

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

En Madrid, a 5 de marzo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de United Laboratories España S.A., y de Ribera Salud S.A., licitadoras en compromiso de UTE (en adelante, UR SALUD UTE) contra la Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica el contrato de “Servicio de laboratorio clínico correspondiente a la población incluida en el área de influencia de los hospitales Infanta Sofía, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Sureste, Henares y el Hospital del Tajo de la Comunidad de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, expediente C.A. 5/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fechas 21 de diciembre de 2018, y 2 de enero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. Tras diversas correcciones de errores y publicación de preguntas y respuestas los días 4 y 18 de febrero de 2019, se amplía

el plazo de presentación de ofertas el día 20 de febrero de 2019, hasta el 26 de febrero.

El valor estimado de contrato asciende a 112.848.707,10 euros.

Segundo.- A la licitación se presentaron tres entidades: Eurofins Megalab, Analiza, Sociedad de Diagnóstico, S.L., Cerba Internacional, S.A.E., Hospital Moncloa Grupo Hla, S.A. y Unidad de Reproducción Asistida, S.L., estas cuatro últimas licitadoras en compromiso de UTE (en adelante UTE Analiza) y UR SALUD UTE.

Previa tramitación del oportuno procedimiento, con fecha 26 de marzo de 2019, la mesa de contratación procede a la apertura de la oferta económica.

Ante la circunstancia de que la oferta de la UTE Analiza se encontraba en baja desproporcionada, se solicitó el 5 de abril de 2019, en aplicación del procedimiento contradictorio que recoge el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), la justificación de la viabilidad de la oferta.

El 11 de abril de 2019, la UTE Analiza presentó la justificación que consideró oportuna que fue trasladada a los técnicos designados para que emitiesen el correspondiente informe.

Con fecha 14 de junio de 2019, los técnicos emiten informe considerando necesario pedir ciertas aclaraciones a la licitadora al objeto de comprobar el cumplimiento del PPT. Concretamente exponen: *“Respecto a la adecuación del número de personas de la oferta en relación a los puestos establecidos en la oferta, se considera que la oferta es coherente en relación a la descripción aportada en su plan de gestión, si bien se considera insuficiente para cumplir el PPT.*

3. Solicitan detalle de cómo con 239 personas se puede atender a la

distribución de puestos que manifiestan en su Plan de Gestión, incluyendo el 70% de personal dotacional en sábado, domingo y festivos de 22:00 a 8:00 que contempla el PPT en el punto 5.1.4.

Solicitan información sobre el modo de cobertura de facultativos de guardia los siete días de la semana, durante todo el año, incluidos sábados, domingos y festivos”.

La licitadora presentó documentación con la aclaración solicitada

Tercero.- El 1 de octubre de 2019, la mesa de contratación se reúne y a la vista de que se han emitido por los técnicos tres informes sobre las aclaraciones presentadas y no uno solo, acuerda: *“Los miembros de la Mesa consideran inválidos estos tres informes recibidos, acordándose que es necesaria la presentación de un informe único que recoja la valoración correspondiente a la baja temeraria objeto de la Mesa. A este respecto, se consideró que fuera una entidad superior, de la que dependiera la Gerencia Adjunta de Ordenación, la que invalidara los documentos y no los técnicos de la misma.*

TERCERO. – A continuación, se presenta el informe técnico de viabilidad realizado por la Unidad de Contabilidad Financiera y Análisis de Costes. Dicho informe concluye que tras la revisión de toda la documentación enviada de la oferta y de todo el análisis realizado de sus estados financieros Balance de Situación y Cuenta de Pérdidas y Ganancias, reflejados y garantizados por el informe de Auditoría de Cuentas Anuales, se considera que no hay datos objetivos que permitan indicar que se trata de una baja temeraria o que implique un riesgo para la realización y calidad de la actividad objeto de la licitación.

CUARTO. – A la vista de lo anterior, los miembros de la Mesa manifiestan por unanimidad:

1º.- La pertinencia de que se presente un único informe de valoración por parte de entidad superior a los técnicos que han elaborado los tres documentos, dando por no válidos los tres presentados.

2º.- Admitir el informe técnico de viabilidad realizado por la Unidad de Contabilidad Financiera y Análisis de Costes.

