos los accesorios del aparato respectivo, de ahí que una vez descontados éstos, tales pesos queden dentro del límite máximo establecido en los pliegos.

Y sobre los dos equipos cuestionados restantes, sólo cabe pronunciarse acerca de la objeción relativa al citado equipo “Dorma 200” –dado que la referente al “Z1 Auto” incumple, en todo punto, la regla de la carga de la prueba al carecer de toda base–; de esta manera, las explicaciones de cariz técnico ofrecidas al respecto por el órgano de contratación se consideran suficientes para rechazar la tesis de la recurrente: se garantiza –a criterio de aquél– el cumplimiento del apartado 3.2.2.1 del PPT, en cuya virtud al menos un 15% de los equipos propuestos, deben disponer de sistemas de monitorización de terapia on-line, de tal forma que ese porcentaje de cumplimiento puede darse entre varios equipos siempre y cuando se respete ese mínimo fijado en el pliego, circunstancia que concurre en el presente caso según se desprende del informe del órgano de contratación.

Y ello entronca, por otro lado, con el segundo aspecto nuclear que subyace en el presente motivo de recurso analizado, que no es otro que el planteamiento por la recurrente de una cuestión de índole técnica lo que, necesariamente, lleva a invocar la doctrina consolidada de todos los Tribunales Administrativos de contratos (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 11 de febrero, 15/2017, de 20 de febrero, 22/2018, de 20 de abril, y las Resoluciones del TACRC 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de

2 de octubre, 313/2017, de 31 de marzo), con arreglo a la cual la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y los Tribunales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Pues, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999).

En este sentido ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en el Acuerdo 56/2018, de 6 de julio, que vuelve a asumirse en su posterior Acuerdo 63/2018, de 26 de julio, en el cual –participando del criterio del TACRC puesto de manifiesto en su citada Resolución 313/2017– se afirma que: «*Procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016, de 1 de julio, ya razonábamos que la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son*

discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor. (...) Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal… Asimismo, dicha resolución señaló que "lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica (..)

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias».

Sentado lo anterior, las discrepancias técnicas de la mercantil recurrente –tras cohonestarse con lo manifestado por el órgano de contratación en su informe al recurso– no llegan a desvirtuar la presunción de acierto de que gozan el informe técnico de valoración de los criterios contenidos en el Sobre "Dos" así como el informe del órgano de contratación con motivo del presente recurso, sin que se haya logrado evidenciar la existencia de error o arbitrariedad por su parte, no constituyendo prueba suficiente de la falsedad o incorrección del contenido de la oferta de la adjudicataria, de ahí que deba adverarse la actuación de dicho órgano en cuya virtud se admitió la oferta de la adjudicataria.

Así las cosas, se considera ajustada a la legalidad la actuación realizada por el órgano de contratación y, en consecuencia, procede rechazar este motivo invocado por la recurrente.

QUINTO.- Postula asimismo la recurrente que la empresa "OXIGEN SALUD, S.A.", licitadora que obtuvo la máxima puntuación de los criterios sujetos a evaluación posterior y quedó finalmente en cuarto lugar, debió haber sido excluida por las siguientes razones: no haber subsanado adecuadamente la documentación contenida en el Sobre "Uno", de una parte; y no ajustarse su oferta –en concreto, alguno de los equipos incluidos en ella– a los requisitos técnicos exigidos por el PPT, de otra.

Tanto el órgano de contratación como dos de las empresas alegantes, la adjudicataria y la incumbida por el reproche del presente motivo, además de oponer su extemporaneidad, defienden que la actuación de aquél ha sido correcta y que dicha mercantil –"OXIGEN SALUD, S.A."– sí debió ser admitida a la licitación, como efectivamente sucedió.

Sentado lo anterior, con carácter previo a cualquier otra consideración, cabe reseñar que la pretensión manifestada con este motivo de recurso consiste en la inadmisión de la oferta presentada por "OXIGEN SALUD, S.A.".

Y a este respecto corresponde significar, en este punto, que pese a que la interposición del recurso se produjo el 8 de noviembre de 2018 –es decir, una vez entrada en vigor la LCSP, y ello con independencia de que el expediente de contratación se rija por el TRLCSP, como se indica en el Fundamento de Derecho Primero–, lo que de suyo conllevaría –*ex* artículo 44.2.b) de la LCSP– a tener por extemporánea tal pretensión, concurren en el presente caso una serie de circunstancias que seguidamente se exponen y obligan a este Tribunal a entrar a conocer el fondo del asunto; dichas circunstancias son las siguientes:

1ª.- La admisión de la oferta presentada por la entidad “OXIGEN SALUD, S.A.”, fue ya cuestionada por “GRUPO GASMEDI, S.L.U.” mediante el primero de los escritos aludidos en el Antecedente de Hecho quinto y, conforme al indicado artículo 44.2.b) de la LCSP, se trataría *prima facie* de uno de los actos de trámite cualificados susceptibles de recurso especial.

