

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.S.F., en nombre y representación de Sanatorio Esquerdo, S.A., Clínica Sear, S.A. y SSR Hestia (UTE Hestia), contra la Resolución de adjudicación de los lotes 6 “Unidad Hospitalaria de Cuidados Psiquiátricos Prolongados 145 camas” y 8 “Unidad Hospitalaria de Cuidados Psiquiátricos Prolongados 80 camas” del contrato de servicios públicos de prestación de Hospitalización Psiquiátrica de Media y Larga Estancia a los pacientes beneficiarios del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid, número de expediente: CA 4/2018, dividido en nueve lotes, del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17 y 21 de enero de 2019 se publicó, en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, la convocatoria del servicio para la mencionada prestación sanitaria mediante licitación electrónica a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 148.213.945 euros.

Segundo.- A la licitación se presentaron 6 empresas, entre ellas la UTE recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el 13 de marzo para la apertura pública de los Sobres nº 2, Documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, el 18 de marzo resultan excluidas dos de las empresas admitidas a la licitación, tras comprobar la Mesa que los sobres no contenían ninguna documentación, quedando desiertos los Lotes 3 y 9 por falta de ofertas adecuadas para su adjudicación.

El 25 de abril, comprobada la solvencia de las empresas y de los centros ofertados, así como la idoneidad y disponibilidad de los recursos ofertados, se realizó la apertura de las proposiciones económicas de las empresas admitidas, determinándose que incurrían en baja temeraria las empresas HH.H.SCJ-CA Benito Menni en los Lotes 4, 5 y 7, y UTE Hestia en los lotes 6 y 8. Tramitado el procedimiento previsto para las ofertas anormalmente bajas en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), la mesa de contratación el 29 de mayo a la vista de los informes técnicos emitidos por la Jefa del Área de Contabilidad Analítica y por el Técnico Asistencial concluye que la UTE Hestia no justifica debidamente la oferta presentada excluyéndola de los lotes 6 y 8, a los que se presentó, por incurrir en baja temeraria.

El 23 de julio el Viceconsejero de Sanidad adjudica los lotes 4 a 8 del contrato de Hospitalización Psiquiátrica Prolongada, resultando adjudicatarias de los lotes impugnados 6 y 8, respectivamente, las empresas HH.H.SCJ-CA Benito Menni y la Orden Hospitalaria San Juan de Dios, al quedar excluida la UTE recurrente por no justificar debidamente la baja ofertada en la Clínica Sear y el Sanatorio Esquerdo.

Tercero.- El 6 de agosto de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las empresas que

concurrir en UTE, en el que alega que se ha excluido indebidamente la oferta de la UTE Hestia al haberse justificado la baja ofertada, por lo que solicita que se la admita al procedimiento y en consecuencia se anule la Resolución de Adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al objeto de que se le adjudiquen los Lotes 6 y 8 por ser las ofertas que deben obtener la mayor puntuación conforme a los criterios estipulados en el PCAP. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de contratación.

Cuarto.- El órgano de contratación el 13 de agosto de 2019 remitió copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 de la LCSP. En el informe el órgano de contratación manifiesta que la recurrente no ha justificado la viabilidad de su oferta con los argumentos que se recogen en los fundamentos de derecho, y se pronuncia sobre los perjuicios que va a causar la suspensión del procedimiento.

Quinto.- Mediante Acuerdo de 22 de agosto de 2019, este Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación de los lotes 6 y 8 del contrato de referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y 56 de la LCSP, y 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.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediendo un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

El 27 de agosto en plazo de alegaciones se han recibido escritos del centro San Juan de Dios adjudicatario del lote 8, y de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús adjudicatarias del lote 6, solicitando la desestimación del recurso con los argumentos que se recogen en los fundamentos.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de las recurrentes, que concurren en UTE, para interponer recurso especial al haber sido excluidas sus ofertas a los lotes impugnados, por anormalmente bajas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de personas jurídicas: *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso respecto de las empresas que conforman la unión temporal de empresarios que concurren a la licitación.

Tercero.- El acuerdo de adjudicación del contrato, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al tratarse de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el acto impugnado fue adoptado el 23 de julio de 2019, y publicado el 29 de julio e interpuesto el recurso el 6 de agosto, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto, se concreta en analizar si las ofertas presentadas por la recurrente a los lotes 6 y 8 son viables o no, comprobando si las justificaciones

aportadas por la UTE Hestia a las bajas realizadas, inicialmente incursas en valor anormal o desproporción, son o no satisfactorias en cuanto al bajo nivel de precios o costes propuestos.

En primer lugar interesa destacar que en la tramitación del expediente de contratación se ha seguido lo dispuesto en el apartado 13 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) relativo a las ofertas con valores anormales o desproporcionados y se ha actuado de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP.