3º.- Por otra parte, y habiéndose recibido solicitud dirigida a la Mesa de Contratación de la licitadora UR SALUD UTE solicitando nueva vista del expediente, así como reiterando copia de parte del mismo, los miembros de la Mesa, tras revisión y deliberación de los extremos solicitados, concluyen por unanimidad facilitar copia de lo solicitado por UR SALUD UTE así como proceder a citar a dicha comercial a nueva vista del expediente”.

En consecuencia, la Gerencia Asistencial de Atención Hospitalaria emite informe el 4 de octubre de 2019, en el que tras invalidar el emitido el 13 de septiembre por la Gerencia Adjunta de Ordenación e Innovación organizativa concluye que *“la empresa ALIANZA S.L. con NIF B54556436 aporta la información suficiente que avala que cumple las condiciones descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT)”.*

La mesa de contratación teniendo en cuenta ese informe y el emitido por la Dirección General de Gestión Económico-Financiera y Farmacia sobre la viabilidad económica de la oferta, acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación de contrato a la UTE Analiza considerando que cumple el PPT y ha justificado la viabilidad.

Dicha propuesta fue aceptada por el órgano de contratación que adjudica el contrato mediante Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de 11 de diciembre de 2019. La resolución fue notificada el 9 de enero de 2020.

Cuarto.- El 29 de enero de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de UR Salud UTE en el que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación por considerar que la adjudicatari ha incumplido el PPT en su oferta, que ha procedió a la modificación de la misma en el escrito de aclaración y que ha presentado la documentación correspondiente fuera del plazo establecido. Además alega otras irregularidades,

entre ellas, que no consta en el expediente el informe de valoración de los criterios cualitativos sociales y de los criterios relacionados con la calidad del bien/servicio.

La recurrente ha tenido acceso al expediente en diversas ocasiones tal y como reconoce en su escrito de recurso.

El 12 de febrero de 2020 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 LCSP. Se opone a la estimación del recurso por las razones que se analizarán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 24 de febrero de 2019, la UTE Analiza presenta escrito de alegaciones de las que se dará cuenta en los Fundamentos de Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de persona jurídicas licitadoras en compromiso de UTE, clasificadas en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

La Resolución de adjudicación erróneamente dice que las empresas clasificadas en segundo y tercer lugar están *“excluidas de la adjudicación”* pero en realidad debe decir, que no son adjudicatarias.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue dictada el 11 de diciembre de 2019, practicada la notificación el 9 de enero de 2020, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 29 de enero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso 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 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso la recurrente alega diversos motivos de impugnación.

En primer lugar y como primer motivo de recurso, expone que *“el órgano de contratación vino a matizar que, en lo que se refiere al horario de funcionamiento en los laboratorios periféricos, su personal técnico debe estar necesariamente presente las 24 horas del día durante todos los días del año, es decir, incluidos los sábados, domingos y festivos:*

‘HORARIO.

Jornada general.

Los servicios de laboratorio clínico a prestar por la adjudicataria deberán estar cubiertos las 24 horas del día y todos los días del año, al menos en las siguientes condiciones:

Los laboratorios periféricos funcionarán las 24 horas del día y todos los días del año, al menos, con presencia física del personal técnico.

El laboratorio central funcionará de lunes a viernes. Los sábados se deberá realizar como mínimo una jornada de 8 de la mañana a las 15 horas, con el personal técnico para los estudios microbiológicos (...).

Así pues, sin perjuicio de su posterior desarrollo, cabe adelantar desde este momento, el que sin ápice de duda es el origen de la cuestión objeto de debate, y de la invalidez de la Resolución recurrida, toda vez que, la oferta presentada por la adjudicataria debió ser excluida ya que la misma no cumplía con dicha obligación esencial, que tiene como fin garantizar el correcto funcionamiento del servicio público en los centros hospitalarios.

En efecto, si bien los Pliegos y el resto de documentación contractual, exige la presencia física del personal técnico suficiente durante todos los días del año, y las 24 horas al día, la oferta inicialmente presentada por ANALIZA UTE no satisface el cumplimiento de dicha obligación como se expondrá como mayor detenimiento a continuación”.

