RE 103/2016

Acuerdo 107/2016, de 28 de octubre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por CENTRO DE DIAGNÓSTICO DE GRANADA, S.A, frente a la adjudicación de un contrato derivado del «Acuerdo marco de homologación de servicios para la prestación sanitaria concertada de procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III. Hospital «Ernest Lluch Martín» de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Resolución de 28 de marzo de 2016 del Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud, se adjudicó el Acuerdo Marco de homologación de servicios para la prestación sanitaria concertada de procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles en la Comunidad Autónoma de Aragón. En concreto, respecto al lote 15 «Resonancias Magnéticas en instalaciones móviles. Equipos de >015 teslas», resultaron adjudicatarias las empresas CENTRO DE DIAGNOSTICO DE GRANADA, S.A. (en adelante CENTRO DIAGNOSTICO GRANADA), Q DIANOSTICA CYL, S.A. (en adelante Q DIANOSTICA), y ALLIANCE DIAGNÓSTICOS, S.L, (en adelante ALLIANCE DAGNÓSTICOS).

SEGUNDO.- Consta en el expediente que en el procedimiento negociado para la adjudicación de contratos derivados del lote 15,

tramitado por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III. Hospital «Ernest Lluch» de Calatayud, se requirió ofertas a las tres empresas, CENTRO DIAGNOSTICO GRANADA, Q DIANOSTICA y ALLIANCE DAGNÓSTICOS.

El presupuesto de licitación del contrato derivado es de 1 607 062,50 euros, IVA no incluido.

De acuerdo con las determinaciones establecidas en el Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) del Acuerdo marco de referencia, en el requerimiento de ofertas que se realizó, se solicitó tanto la Oferta Económica como la Oferta de Mejoras, incluyendo en éstas últimas las Mejoras técnicas del Acuerdo marco, la Mejora de facturación, las mejoras en relación a la distancia al hospital de referencia, las relativas al tiempo de espera, las mejoras sobre la integración de información y las relativas los servicios complementarios o mejoras de calidad técnicas.

- Mejoras sobre la integración de información de los sistemas de Radiología Digital descritos en los apartados 6.9 y 6.10 del Pliego de Prescripciones técnicas. Se valorarán las ofertas recibidas sobre el cumplimiento de este criterio de **0 a 5 puntos**.

- Los servicios complementarios o mejoras de calidad técnica que guarden relación directa con la ejecución de las pruebas a contratar. Se valorarán las ofertas recibidas sobre el cumplimiento de este criterio de **0 a 5 puntos.**

TERCERO.- Mediante Resolución de 30 de septiembre de 2016, del Gerente del Sector Zaragoza III, se adjudicó el contrato a ALLIANCE DAGNÓSTICOS. La adjudicación fue notificada a la empresa adjudicataria el 5 de octubre de 2016 y a la recurrente el 6 de octubre de 2016.

Constan el expediente dos Informes de 12 y 15 de septiembre de 2016 de valoración de evaluación de servicios complementarios o mejoras de la calidad técnica, suscrito por el Jefe de Sección de Radiodiagnóstico, y de valoración de mejoras sobre la integración de información, firmado por el jefe de Grupo del Servicio de Informática, Sector Calatayud, respectivamente.

CUARTO.- El 17 de octubre de 2016 tiene entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por D. Alberto Machado Gallás en representación de CENTRO DIAGNÓSTICO GRANADA, contra la Resolución por la que se le comunica la no adjudicación del contrato.

El recurrente anunció, el 11 de octubre de 2011, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 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).

El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

a) Argumenta que ni la Resolución objeto de recurso, ni los informes valoración que la sustentan se encuentran suficientemente motivados ya que únicamente se establece la puntuación obtenida por cada empresa sin que exista una justificación de la misma o una explicación de los motivos o criterios que se han seguido para su calificación.

b) En segundo lugar, no se comparte la valoración efectuada en relación a las Mejoras sobre la integración de la información y los servicios complementarios o mejoras de calidad técnica que guarden relación directa con la ejecución de las pruebas a contratar. Alega el recurrente que la puntuación establecida es arbitraria y desproporcionada y realiza en el escrito del recurso una nueva valoración relativa a las mejoras sobre la integración de la información y, de igual manera, de los servicios complementarios o mejoras de calidad técnica, llegando a la conclusión de que su oferta debiera haber sido clasificada como la más ventajosa.

Por lo expuesto solicita se acuerde la anulación de la resolución recurrida por considerarla no ajustada a Derecho y se determine su oferta como la más ventajosa.