2ª.- Ahora bien, la contestación dada al respecto por el órgano de contratación –que, inopinadamente, considera aun de aplicación el TRLCSP al eventual recurso o recursos que pudieran interponerse a partir del 9 de marzo de 2018–, emplazando a la ahora actora a impugnar la admisión de su competidora al momento de la adjudicación del contrato, impide a este Tribunal considerar extemporáneo el presente motivo del recurso.

3ª.- Por último, existe interés legítimo en la recurrente por cuanto –de acogerse tal motivo– resultaría adjudicataria del contrato, lo que redunda, indubitadamente, en su provecho y le confiere, en consecuencia, legitimación para cuestionar la citada actuación; negar ese interés, además de generarle indefensión a resultas de que su reacción en contra de la misma quedaría sin respuesta, vulneraría su derecho a una tutela judicial efectiva.

Sentado lo anterior, en lo tocante a la solvencia de “OXIGEN SALUD, S.A.”, postula la recurrente que ésta fue acreditada de modo incorrecto por parte de dicha mercantil: así, a requerimiento de la Mesa de contratación, en vez de presentar debidamente cumplimentado el Documento Europeo Único de Contratación (en adelante, DEUC), optó por aportar la documentación acreditativa de su solvencia económica y técnica. Respecto a la primera, acompañó al escrito de subsanación de su oferta un certificado emitido por su compañía aseguradora; y en cuanto a la segunda, se adjuntaron a dicho escrito sendos certificados emitidos por dos centros hospitalarios públicos de Valladolid (“Hospital del Río Hortega” y “Hospital Clínico Universitario”) y otro por el Servicio Catalán de Salud.

Así las cosas, procede partir de la regulación de la solvencia exigida por el PCAP para los distintos licitadores, que se contiene en su Anexo III cuyo tenor literal es el siguiente:

«ANEXO III

SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA, Y TÉCNICA O PROFESIONAL

1.- La solvencia económica y financiera y técnica o profesional, se acreditará mediante la aportación de los documentos a que se refieren los criterios de selección marcados.

SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA (artículo 75 TRLCSP)

☒ a)	Declaración sobre el volumen anual de negocios del licitador referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, en el ámbito de servicios de oxigenoterapia, (CPV:85111700-7)
	Criterios de selección: Volumen anual de negocios de importe superior, al menos una vez y media del valor anual medio del valor anual medio del contrato, o del lote al que se concurra. Se acreditará mediante: Declaración responsable relativa a la cifra anual de negocios de la empresa o unión temporal de empresas.
☒ b)	Seguro de indemnización por riesgos profesionales vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas junto con un compromiso de renovación o prórroga del mismo que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato. Alternativamente se podrá aportar un compromiso vinculante de suscripción de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe no inferior al valor estimado del contrato que deberá hacerse efectivo en caso de resultar adjudicatario dentro del plazo de diez días hábiles al que se refiere el apartado 2 del artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
	Criterios de selección: • Seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe superior a 1.000.000 € y 150.000 € por siniestro • Riesgos cubiertos: RC por daños en personas, viviendas y enseres Seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe no inferior a 150.000 € por víctima y 150.000€ por siniestro. Se acreditará mediante: Póliza de RC en vigor con acreditación del pago del recibo correspondiente. El licitador debe incluir en su oferta un compromiso vinculante de suscripción, en caso de resultar adjudicatario, del seguro exigido, cuya cobertura debe extenderse durante toda la ejecución del contrato, compromiso que deberá hacer efectivo dentro del plazo de diez días hábiles a que se refiere la cláusula 17.2 “Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa” del pliego de cláusulas administrativas.
☐ c)	Declaración del Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales.

	Criterios de selección: □ Patrimonio neto con valor mínimo por importe de ……..€ □ Ratio mínimo de …… entre activos y pasivos al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales. Se acreditará mediante:

SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL. (artículo 78 TRLCSP)

☒ a)	Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años del mismo tipo (servicios de oxigenoterapia, CPV: 85111700-7) al que corresponde el objeto del contrato, avalados por certificados de buena ejecución.
	Criterios de selección: Servicios prestado, al menos, al triple de la población objeto del presente contrato (o del lote al que se concurra) durante los últimos cinco años: Población lote 1: 732.909 Población lote 2: 563.320 Población lote 3: 1.296.229 Se acreditará mediante: Certificación acreditativa de los órganos de contratación correspondiente, indicativa del número de personas con derecho a prestación en el ámbito del contrato.
☐ b)	Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:
☐ c)	Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:
☐ d)	Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de éste, por un organismo oficial y homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:
☐ e)	Titulación es académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:
☐ f)	Medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato, con indicación expresa de las normas técnicas o especificaciones técnicas aplicables a la

	ejecución y a la verificación objetiva de la correcta aplicación de dichas medidas.
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:
☐ g)	Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:
☐ h)	Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:
☒ i)	Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene el propósito de subcontratar.
	Criterios de selección: Se acreditará mediante:

2.- El empresario también podrá acreditar su solvencia aportando el certificado que le acredite la siguiente clasificación (artículo 65.1 b TRLCSP):

GRUPO	SUBGRUPO	TIPO DE SERVICIO	CATEGORÍA
N	1	Actividad médica o sanitaria	5

3.- Acreditación del cumplimiento de normas de gestión medioambiental y de calidad, el licitador deberá aportar los certificados siguientes (artículos 80 y 81 TRLCSP)

4.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 11.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, se exime a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, y técnica y profesional.