Señala que en el Plan de Gestión presentado por ANALIZA UTE para la formulación de su oferta, en su página 7 se incluye un cuadro en el que las casillas correspondientes “al turno de noche de los sábados, domingos y festivos, no aparecen técnicos especialistas de laboratorio (TEL) con presencia física. Se trata por tanto de un grave incumplimiento que, además, pone en grave riesgo la prestación del servicio. Pero es más, en jornada extraordinaria, esto es, sábados a partir de las 15:00 horas, domingos y festivos, el adjudicatario deberá disponer, como mínimo, del 70% de la siguiente plantilla en cada turno (...).

Pues bien, conforme a la oferta presentada por ANALIZA UTE, las presencias indicadas para los turnos de mañana y tarde (dado que en noche es cero) suman entre 3 y 6 TELs dependiendo del centro hospitalario, cifras éstas que no alcanzan el mínimo exigido del 70% de las presencias físicas requeridas.

Estamos por tanto ante otro grave incumplimiento en la oferta inicial presentada por ANALIZA UTE como por nuestra parte se ha venido indicando en vía administrativa a través de numerosos escritos y sin éxito conocido”.

En cuanto a las aclaraciones presentadas en el trámite de justificación de viabilidad de la oferta, la recurrente argumenta que *“la citada aclaración complementaria supuso una verdadera modificación de la oferta inicialmente presentada, toda vez que siendo consciente dicha licitadora que su oferta no se adecuaba a las prescripciones de los Pliegos, esta realizó una interpretación forzada de los mismos con el fin de intentar acreditar lo indebido de su oferta (...) la propia licitadora vendría a reconocer que la ausencia de indicación de presencia física en horario extraordinario de turno de noche, se debía a que el cuadro elaborado a tal efecto (y al que hemos hecho referencia anteriormente) se encuentra completada en términos de distribución del personal. Así, vendría a señalar que de llevarse a cabo una distribución del personal ofertado, se cubriría dichos puestos de noche en horario extraordinarios. Nada que ver, en todo caso, con la baja temeraria.*

Sin embargo, en ningún momento, los Pliegos prevén la posibilidad de que la licitadora plante haga su oferta en los términos planteados, porque si el Órgano de contratación consideró que la oferta debía precisar la presencia física por turnos fue precisamente para que dicho Órgano pudiera controlar que el servicio iba a ser ejecutado de manera correcta garantizando en todo caso una óptima prestación del mismo”.

Respecto a los informes técnicos, alega que tras los tres informes emitidos por los técnicos y que fueron rechazados por la Mesa *“En fecha 4 de octubre de 2019, la Gerencia Asistencial de Atención Hospitalaria dictó un único Informe técnico de valoración, por el que, en suma, viene a concluir que la información presentada por ANALIZA UTE es suficiente para avalar que la misma cumpliría con los Pliegos. En efecto, sin tener en cuenta los Informe técnicos emitidos, en los que se ponía en duda la viabilidad de la oferta e incluso el incumplimiento en el que la misma incurría, dicha Referencia Asistencia de Atención Hospitalaria, estimó que la oferta de ANALIZA UTE cumplía con la oferta.*

Los términos en los que se produce la aceptación son, esencialmente, voluntaristas: se admite que, modificando, como ahora plantea ANALIZA UTE, las condiciones ofertadas se puede llegar a cumplir con el PPT.

Se trata de una afirmación que nadie duda. Cualquier oferta, debidamente modificada, puede adaptarse a los requerimientos. Lo que ocurre es que en materia de contratos la oferta opera como una foto fija respecto del procedimiento en el que inserta, es vinculante y no es modificable porque si esto fuera así el conjunto de la contratación administrativa se volvería aleatoria porque de nada serviría la oferta- como elemento de concurrencia- si es modificable”.

El órgano de contratación en su informe expone pormenorizadamente todas las actuaciones llevadas a cabo y que constan en el expediente y considera que la petición de aclaración fue correcta, cita diversas Resoluciones, además señala que en este asunto rige el principio de discrecionalidad técnica por lo que solo cabe un control sobre los elementos reglados o sobre la existencia de error manifiesto, cita numerosas sentencias sobre este asunto. Finalmente alega que la mesa de contratación actuó correctamente de acuerdo con las competencias que tiene atribuidas al elevar la propuesta de adjudicación. Por todo ello solicita la desestimación de recurso y la imposición de multa al recurrente por temeridad en la interposición del recurso.