QUINTO.- El 17 de octubre de 2016, el Tribunal solicita al Hospital «Ernest Lluch Martín» de Calatayud, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente. El día 19 de octubre de 2016 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

En el informe del órgano de contratación se señala que no debe constar en la Resolución de adjudicación todo lo detallado en los informes técnicos en los que ésta se basa, siendo suficiente un resumen de las valoraciones que han llevado a la adjudicación del procedimiento. En segundo lugar, se pone de manifiesto que la valoración realizada por los expertos en resonancia magnética del Sector está debidamente motivada y que únicamente han tenido en

cuenta las mejoras relativas a resonancias magnéticas en instalaciones móviles, y no otro tipo de prestaciones o servicios complementarios.

SEXTO.- A fin de evacuar el trámite de alegaciones, el Tribunal notificó el 20 de octubre de 2016, la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

El 26 de octubre de 2016, tienen entrada en el correo electrónico del Tribunal, copia de las alegaciones remitidas a través de oficina de correos y formuladas por D. Pedro Barambones García, en representación de ALLIANCE DIAGNÓSTICOS, en las que defiende la validez del acuerdo de adjudicación adoptado por el órgano de contratación y solicita la desestimación del recurso presentado.

Alega para ello que se puso a disposición de las licitadoras la información necesaria y suficiente de la motivación del acto de adjudicación, pues los escritos de adjudicación y de no adjudicación iban acompañados de un documento resumen de la motivación de las puntuaciones obtenidas por cada licitador. Afirma que del propio recurso se deduce que están suficientemente explicadas y explicitadas las diferentes puntuaciones, así como lo que ha resultado objeto de valoración por los expertos. Por último, se alega que no puede sustituirse el juicio técnico en el ámbito del recurso entendiendo que, además, el recurrente solo tiene en cuenta determinados aspectos de las ofertas presentadas y no la totalidad de las mismas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de CENTRO DIAGNOSTICO GRANADA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), y el recurso se plantea en tiempo y forma.

Existe, en todo caso, un límite a la competencia respecto de la pretensión planteada por la recurrente, que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor, una vez que se deje sin efecto la adjudicación realizada. Como mantiene este Tribunal en su doctrina (por todos, Acuerdo 42/2012, de 27 de septiembre), su función es revisora de los actos recurridos, en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme a lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y el articulo 47.2 «*in fine*» del TRLCSP respecto de este Tribunal, de modo que de existir tales vicios se ha de proceder a anular el acto o actos, ordenando se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de

contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material, sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la LRJPAC).

Cuestión distinta, ex artículo 47.2 segundo inciso TRLCSP, es que, si como consecuencia del contenido del Acuerdo del Tribunal, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, deberá éste requerir al propuesto como adjudicatario, concediéndole un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 151.2 TRLCSP.

Por ello se debe inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencia para resolverla, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para conocer de las demás formuladas.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo se limita al sistema de valoración de las mejoras y su ajuste a las reglas fijadas en el pliego y la ausencia de motivación en la notificación del acuerdo de adjudicación.

Sobre este último aspecto, vinculado a la correcta presentación del recurso especial, este Tribunal administrativo ya ha declarado en numerosos acuerdos, entre ellos el Acuerdo 6/2012, de 31 de enero, que el artículo 151.4 TRLCSP exige que la notificación se practique a todos los licitadores, comunicando, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido. Esta exigencia de suficiente motivación es esencial para poder comprender la decisión y proceder, en su caso, a la impugnación mediante recurso especial, pero no implica que su ausencia conlleve automáticamente la nulidad de la

decisión si el recurrente ha conocido, mediante acceso al expediente, la información y motivación de la adjudicación. Y esta finalidad se ha satisfecho pues la recurrente, como se desprende de su propio escrito de recurso, ha conocido los distintos motivos y justificación de la puntuación asignada, que no comparte.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.

TERCERO.- El fondo del asunto es la incorrecta valoración de los criterios sometidos a juicio de valor y la puntuación de las mejoras. A tal efecto, conviene recordar que es doctrina consolidada de todos los Tribunales Administrativos de contratos (por todos, y en especial, los Acuerdo del TACPA 98/2015 y 36/2016, y las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante TACRC, 908/2014, 431/2013, 209/2013, 176/2011), que la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas, es de apreciación discrecional (valoración técnica) por la Mesa de contratación, y que 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, este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» o «juicio técnico» de la Administración.