☐ SI ☐ NO».

A la vista del tenor literal del PCAP, este Tribunal aprecia una doble incoherencia en el mismo: de un lado, entre la cláusula 9.6.1 (que regula el contenido del Sobre “Uno”; a saber, índice, DEUC, compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresas –en su caso–, documento acreditativo de la

garantía provisional –en su caso–, declaración sobre el grupo empresarial, y documentación adicional para empresa extranjeras) y el Anexo III, recién transcrito, por cuanto que dicha cláusula no se cohonesta con lo previsto en el citado Anexo a propósito de la solvencia económica –en lo referente al seguro de responsabilidad profesional– y, mucho menos, a cuanto se dispone en el Reglamento de Ejecución (UE) nº 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del DEUC, por remisión del artículo 141.1 de la LCSP, puesto que –con arreglo a dicho formulario– el campo a rellenar dentro de su sección B ("Solvencia económica y financiera"), para el seguro de responsabilidad profesional, no es otro que el relativo al importe asegurado de indemnización por riesgos profesionales del respectivo operador económico, resultando imposible de materializar el cumplimiento de las exigencias del Anexo III consistentes en el compromiso de renovación o prórroga de la póliza ya suscrita.

Y de otro, tampoco guardan en el meritado Anexo III la debida relación la propia definición del requisito de solvencia económica –en lo referente al seguro de responsabilidad profesional– y su modo de acreditación, que claramente no se compadecen, pues aquél se atiene a tal compromiso de renovación o prórroga (durante toda la ejecución del contrato) o, alternativamente, a un compromiso vinculante de suscripción de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe no inferior al valor estimado del contrato, mientras que éste consiste en póliza de responsabilidad civil en vigor con acreditación del pago del recibo correspondiente, añadiendo el apartado en cuestión del Anexo III que «*(el) licitador debe incluir en su oferta un compromiso vinculante de suscripción, en caso de resultar adjudicatario, del seguro exigido, cuya cobertura debe extenderse durante toda la ejecución del contrato*».

Así las cosas, cabe deducir que la Mesa de contratación decidió salvar tal incoherencia dando por válido el certificado aportado al efecto por "OXIGEN

SALUD, S.A.", ya que en el mismo se contiene la información que el DEUC prevé a este respecto, esto es, la cifra asegurada en concepto de indemnización por riesgos profesionales del respectivo operador económico (que cumple la cuantía mínima que exige el meritado Anexo III), y cuando fueron varias las empresas, además, que en la confección de su oferta se atuvieron al tenor de la cláusula 9.6.1 del PCAP y, obviando las exigencias del Anexo III, no presentaron documentación alguna adicional con respecto a su solvencia económica (consistente en el compromiso de renovación de la póliza ya suscrita); entre ellas, la recurrente que viene a reprochar a su competidora una conducta en la que ella misma ha incurrido, ello supondría –de acogerse su pretensión–, además de obtener provecho de su propio incumplimiento, una clara contravención del principio de igualdad, además del de buena fe.

Cabe traer a colación el Acuerdo de este Tribunal 31/2018, de 18 de mayo, en el que igualmente se cuestionaba la acreditación de la solvencia en el procedimiento licitatorio analizado, y en el que se afirma: «*(…) constatada la irregularidad del pliego, sin embargo se considera que la misma se ha aplicado y ha afectado a todos los licitadores que han concurrido por igual, y que en modo alguno puede perjudicar a quien ha participado en el procedimiento cumpliendo el pliego que, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia y el criterio de este Tribunal (por todos, Acuerdo 57/2017, de 3 de mayo), es la ley del contrato y vincula tanto a licitadores como al órgano de contratación, presentando un compromiso de contrato de alquiler e integrándose el compromiso en el contrato y siendo configurado expresamente como una obligación de carácter esencial, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 223.f) del TRLCSP, según el PCAP, todo ello en virtud del principio de confianza legítima y buena fe*». Y en dicho Acuerdo, tras citar y extractar otro anterior –el 8/2016, de 22 de enero (en el que se alude al `*modus operandí*´ por parte de la Mesa de contratación ante la oscuridad o contradicción en los pliegos)– se concluía: «*(a)sí, dados los amplios y ambiguos e inconcretos términos en los que se expresa el PCAP a la hora de exigir la disponibilidad de*

la máquina, la carta de compromiso de alquiler de la máquina firmada por un tercero, junto con la declaración de éste afirmando su disponibilidad, conjugado con la necesidad de ser flexible para facilitar la concurrencia y la existencia en última instancia de la vía de la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial ex artículo 223.f), lleva a la consideración de este Tribunal de que la actuación de la Mesa fue razonable así como conforme con el ordenamiento jurídico contractual y con el pliego». Y a idéntica conclusión ha de llegarse, en el presente supuesto, por ese mismo razonamiento.