La adjudicataria en trámite de alegaciones argumenta respecto de las diversas cuestiones planteadas del siguiente modo:

1.- Posibilidad de pedir aclaraciones a la justificación de la viabilidad de la oferta.

La adjudicataria considera que el artículo 149.4 y el 176.1 de la LCSP permite la petición y presentación de precisiones o aclaraciones de la oferta *“sin que el PCAP, ni la LCSP, elimine la posibilidad de que la Mesa de contratación pueda solicitar aclaraciones al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, como pretende la recurrente”.*

2. Sobre la posible modificación de su oferta, señala que *“no es cierto que*

ANALIZA UTE haya modificado su oferta: nuestra oferta contemplaba 239 trabajadores, antes y después de la justificación de su viabilidad, sin que se haya realizado modificación alguna en ninguno de los documentos de su oferta”.

3. Sobre la discrecionalidad técnica de la Administración: *“la decisión de considerar si la oferta puede o no ser cumplida con el personal ofertado por los licitadores en un procedimiento de contratación corresponde al órgano de contratación, tras analizar la justificación ofrecida por el licitador y los informes técnicos elaborados al respecto, suponiendo esa decisión un juicio técnico que forma parte del ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración, cuyo control está limitado por los Tribunales”.*

4. Sobre el cumplimiento del PPT: *“En el escrito de aclaración de la oferta, presentado en fecha 20 de junio de 2019, (DOCUMENTO 5), explicábamos cuáles eran las exigencias del pliego en cuanto al personal necesario para la prestación del servicio, matizadas por el órgano de contratación en el documento de preguntas y respuestas publicado en fecha 14 de febrero de 2019, (se aporta como DOCUMENTO 8); cómo se calculó el número de personas necesarias para la prestación del servicio a partir de las presencias exigidas en el pliego; y cómo distribuyó ANALIZA UTE dichas personas. Explicando que no es lo mismo ‘persona’ que ‘presencia’ (una misma persona cumplirá un determinado número de presencias) y que la oferta presentada se refería a personas y no presencias”.*

También alega que *“ANALIZA UTE se comprometió, en su oferta a mantener el 98,76% del total del personal de la anterior adjudicataria (la recurrente), (como se acredita con la declaración responsable relativa a dicho compromiso que se aporta como DOCUMENTO 9), que supone el 100% del personal asistencial y que, siendo que la propia Administración aclaró que se debe ejecutar el mismo servicio y los mismos horarios que en el contrato anterior (aclaración efectuada en el documento de Preguntas y Respuestas publicado en fecha 14 de febrero de 2019, y aportado como DOCUMENTO 8), ello garantiza que el personal aportado es suficiente y adecuado para dar cumplimiento al pliego. También se hacía referencia a que*

ANALIZA UTE suscribió en su oferta el pertinente compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales que se acompañaba como Anexo VIII del PCAP (se aporta como DOCUMENTO 10). Dicho compromiso se contiene también en el plan de gestión”.

Finalmente expone que “la información que contenían los pliegos, relativa al personal que estaba prestando el servicio, fue ampliándose y variando como consecuencia de las preguntas formuladas por los licitadores, recibándose información hasta 48 horas antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas. Esto es, el 18 de febrero de 2019, se publicaba información complementaria con datos económicos desagregados de los profesionales del Laboratorio Central aportados por la Empresa adjudicataria del contrato de concesión.

El mismo día que vencía el plazo para presentar las ofertas, el 20 de febrero de 2019, a las 19:00, momento en el cual ANALIZA UTE ya había presentado su oferta, se produjo una ampliación de plazo de seis días más para presentar las ofertas. De este modo, dando respuesta a la última información recibida, ANALIZA UTE terminó de confeccionar su Plan de Gestión antes de presentar su oferta, con la intención de dar cumplimiento a los pliegos dando prioridad al mantenimiento de la plantilla y aludiendo en la planificación a personas y no a presencias”.