Ello supone 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, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como

las normas de competencia o de procedimiento; o que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, que la decisión resulta racional y razonable o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Asimismo, resulta conveniente recordar la doctrina más reciente del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la denominada discrecionalidad técnica —que fue desarrollada «*in extenso*» en nuestro Acuerdo 98/2015, de 13 de noviembre y a cuyo contenido nos remitimos ahora—, en la que se ha llegado a afirmar que en procesos selectivos de personal —prototipo de la discrecionalidad técnica— la valoración de los méritos y capacidad de un opositor ya no es campo vedado a los Tribunales de Justicia, ni la opinión del órgano calificador goza de la presunción de infalibilidad (STS 31 de julio de 2014 en los Recursos de casación 2001/2013). Sobre esta cuestión resulta paradigmática la Sentencia de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), pues da cuenta de la evolución jurisprudencial del alto Tribunal en esta materia y fija las condiciones y límites de la discrecionalidad técnica —doctrina que se asume también en la STS de 16 de Diciembre de 2014 (Recurso de casación 3157/2013) —.

Estas Sentencias establecen nuevas reglas para abordar el control de la denominada discrecionalidad técnica, que no puede ser confundida con los aspectos de carácter técnico o de valoración técnica. Se debe recordar que la discrecionalidad técnica y su presunción de certeza y de razonabilidad se justifican en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores (como advierte la STC 34/1995, de 6 de febrero), sin que se pueda extender sus efectos más allá de estos limites.

Como ha recordado el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que, sobre determinadas cuestiones, venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

En todo caso, un límite infranqueable a la discrecionalidad técnica o valoración técnica es que con la misma no se quiebren los principios de igualdad de trato y de transparencia. El TACPA, en sus Acuerdos 23/2011, de 3 de octubre, y 34/2015, de 18 de marzo, advirtió que «*La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración*». Por ello, como ya se dijo en nuestro Acuerdo 34/2013, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de los criterios de adjudicación son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar. Exigencia de explicación todavía más necesaria cuando el criterio de valoración se comporta, al exigir un umbral mínimo de puntuación, como criterio de exclusión.

Indica la STS de 24 de septiembre citada, que el Informe técnico debe cumplir con las siguientes exigencias:

a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;

b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;

c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuando se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica.

La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

Si no se cumplen esos cánones, los Tribunales de Justicia, así como los órganos de recursos contractuales, pueden entrar a controlar la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esa actuación a los fines que la justifican, que no son otros que los del interés general (ex artículo 106.1 CE). Lo contrario, bajo la presunción de acierto de esa discrecionalidad técnica, puede conducir a la generación de espacios administrativos inmunes al control, lo que quiebra los más elementales principios de tutela efectiva en un Estado de Derecho.

Desde esta perspectiva jurídica debe ser analizada esta cuestión objeto de recurso.

CUARTO.- La recurrente cuestiona en su recurso la incorrecta valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, y entiende que se ha realizado una valoración que les perjudica y beneficia a la actual prestataria del servicio. Pero no aporta ninguna prueba documental o pericial que puede justificar su «opinión», que permita desvirtuar la valoración técnica efectuada sobre los extremos que la recurrente cuestiona, pretendiendo que sea este Tribunal quien analice la corrección de la puntuación asignada. Y, obviamente, esa función excede de las competencias de este Tribunal administrativo que debe dar una respuesta de legalidad atendiendo a los datos del expediente y documentación que se haya aportado en vía de recurso.

La competencia de este Tribunal queda limitada a comprobar el cumplimiento de los requisitos formales del ejercicio de la discrecionalidad y de la razonabilidad y racionalidad de la misma. Y no existen indicios para poder dudar de la legalidad de la actuación administrativa, que respeta las exigencias de expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y; expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás. Existe un informe detallado que explica suficientemente los motivos de la valoración, y por la recurrente no se aporta ningún dato, más allá de discrepancias y juicios de valor, sobre los que este Tribunal no puede deducir una actuación indebida, como sugiere el recurso. La carga de probar la incorrecta actuación técnica es de la recurrente. Máxime en contratos complejos desde la perspectiva técnica, y con un indudable interés público, en tanto afecta a la calidad de la prestación sanitaria pública. De la justificación

del técnico sobre las mejoras de la empresa adjudicataria no se deduce actuación caprichosa ni favoritismo a favor de la adjudicataria, pues se explica las ventajas de una opción frente a otra.

Procede, por ello, desestimar los motivos del recurso en tanto la discrecionalidad técnica en la valoración de criterios sometidos a juicio de valor, bien detallados y explicados en los pliegos, no resulta ni caprichosa, ni irracional y, por ello, debe validarse el juicio técnico especializado en la valoración efectuada y explicada, desde la presunción de que se ajusta a la mejor protección del interés público de la prestación licitada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don Alberto Machado Gallás en representación de CENTRO DIAGNÓTICO GRANADA, contra el acuerdo de adjudicación del contrato derivado del «Acuerdo marco de homologación de servicios para la prestación sanitaria concertada de procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III. Hospital

«Ernest Lluch Martín» de Calatayud, y que tiene por objeto la realización de resonancias magnéticas en instalaciones móviles (Lote 15 del Acuerdo).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.