A fortiori, la aplicación al caso aquí estudiado de la regla contenida en el principio general del derecho conforme a la cual quien puede lo más, puede lo menos o `*qui potest plus, potest minus´*, también recogido en el aforismo `*a maiori ad minus´*, supondría igual resultado pues, como acertadamente alega "OXIGEN SALUD, S.A.": «*no se puede tener en peor condición al licitador que ha aportado un documento acreditativo de que tiene un seguro suscrito de otro que simplemente declara en el DEUC que tiene ese seguro (y que no aporta nada para demostrarlo). Efectivamente, el principio de igualdad de trato y no discriminación que rige en la normativa de contratación pública, y que proclama el artículo 1 del TRLCSP y de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, garantiza el que no se le pueda exigir a mi representada unos documentos que no son exigidos al resto de los licitadores*».

Y no obstan tal conclusión, por los motivos ya apuntados, las cuestiones singulares que objeta la actora a propósito de la falta de justificante de estar al corriente de pago del seguro de responsabilidad civil, ni el ámbito de actividad empresarial que abarca, o de los umbrales de población asistida en contratos similares, siendo irrelevante que éstos hayan de considerarse anual o conjuntamente por cuanto que, a mayor abundamiento, la aclaración interesada por la actora del órgano de contratación en ese sentido (que recibió –mediante correo electrónico– en fecha 6 de marzo de 2018 y venía a fijar que las cifras de población debían entenderse acumuladamente, es decir, que debían

acreditarse para todos y cada uno de los últimos cinco años), carecía de carácter vinculante *ex* artículo 158.2 del TRLCSP, ya que dicha norma sólo atribuye ese carácter en el supuesto de los contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos (artículos 131.2 y 133.3 TRLCSP, respectivamente), tal y como afirma el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante, TACPCM), en su Resolución 118/2014, de 16 de julio. Y mucho menos puede predicarse el carácter vinculante de tal consulta cuando la aclaración no fue insertada en el Perfil de contratante (sólo se remitió a la recurrente y por la misma vía que la interesó) y, en consecuencia, "OXIGEN SALUD, S.A." no tuvo acceso a la misma, lo que para ésta le privaría de eficacia puesto que, a decir otra vez del TACPCM, en su Resolución 187/2013, de 20 de noviembre: «*considerando que la contestación efectuada a la recurrente implica una interpretación modificativa del PCAP solo para aquella, que conforme a lo anteriormente dicho, carecería de eficacia, no concurre causa de nulidad radical del PCAP, de manera que una vez aprobado y aceptado por los licitadores se ha convertido en lex inter partes, debiendo ser aplicado en los términos en que fue aprobado, pues el resto de licitadores confiaron en su validez por lo que no se aprecia causa para la anulación de la licitación*».

De esta manera, la Mesa de contratación –órgano al que corresponde aplicar el PCAP e interpretar las reglas y criterios contenidos en él– decidió, de acuerdo con el criterio manifestado por este Tribunal en el Acuerdo 118/2017, de 28 de noviembre, al que expresamente el órgano de contratación alude en su informe, «*que para acreditar la solvencia bastaba con acreditar haber prestado servicios al triple de la población durante el global de los últimos cinco años y no durante cada uno de los cinco años*», decisión que, a la vista de toda la argumentación expuesta, y especialmente, en aras de los principios de publicidad y libre concurrencia, así como los de buena fe y confianza legítima, ha de reputarse correcta.

Paralelamente, al igual que en el Fundamento de Derecho anterior, sostiene además la actora la procedencia de la exclusión de "OXIGEN SALUD, S.A.", por haber incluido en su oferta varios equipos (un total de seis) que no cumplen los requisitos técnicos exigidos por el PPT.

1.- En primer lugar, el equipo Dorma 100 (Philips Respironics) –a juicio de la recurrente– no cumple los requisitos del Anexo I del PPT que establecen respecto de los equipos CP-CPAP; en particular, aduce que incumple los requisitos de monitorización de fuga e IAH residual, aportando –a tal fin– un correo electrónico remitido a la recurrente por la fabricante en el que ésta corroboraría dicha afirmación.

El informe del órgano de contratación, sin embargo, argumenta que el PPT en su cláusula 3.2.2.1 no exige el cumplimiento al 100% de los equipos, sino que expone: «*en el apartado 3.2.2.1 del PPT se pide un software disponible para el médico y datos que identifiquen el seguimiento (horas de uso) y monitoricen fuga y eventos residuales (IAH); y más adelante se exige que al menos un 15% de los equipos propuestos, deben disponer de sistemas de monitorización de la terapia online (volcado de datos diarios a través de sistema informático), por lo que si el equipo ofertado por Oxigen en un 10% no lo cumple, entraría dentro del 85% restante de equipos que no deben cumplir dicho requisito*».

El Anexo I del PPT que establece las características básicas de cada tipo de equipo a suministrar establece para los equipos CPAP, entre otros, los siguientes requisitos:

Monitorización de fuga	*SI*	
IAH residual	*SI*	

A su vez, la cláusula 3.2.2.1 del PPT establece como requisitos técnicos mínimos de los servicios ofertados en el caso de Ventilación con presión positiva continua en la vía aérea (CPAP):

«*El sistema constará del equipamiento necesario para mantener la presión positiva previamente fijada en la vía aérea. Incluye los siguientes elementos:*

(…)

j) Software disponible para el médico y datos que identifiquen el seguimiento (horas de uso) y monitoricen fuga y eventos residuales (IAH).