5. Sobre los diferentes Informes emitidos alega que “es sesgada la información aportada (por la recurrente) respecto al informe del Gerente del Hospital Infanta Sofía (se aporta como DOCUMENTO 14) porque, en primer lugar, dicho informe no concluye la inviabilidad de la oferta de UTE ANALIZA y, en segundo lugar, la recurrente omite que dicho informe fue invalidado por el Informe Técnico de Valoración de la Gerencia de Atención Hospitalaria de fecha 4 de octubre de 2019, (DOCUMENTO 7), al incurrir en error (...) y, también, porque omite que los otros dos informes del Comité de expertos son expresamente favorables; concretamente el Informe de la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina que indica que se aprecia que con los recursos humanos propuestos por el licitador puede dar respuesta al cumplimiento del PPT y las correcciones establecidas por el órgano de contratación y el informe de la Gerencia del Hospital Universitario del Sureste que

afirma que Formalmente y con los documentos alegados no parece imposible que la propuesta de la empresa sea infactible de llevar a cabo.

En definitiva, ha quedado acreditado de forma clara e indubitada que la oferta presentada por mi representada en lo relativo a recursos humanos es suficiente y adecuada para dar cumplimiento al PPT, y así lo ha considerado el órgano de contratación, por lo que la resolución de adjudicación es conforme a derecho”.

Expuestas las posiciones de las partes debe recordarse que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en

numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que “en aquellos casos en los que el informe técnico no comparte la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues este tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación ‘resolución reforzada’, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras)”.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según

dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo, por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

Ahora bien, en este caso, debe concluirse que la cuestión que planteada no es la viabilidad económica de la oferta sino el cumplimiento del PPT, en cuanto a los horarios exigidos para los laboratorios periféricos, cuestión sobre la que los técnicos informantes expresaron dudas y que motivó la petición de aclaración.

Como cuestión previa debe reconocerse que aunque el artículo 149.4 de la LCSP, no prevé la posibilidad de aclarar la justificación de la viabilidad en el procedimiento contradictorio regulado, la Ley admite las aclaraciones de la oferta, pero en este caso no sería en virtud de lo previsto en el artículo 176 que se refiere al dialogo competitivo sino en el artículo 95, siempre y cuando la información adicional o las aclaraciones no suponga una modificación de la oferta presentada.

De forma que en el supuesto que analizamos, los técnicos y la mesa actuaron correctamente solicitando aclaración de la justificación sobre el cumplimiento del PPT en los aspectos señalados.

En cuanto a la hipotética modificación de la oferta producida en el trámite de aclaraciones, la propia adjudicataria reconocía en su escrito de aclaración y lo reitera en las alegaciones, que el PPT establece, en la cláusula 5.1 (págs. de 5 a 8), la exigencia de recursos humanos necesarios para la prestación del servicio. Los apartados 4 y 5 de la cláusula 5.1 (páginas 6 a 8) fijan el horario y personal necesario para la prestación del servicio, así como los turnos de trabajo, horarios de atención y turnos de guardia y que estos apartados fueron corregidos por el órgano de contratación en el documento de Preguntas y Respuestas publicado en la plataforma de contratación en fecha 14 de febrero de 2019.

Concretamente:

“PREGUNTA:

PPT Apartado 5.1 pág. 6.

Recursos humanos necesarios para la prestación del servicio.

Se solicita aclaración al respecto del horario ordinario del laboratorio central y del horario extraordinario de los laboratorios periféricos.

RESPUESTA:

En la redacción final de las paginas 6-8 se han producido errores al transcribir el texto de los borradores o documentos de partida, por lo que en relación con los horarios y presencias -y dado que se ajustan a la actividad asistencial de nuestros hospitales- vale el horario en vigor actualmente, conforme a la estructura de los anteriores pliegos y, que adjunto:

HORARIO.

Jornada general.

Los servicios de laboratorio clínico a prestar por la adjudicataria deberán estar cubiertos las 24 horas del día y todos los días del año, al menos en las siguientes condiciones:

- Los laboratorios periféricos funcionarán las 24 horas del día y todos los días del año, al menos, con presencia física del personal técnico.*

El laboratorio central funcionará de lunes a viernes. Los sábados se deberá realizar como mínimo una jornada de 8 de la mañana a las 15 horas, con el personal técnico para los estudios microbiológicos.