(…)

Al menos un 15% de los equipos propuestos, deben disponer de sistemas de monitorización de la terapia online (volcado de datos diarios a través de sistema informático). Estos equipos estarán prescritos por los facultativos de las unidades de sueño respectivas a pacientes seleccionados».

2.- Por otra parte, el Anexo I del PPT establece respecto de los equipos BH-VENTILADOR CON PRESIÓN POSITIVA Y VOLUMEN ASEGURADO (MODO DUAL O HÍBRIDO):

Peso	*≤ 4 kg.*	

Según la recurrente, tres de los equipos ofertados por "OXIGEN SALUD, S.A." no cumplen este peso exigido; éstos serían:

- PB560 (COVIDIEN) del que OXIGEN oferta el 5%, cuyo peso es de 4,5 kg.
- TRILOGY 100 (PHILIPS RESPIRONICS) del que OXIGEN oferta el 10%, peso es ligeramente inferior a 5 kg.
- VIVO 50 (BREAS), del que OXIGEN oferta el 10%, cuyo peso es de 5,2 Kg.

Acompaña catálogo del fabricante para dichos equipos en apoyo de sus aseveraciones.

El órgano de contratación, por su parte, defiende en su informe a este respecto: «*La incidencia de dicha terapia en el lote 1 (cuya adjudicación es objeto de las alegaciones) es actualmente de 35 casos entre 12.650 terapias activas a 31 de diciembre de 2017, según los datos facilitados a los licitadores por el Servicio Aragonés de Salud. La suma de los porcentajes ofertados por los tres equipos*

anteriores es del 25%, por lo que su repercusión en el porcentaje total sería del 0,07%, lo que resulta insignificante.
Además de los equipos citados anteriormente, Oxigen oferta cinco equipos cuyo porcentaje acumulado supone el 75% restante de equipos que sí cumplen el requisito del peso, y opcionalmente oferta otros cuatro equipos más que también cumplen dicho requisito».

E incluye a continuación un listado de los equipos extraído de la oferta presentada por "OXIGEN SALUD, S.A.".

3.- Además, el Anexo I del PPT establece respecto de los equipos tipo AU–NEBULIZADOR CONVENCIONAL/BAJO FLUJO, entre otros, el siguiente requisito:

Flujo dinámico	*6-8 litros/minuto*

Sostiene la recurrente que el equipo NEBULAIR (FLAEM NUOVA), del que "OXIGEN SALUD, S.A." oferta el 80%, tiene un caudal de 14 litros/minuto (alto flujo), acompañando nuevamente catálogo del fabricante para dicho equipo en apoyo de sus afirmaciones.

El informe del órgano de contratación, por el contrario, mantiene*:* «*Según la documentación de la oferta aportada por Oxigen que se reproduce a continuación, el flujo dinámico del equipo es <8 litros/minuto. Además, como en el caso anterior, oferta de manera opcional otros equipos que cumplen todos ellos el requisito exigido*».

E incluye, otra vez, un listado de los equipos extraído de la oferta presentada por "OXIGEN SALUD, S.A.".

4.- Por último, el Anexo I del PPT establece respecto de los equipos AM–NEBULIZADOR ELECTRÓNICO (MALLA O MEMBRANA):

Fracción respirable (RF)(%MMD) por debajo de 5 micras	*> 70%*	

Alega la recurrente que el equipo AERONEB GO (PHILIPS RESPIRONICS) del que "OXIGEN SALUD, S.A." oferta el 40%, según la curva de tamaño de partículas se aprecia que el citado equipo está en el 66%-68%, en ningún caso superior al 70%, acompañando igualmente catálogo del fabricante a modo de prueba.

A este respecto, el informe del órgano de contratación dice:
«*Según el análisis realizado por los técnicos del Servicio Aragonés de Salud encargados de la valoración de las ofertas, el tamaño de la fracción respirable depende de la viscosidad de la solución a nebulizar y del elemento nebulizador utilizado, tal y como recoge el fabricante en su hoja de características técnicas, las cuales están indicadas utilizando el material que acompaña por defecto al equipo. La oferta de material fungible que realiza Oxigen, incorpora diferentes elementos nebulizadores que permiten la mejor aplicación de la terapia en cada caso entregando en todo momento la nebulización correcta.*
Según la documentación de la oferta aportada por Oxigen que se reproduce a continuación el equipo cumple dicho requisito. Como en los casos anteriores, oferta de manera opcional otros equipos que cumplen todos ellos el requisito exigido».

Y, de nuevo, acompaña un listado de los equipos extraído de la oferta presentada por "OXIGEN SALUD, S.A.".

Sentado lo anterior, la conclusión sobre las objeciones a los equipos ofrecidos por dicha mercantil ha de ser la misma a las planteadas frente a los incluidos en la oferta de la empresa adjudicataria, analizadas en el Fundamento de Derecho anterior, al cual cabe remitirse y dar aquí por reproducidas sus consideraciones en razón de economía procedimental y en aras de la brevedad.