Jornada ordinaria de facultativos.

A. Laboratorios periféricos. La jornada ordinaria abarcará, como mínimo, de 8 de la mañana a las 22 horas de lunes a viernes.

B. Laboratorio central: La jornada ordinaria abarcará, como mínimo, de 8 de la mañana a las 22 horas de lunes a viernes.

Atención Continuada de facultativos.

- De las 22 horas a las 8 horas del día siguiente se deberán establecer turnos de guardia para el conjunto de los laboratorios que al menos incluirán:*

De lunes a viernes:

- La guardia localizada de tres facultativos polivalentes todos los días del año.*
- La guardia localizada de un hematólogo todos los días del año.*

Los sábados, domingos y festivos:

- *Se garantizará durante cada jornada, la existencia del mismo número y cualificación de recursos humanos que los establecidos en el párrafo anterior para la asistencia de 22 a 8 horas.*
- *Para Microbiología, disponer de lunes a domingos de la presencia de un Microbiólogo en el horario necesario para poder realizar tareas específicas en relación con muestras críticas, dejar avisos y notas en la Historia clínica”.*

También ponía de manifiesto la adjudicataria en su aclaración que *“la información que contenían los pliegos, relativa al personal que estaba prestando el servicio, fue ampliándose y variando como consecuencia de las preguntas formuladas por los licitadores, recibándose información hasta 48 horas antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas. Esto es, el 18 de febrero de 2019, se publicaba información complementaria con datos económicos desagregados de los profesionales del Laboratorio Central aportados por la Empresa adjudicataria del contrato de concesión”.*

Todo ello motivó que, según alega, el mismo día que vencía el plazo de presentación de proposiciones, 20 de febrero de 2019, se acordase una ampliación del mismo en seis días.

La adjudicataria admite que en ese momento ya había presentado su oferta, *“De este modo, dando respuesta a la última información recibida, ANALIZA UTE adaptó su Plan de Gestión con la intención de dar cumplimiento a los pliegos dando prioridad al mantenimiento de la plantilla y aludiendo en la planificación a personas y no a presencias”.*

Sin embargo esta adaptación no pudo reflejarse en la oferta porque ya se había presentado, por lo que solo cabe considerar que la empresa en su escrito de aclaraciones hace una reformulación de su oferta, intentando adaptar la estructura de personal asistencial que había previsto en el pan de gestión, a las nuevas exigencias del Pliego y de ahí que proponga una interpretación del cuadro de

estructura modificando los conceptos, en ese sentido señala que: *“El PPT habla de horario ordinario (de 8 a 22 horas de lunes a viernes y de 8 a 15 horas los sábados) y horario extraordinario (de 15 a 8 los sábados, de 8 a 8 los domingos y festivos).*

- Como se adelantaba más arriba, el número indicado en el Plan de Gestión es de personas y no de presencias.

- Cuando se ha calculado el número de personas necesarias para la prestación del servicio ANALIZA UTE ha distinguido entre horario ordinario y horario extraordinario para poder calcular el total.

- No obstante, en la práctica, la jornada de trabajo del personal comprende de lunes a domingo (respetando los descansos, vacaciones, etc.), de forma que no es posible hacer una planificación general de los laboratorios separando el personal que presta los servicios en horario ordinario y horario extraordinario porque se trata de las mismas personas que rotan por turnos de mañana, tarde y noche, de lunes a domingo.

De este modo, el personal aludido puede realizar su jornada tanto en horario ordinario, como extraordinario, según la planilla que corresponda. Esto es, al ser el horario de lunes a domingo, dichas personas rotan para cubrir, tanto los turnos en horario ordinario, como los turnos en horario extraordinario durante la semana”.

Es necesario destacar que estas consideraciones se han puesto de relieve en el escrito de aclaración solicitado ya que del cuadro del plan de gestión que hemos analizado detenidamente no se puede deducir que la oferta hay sido planteada en eso términos.

Incluso con esa reformulación de los términos de su oferta, dos de los técnicos informantes muestran sus dudas sobre el cumplimiento del PPT.