Y ello en primer lugar porque, otra vez, de los informes de valoración de las proposiciones y del órgano de contratación emitido con motivo del presente recurso, se desprende que los seis equipamientos cuestionados por la recurrente efectivamente cumplen las especificaciones técnicas exigidas por el PPT. Así, esta vez de ese total de seis equipos, en cinco ocasiones la justificación tiene como base el "catálogo comercial" o "catálogo" del fabricante, y la restante un correo electrónico. Y de los cinco catálogos reseñados, dos no están en lengua castellana lo que impide tenerlos en consideración al carecer del suficiente sustento probatorio. Respecto a los otros tres, junto con el que encuentra soporte en el correo electrónico de la fabricante, el pretendido incumplimiento concierne al peso o al flujo sobre los límites fijados en el PPT o a la carencia de determinada prestación, cuestión aclarada por el órgano de contratación en su informe al recurso, en el que se esgrime que tales incumplimientos no se producen al incluir dichos catálogos –en lo tocante al peso– todos los accesorios del aparato respectivo, al igual que en el Fundamento anterior, al respetar –en el caso del flujo– el límite máximo establecido en el PPT o al depender su funcionamiento de factores externos.

A todo lo anterior, en segundo lugar, le es asimismo de aplicación la doctrina de la «*discrecionalidad técnica*», desarrollada en el anterior Fundamento de Derecho al cual cabe remitirse en este punto, habida cuenta de que las discrepancias técnicas de la mercantil recurrente –tras cohonestarse con lo manifestado por el órgano de contratación en su informe al recurso– tampoco llegan a desvirtuar, en el presente motivo, la presunción de acierto de que gozan el informe técnico de valoración de los criterios contenidos en el Sobre "Dos" así como el informe del órgano de contratación, sin que otra vez se haya logrado evidenciar la existencia de error o arbitrariedad por su parte, no constituyendo prueba suficiente de la falsedad o incorrección del contenido de la oferta de la adjudicataria, de ahí que deba confirmarse también la actuación de dicho órgano en cuya virtud fue admitida la oferta presentada por "OXIGEN SALUD, S.A.".

En consecuencia, procede rechazar este motivo del recurso por las razones expresadas a lo largo del presente Fundamento de Derecho.

SEXTO.- Los últimos dos motivos esgrimidos por la recurrente se basan en que –a su juicio– el informe técnico de valoración de la oferta del Sobre "Dos" (criterios sometidos a un juicio de valor) ha venido, por un lado, en lo concerniente al criterio 2 (`Mejoras´), a modificar –«*sustancialmente*»– la regulación contenida al respecto en el Anexo VIII del PCAP y, por otro, a incurrir en «*errores materiales y arbitrariedades*» respecto a la ponderación de determinados subcriterios (en concreto, los n$^{os}$ 1.1 `Orientación asistencial del programa de trabajo´, 1.2 `Protocolo de seguimiento del paciente´, 3.1 `Adecuación de los medios adscritos a los planes de trabajo´, 5.1 `Características técnicas de los equipos, aparatos y accesorios´, y 5.3 `Plan de renovación de equipos´, además de los fijados en desarrollo del citado criterio 2), pues –por medio de dicho informe– la actuación de la Mesa de contratación excede de la discrecionalidad técnica y quiebra los principios de igualdad de trato y transparencia.

Cuestiona, en particular, acerca de la ponderación de los subcriterios incluidos dentro de dichas `Mejoras´, la metodología empleada por los técnicos en el informe de valoración de las ofertas técnicas, para todos y cada uno de los cuatro subcriterios, considerando perjudicial la asignación de puntos en cada apartado efectuada por la Mesa de contratación. Concluye, en último lugar, que tanto el informe técnico de valoración como el acuerdo de la Mesa –al asumirlo– no han venido a desarrollar sino a innovar –y contravenir– el modo de valoración fijado por el pliego para el meritado criterio, invocando en apoyo de su tesis Acuerdos de este Tribunal como el 18/2018, de 11 de abril, o la

Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia 23/2018, de 11 de junio.

En cuanto al diferente trato que sostiene ha recibido en la ponderación de los aludidos subcriterios restantes, va desgranando –punto por punto– el contenido del informe de valoración en cada uno de ellos arguyendo todo cuanto considera que su oferta ha sido infravalorada, en relación y contraposición con las ofertas de las demás licitadoras.

Por su parte, el órgano de contratación niega en su informe la premisa principal sobre que la actora funda todo su argumento, señalando al respecto que «*(el informe de valoración) no supone una incorporación de nuevo criterios y subcriterios que surgen tras la publicación de los pliegos, todo lo contrario, supone una explicación de cómo se ha realizado la valoración y comparación de las distintas ofertas, lo cual solamente puede expresarse una vez que las ofertas hayan sido analizadas*».