El informe del Director Gerente del Hospital del Sureste considera que *“la empresa sigue sin definir con precisión las presencias día/turno que ‘se obliga’ por oferta a mantener. Y eso me gustaría se consultase al órgano de contratación/asesor que competa. Creo que hay jurisprudencia anterior en contratación en contra de ofertas del tipo ‘se hará lo que pide el pliego’. Tampoco*

conozco si tras el requerimiento de justificación a la baja temeraria ya formulado se puede hacer otro. Pero sería bueno siempre, que de una vez por todas, detallara las presencias 7 x 365 x turno que formalmente oferta y no se apoye en planteamientos como 'presencia/persona', 'persona precisa para cubrir puesto' etc".

Por su parte el informe de la Directora Gerente del Hospital Infanta Sofía manifiesta que *"En los pliegos, se indican las presencias diarias necesarias en horario ordinario, dejando el reparto en turnos de mañana tarde y noche a las necesidades asistenciales e indicando que para los fines de semana se debe disponer del 70% de la plantilla en cada turno.*

Sin embargo, al revisar la documentación, en la oferta de Analiza, y en relación con los laboratorios periféricos aparece el total de personas y la distribución en presencias, en los turnos de noche de los sábados, domingos y festivos no hay presencias físicas de TEL.

Este aspecto, en mi opinión -y como ya detectamos en su momento- es un incumplimiento ya que deja un vacío y un riesgo importante para Hospitales que tienen que atender urgencias, ingresos, banco de sangre, etc. Los laboratorios periféricos funcionarán las 24 horas del día y todos los días del año, al menos, con presencia física del personal técnico'.

2. Por otro lado, las presencias indicadas para los turnos de mañana y tarde (dado que en noche es cero) suman entre 3 y 6 TEL dependiendo del Hospital, cifras que no alcanzan al 70% de las presencias, necesario en fin de semana en relación con la jornada ordinaria de lunes a viernes.

Adicionalmente, si bien Analiza se compromete al mantenimiento en plantilla de cerca del 99% de los trabajadores, no queda claro, que para que resulte dicho número se suman aritméticamente las presencias de días laborables con las de fines de semana, e incluso con las vacaciones".

Finalmente, el informe del Director Gerente del Hospital Universitario Infanta Cristina concluye que *"el análisis de la documentación facilitada por la Empresa ANALIZA en respuesta a la información solicitada por dichos Expertos para valorar en el Área de RRHH la posibilidad de baja temeraria, se aprecia que con los*

recursos humanos propuestos por el licitador puede dar respuesta al cumplimiento del PPT y las correcciones establecidas por el órgano de contratación. Estando justificada la baja establecida en el apartado de recursos humanos, si bien de forma ajustada y en algún caso con sugerencia de mayor claridad”.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las modificaciones de los Pliegos, que no sean corrección de meros errores materiales, y que se realizan en ocasiones mediante la publicación en el Portal de las correcciones o a través de las respuestas publicada, sin cumplir los requisitos que establece la LCSP. Estas actuaciones pueden motivar la anulación de los Pliegos en el caso de ser impugnados puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.1 de la LCSP, cualquier modificación sustancial conlleva la retroacción de actuaciones.

Además si se produce la modificación, como en este caso, cuando ya se ha agotado prácticamente el plazo de presentación de proposiciones y aunque se amplíe el mismo en aplicación lo previsto en el artículo 136.2, se va a ocasionar, sin ninguna duda, un perjuicio para los licitadores que ya habían presentado su oferta y que deberían proceder a su retirada para modificarla de acuerdo con el Pliego corregido y volverla a presentar.

Por otro lado y como señala la Resolución 27/2015, de 16 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, una modificación sustancial del pliego requiere siempre la apertura de un nuevo plazo de presentación de proposiciones, al menos, *“por el mínimo exigido en el artículo 159.2 TRLCSP”*.

Es decir se tiene que posibilitar que los licitadores presenten de nuevo sus ofertas. En este caso no ha sido así y nos encontramos con la oferta de la adjudicataria que se ha realizado en base unos requisitos que posteriormente se han modificado.

El Tribunal tras el estudio de la documentación del expediente debe concluir que las aclaraciones presentadas suponen cuando menos una reformulación de la oferta, al objeto de acomodarla a las exigencias del Pliego y que incluso admitiendo su contenido, no se concluye fehacientemente que se cumpla lo requerido en el PPT.