En cuanto a los pretendidos errores y arbitrariedades padecidos por la oferta de la recurrente en su valoración, se defiende el órgano de contratación en su informe al recurso, reafirmando que en el informe técnico se contiene no sólo la valoración de las ofertas, sino también la motivación de la asignación de puntos a las mismas, resultando ser la argumentación de la actora una apreciación técnica efectuada en paralelo a la del órgano evaluador que no puede primar sobre el juicio técnico de este último, el cual se ha ceñido a la regulación contenida en los pliegos y ha razonado adecuadamente los aspectos que han propiciado una mayor o menor ponderación de cada criterio y subcriterio para todas las ofertas.

Cabe, antes de nada, significar que el análisis conjunto de ambos motivos obedece a que ambos guardan directa y estrecha relación con la doctrina de la «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación, ya expuesta en el Fundamento de Derecho Cuarto y al que –en aras de la brevedad y por

economía procedimental– corresponde remitirse, dando aquí por reproducidos los argumentos contenidos en el mismo, habiendo este Tribunal de limitarse a comprobar si en la valoración efectuada concurre defecto procedimental, error, arbitrariedad o falta de motivación.

Pues bien, expuestas las posiciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida, a saber, si la proposición de la actora fue valorada adecuadamente –o no– en los términos exigidos en el PCAP y conforme a los parámetros expuestos.

Así, la regulación de los criterios sujetos a evaluación previa se contiene en el Anexo VIII al PCAP, que fue aceptada por la recurrente con la presentación de su oferta y consentida al no reaccionar frente a la misma, es del siguiente tenor literal:

«ANEXO VIII

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA

(SOBRE DOS)

LOTES 1 Y 2

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN			**PONDERACIÓN**
1 -	**CRITERIO: CALIDAD Y NIVEL DE SERVICIO EN LA ATENCIÓN AL PACIENTE** 1.1 Orientación asistencial del programa de trabajo 1.2 Protocolo de seguimiento del paciente 1.3 Diseño y alcance de encuestas satisfacción DOCUMENTACIÓN: Propuesta en la oferta que cumpla los requerimientos técnicos del Pliego de Prescripciones Técnicas	 10 puntos 8 puntos 2 puntos	**20 puntos**
2 -	**CRITERIO: MEJORAS** 2.1 Recursos destinados a reducir listas de espera en TRD 2.2 Oferta de material adicional 2.3 Poligrafías a domicilio 2.4 Otras propuestas distintas de las anteriores, justificando el valor añadido para la prestación del servicio DOCUMENTACIÓN: Propuesta en la oferta que cumpla los requerimientos técnicos del Pliego de Prescripciones Técnicas	 4 puntos 4 puntos 1 punto 1 punto	**10 puntos**
3 -	**CRITERIO: MEDIOS DESTINADOS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO** 3.1 Adecuación de los medios adscritos a los planes de trabajo 3.2 Plan de formación a personal sanitario del SALUD 3.3 Plan de formación continuada a personal de la empresa 3.4 Plan de formación a pacientes y cuidadores	 5 puntos 2 puntos 1 punto 1 punto	**9 puntos**

	DOCUMENTACIÓN: Propuesta en la oferta que cumpla los requerimientos técnicos del Pliego de Prescripciones Técnicas	
4-	**CRITERIO: SISTEMA DE INFORMACIÓN** 4.1 Características y adecuación del Programa informático de gestión y control que se pone a disposición de la administración para prestar el servicio 3 puntos 402 Calidad de los informes generados por el sistema en el área asistencial y de facturación 2 puntos DOCUMENTACIÓN: Propuesta en la oferta que cumpla los requerimientos técnicos del Pliego de Prescripciones Técnicas	**5 puntos**
5-	**CRITERIO: MEDIOS MATERIALES Y TÉCNICOS** 5.1 Características técnicas de los equipos, aparatos y accesorios (se valorarán aquellas que supongan una mejora con respecto a los requisitos mínimos establecidos en el PPT) 2 puntos 5.2 Protocolo de revisión preventiva de equipos y accesorios 1 punto 5.3 Plan de renovación de equipos 1 punto 5.4 Protocolo de actuación en caso de avería 1 punto DOCUMENTACIÓN: Propuesta en la oferta que cumpla los requerimientos técnicos del Pliego de Prescripciones Técnicas	**5 puntos**
	TOTAL	**49 puntos**

La puntuación mínima para superar la fase de evaluación de los criterios sujetos a valoración previa deberá ser al menos de 25 puntos.

DOCUMENTACIÓN: Se presentará “Memoria descriptiva” de un máximo de 100 páginas, DIN A_4, a espacio simple, letra Arial, paso11; interlineado sencillo, en formato papel y electrónico (soporte pendrive), Además de este informe se presentarán los Anexos que, de conformidad con lo establecido en los Pliegos que rigen esta contratación deban aportarse.
No se deberán incluir ni hacer referencia a ningún aspecto que sea valorado en los CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR (SOBRE TRES)».

En lo tocante a la regulación contenida al respecto en el TRLCSP, los apartados 1º y 2º de su artículo 150 establecen lo siguiente:

«*1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o*

beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

Cuando en los contratos de concesión de obra pública o gestión de servicios públicos se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la

construcción o explotación así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, en todo caso figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación».

Y completa dicha regulación el artículo 150.4 del TRLCSP, que dispone:
«4. *Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.*
Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia».