Sexto.- En cuanto a la actuación de la mesa de contratación, resulta del contenido del Acta nº6 de 1 de octubre de 2019, que se recibieron tres informes técnicos de valoración *“procedentes de la Gerencia Adjunta de Ordenación e Innovación, solicitados tras un primer informe técnico de fecha 14.06.2019 en el que se solicitaba información adicional a la comercial ANALIZA”*.

Ante esta circunstancia: *“Los miembros de la Mesa consideran inválidos estos tres informes recibidos, acordándose que es necesaria la presentación de un informe único que recoja la valoración correspondiente a la baja temeraria objeto de la Mesa. A este respecto, se consideró que fuera una entidad superior, de la que dependiera la Gerencia Adjunta de Ordenación, la que invalidara los documentos y no los técnicos de la misma”*.

Debe recordarse que la Mesa de Contratación, al objeto de valorar aquellos criterios cuya cuantificación dependan de un juicio de valor, podrá valerse de cuantos Informes técnicos considere oportunos y necesarios. Este criterio debe

aplicarse igualmente al procedimiento de justificación de ofertas anormalmente bajas ya que el artículo 149.4 de la LCSP, establece que deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En ciertas ocasiones, la intervención y el criterio de tales técnicos resulta necesario y vinculante por disposición legal, artículo 146.2 a) LCSP.

Concretamente, en los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática. En tales supuestos, se deberá de nombrar a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

En el resto de supuestos, tal y como reseña el mencionado artículo 146.2 b) de LCSP, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, o la aceptación o rechazo de la oferta incurso en valores anormales, se efectuará por la mesa de contratación, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que estime precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la repetida LCSP.

Ahora bien, en los supuestos en que no existe un comité de expertos, como es el que analizamos, la mesa podrá separarse del criterio técnico emitido, siempre y cuando el Informe técnico de que se trate, no se adecúe a los criterios de adjudicación o si el mismo carece de motivación suficiente o incurre en error técnico o arbitrariedad patente. Asimismo, deberá de motivar convenientemente tal circunstancia.

Este es el criterio, compartido por este Tribunal, que se mantiene en la Resolución número 228/2016 (recurso 188/2016) del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en cuyo Fundamento de Derecho Sexto, se determina: *“Por tanto, la Mesa de contratación, teniendo potestad para solicitar un informe técnico, puede no aprobar el mismo si considera que la valoración realizada no se adecúa a los criterios de adjudicación o si el informe carece de motivación suficiente o si existe error patente o arbitrariedad en algún juicio técnico. Ahora bien, fuera de estos casos resulta difícil que la Mesa de contratación, acudiendo a una Comisión técnica para la emisión de un informe sobre valoración de las ofertas, pueda apartarse del criterio técnico de aquel órgano especializado, cuyo juicio discrecional goza de una presunción de acierto y veracidad, como tan reiteradamente hemos expuesto en nuestras resoluciones”.*

En el caso planteado, la Mesa sin motivar en absoluto su decisión, considera inválidos los informes emitidos, expresión errónea por cuanto no puede invalidar los informes técnicos sino apartarse de su criterio, como hemos visto.

Por lo tanto hay que concluir que su actuación no fue correcta, debiendo haber motivado su decisión y en base a esas razones solicitar un nuevo informe.

En conclusión, teniendo en cuenta todo lo anterior se estima el recurso interpuesto anulando la resolución de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior para que previa exclusión de la UTE Analiza, se adjudique el contrato a la empresa que resulte mejor clasificada.

La estimación del recurso y anulación de la adjudicación hace innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre los restantes motivos de impugnación alegados por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de United Laboratories España S.A., y de Ribera Salud S.A., licitadoras en compromiso de UTE contra la Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica el contrato de “Servicio de laboratorio clínico correspondiente a la población incluida en el área de influencia de los hospitales Infanta Sofía, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Sureste, Henares y el Hospital del Tajo de la Comunidad de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, expediente C.A. 5/2018, anulando la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento para previa exclusión de la UTE Analiza, se adjudique a la empresa que cumpliendo los requisitos del Pliego resulte mejor clasificada.

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

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión producida en aplicación del artículo 53 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos

meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.