En el Acuerdo 18/2018, de 11 de abril, este Tribunal ya tuvo ocasión de destacar la importancia de principios como los de transparencia y de igualdad de trato y no discriminación, citando y extractando la STJUE de 14 de septiembre 2017, asunto *Casertana Consttruzioni Srl y Ministerio delle Infrastructture e dei Trasporti*, (C-223/16), en la que viene a afirmarse que:

> «*34. Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones,*

con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 61 y jurisprudencia citada, y sentencia de 4 mayo de 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 36)».

En dicho Acuerdo 18/2018, en el que se trae a colación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la admisión de concreción de subcriterios y de su ponderación [contenida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005 (asunto C-331/04–*ATI EAC y Viaggi di Maio*), de 24 de noviembre de 2008 (asunto C-532/06–*Alexandroupulis*), y de 20 de diciembre de 2017, (asunto C-677/15–*EUIPO*), y asumida en los Acuerdos de este Tribunal 7/2018 y 11/2018, de 13 de febrero y 2 de marzo, respectivamente, venían a concretarse los requisitos para que resulte admisible que «*en el proceso de valoración se pueda atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido con antelación y distribuir entre estos elementos secundarios los puntos previstos por aquel, siempre que:*

- *no se modifiquen los criterios de adjudicación de los contratos definidos en el pliego;*
- *no se incluyan elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubieran podido influir en dicha preparación;*
- *no se haya hecho la atribución teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.*

Así mismo, cabe recordar que se exige que el pliego permita a los licitadores efectuar sus ofertas con conocimiento de los criterios que se utilizarán para determinar la proposición económicamente más ventajosa, no permitiéndose la absoluta discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de ponderar las

ofertas, sino que la discrecionalidad ha de estar basada en juicios o elementos técnicos previamente previstos en los pliegos para que se garanticen los principios de transparencia e igualdad de trato y la función revisora de este Tribunal».

Sentado lo anterior, el órgano de contratación concluye en su informe:
«*1. Los elementos valorados no modifican los criterios/subcriterios establecidos en el PCAP, en tanto que guardan relación directa con los mismos y con el objeto del contrato.*
2. No se incluyen elementos nuevos que, de haberse conocido con antelación, pudieran haber influido en la preparación de la oferta, en tanto que éstas se valoran en base al contenido común, no valorándose elementos que no guarden relación con el criterio/subcriterio, es decir, no se ha añadido ningún criterio o subcriterio nuevo.
3. Se valoran los elementos que libremente han incluido los licitadores en sus ofertas, bajo el epígrafe correspondiente a cada subcriterio, que a juicio del grupo de expertos se consideran relevantes y que permiten distinguir y ponderar cada oferta».

De esta manera se comprueba, en primer lugar, del análisis de la aplicación del criterio de adjudicación `Mejoras´ –junto con los cuatro subcriterios contenidos en el mismo– impugnada, al revés de lo que postula la recurrente, que su ponderación se ajusta a la doctrina recién extractada; y ello porque la cuestionada aplicación del criterio no puede ser tachada de arbitraria o discriminatoria, sino que ha tenido lugar con pleno respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, tal y como exige la normativa comunitaria y nacional, siempre dentro de la doctrina de la «*discrecionalidad técnica*», cuyos límites no han sido rebasados por cuanto los motivos explicitados en el informe técnico de valoración de las proposiciones son razonados así como razonables y, en ningún caso, a diferencia del supuesto analizado en el citado Acuerdo 18/2018, que erróneamente invoca la

recurrente, llegan a vulnerar el tenor de los pliegos sino a completar su regulación; al contrario, el mencionado informe viene además a dar cumplimiento al modo en que ha de ser emitido, que también se plasma en dicho Acuerdo.

Como bien sintetiza el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 25/2019, de 31 de enero: «*(e)n definitiva, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración*». Y tal margen es el que, en conclusión, ha operado en el supuesto planteado sin que haya llegado a rebasarse o extralimitarse o, lo que es lo mismo, sin que se aprecie arbitrariedad por parte del órgano de contratación.

Y este mismo razonamiento puede extrapolarse, en segundo lugar, a las objeciones que la recurrente considera como «*errores materiales y arbitrariedades*» respecto a la ponderación de los subcriterios n^{os} 1.1, 1.2, 3.1, 5.1, y 5.3, además de tres de los fijados en desarrollo del mencionado criterio 2, en tanto que no constituyen sino una evaluación paralela y alternativa de su propia oferta –a la par que interesada– a la efectuada por el órgano de contratación, sin otra base que su mera conveniencia, que como tal apreciación de parte no puede primar sobre el criterio del órgano evaluador, a consecuencia igualmente de la doctrina de la «*discrecionalidad técnica*», que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas por dicha doctrina que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de

motivación, extremos que no acredita la recurrente que concurran en el supuesto examinado.

De ahí que no haya base sobre la que sustentar las objeciones de la recurrente y que, en consecuencia, no puedan prosperar estos dos últimos motivos de recurso, lo que lleva a desestimar éste íntegramente.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa "GRUPO GASMEDI, S.L.U.", frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de atención sanitaria con terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no ha lugar a la imposición de multa conforme al artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.