La recurrente alega que las tres entidades que conformarían la UTE Hestia unen la solvencia técnica y económica de todas ellas para concurrir a la licitación, prestando el servicio en las instalaciones de dos de ellas (Sanatorio Esquerdo, S.A y Clínica Sear, S.A.), disponiendo de la estructura necesaria para asumir el servicio (las tres entidades disponen de un personal directivo y administrativo suficiente para la asunción del nuevo contrato) y estando perfectamente dimensionadas para la ejecución del contrato sin necesidad de aumentar los costes soportados. Respecto del Lote 6, justificó que a partir de una ocupación del 100% de las camas, se obtendrían unos ingresos de 3.789.430 €. En cuanto a los costes, se procedió al desglose de los mismos en diferentes partidas, tales como personal, aprovisionamientos, alimentación, mantenimiento o reparación de las instalaciones etc., que ascendían a un total de 3.275.128,73 €, lo que permitía un margen de beneficio 514.301,27 €, es decir, del 14%. Para la justificación de la viabilidad de la oferta al Lote 8, partió igualmente de una ocupación del 100% de las camas, obteniendo unos ingresos anuales de 2.112.620 €, fijando los costes en 1.999.104 €, con la obtención de un beneficio de 113.516 €, que asciende al 5%.

Por otra parte el órgano de contratación informa que la Administración no se compromete a derivar un número determinado de pacientes a cada centro concertado, dependiendo las derivaciones de las necesidades asistenciales de cada momento, mientras que los adjudicatarios están obligados a mantener durante toda la vigencia del contrato todos los recursos materiales, técnicos, humanos y de todo tipo que se

establecen en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y en sus ofertas de mejoras, independientemente del número de plazas ocupadas.

Se establece un número máximo de 5 lotes a licitar, con la posibilidad de presentar ofertas integradoras de dos lotes diferentes, y un número máximo de 3 Lotes a adjudicar a cada licitador, con el fin de diversificar los centros y distribuir los recursos en todo el territorio de la Comunidad de Madrid, disponiendo de al menos tres adjudicatarios.

El sistema de selección se realiza en dos fases. En la primera se comprueba la solvencia de las empresas y de los centros ofertados, así como la idoneidad y disponibilidad de los recursos ofertados, que permitan, dada la urgente necesidad de asistencia a los pacientes, iniciar la ejecución del contrato de forma inmediata tras la adjudicación, incluyendo la inspección de los centros por el Equipo de Evaluadores para comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos exigidos y de las mejoras ofertadas, según indica la cláusula 8 del PCAP. En la segunda fase únicamente se valoran las proposiciones económicas de los licitadores admitidos.

El informe económico del órgano de contratación del Área de Contabilidad Analítica analizó la previsión de ingresos y gastos presentados por la recurrente concluyendo que los datos enviados no justifican los gastos totales de la actividad a realizar y los ingresos calculados son superiores a los reales que van a generar con la actividad ofertada, por lo que las ofertas presentadas resultan inviables económicamente. El citado informe mantiene que la UTE plantea un escenario erróneo de máxima ocupación, que es prácticamente imposible, determinando como máximo un 99 por 100 de ocupación; No incluye entre los costes de plantilla mínima el personal de dirección, administración y servicios generales no contratados con empresas externas, aplicando un 30% del coste total del personal el gasto se traduce en 567.989,59 € y 391.931,40 € en los Lotes 6 y 8, respectivamente (en los hospitales psiquiátricos del SERMAS este coste supone el 35%); Y no se han incorporado los costes de amortizaciones y tributos.

Por otro lado, el informe técnico asistencial de la Oficina Regional de Coordinación de Salud Mental observa que mientras que el Sanatorio Esquerdo sí hace referencia la existencia de médicos especialistas en psiquiatría para guardias presenciales, especificando que no representa un coste adicional, no ocurre lo mismo con la Clínica Sear (Lote 6) para el que no hay previsto el mismo servicio, por lo que su inclusión en dicha cartera de servicios implicaría un coste adicional. Se destaca además, que en el listado nominal de esta entidad, figuran cuatro facultativos que coinciden con los aportados para el Sanatorio Esquerdo.

El escrito de alegaciones del adjudicatario del lote 8 manifiesta que la recurrente confunde la regulación de las UTEs, en lo que a su régimen contable se refiere, con el régimen aplicable a la formulación de una oferta económica y su justificación en el seno de un proceso de contratación pública. En este sentido, con independencia de que concurren en unión o individualmente, los costes de personal directivo, de administración y servicios generales son costes directos asociados a la debida ejecución del contrato, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 9.b del PPT, debiendo contemplarse en la oferta, pues de lo contrario, los licitadores que concurrieran en UTE se encontrarían en una situación de privilegio respecto al resto, lo que comportaría una infracción del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 LCSP). Igualmente, resulta indiferente que los centros indicados para la ejecución de las unidades correspondientes a cada Lote cuenten con personal en sus plantillas, sin que sea necesario realizar nuevas contrataciones, puesto que parte de ese personal será destinado a cubrir la ejecución del contrato, además del desarrollo de la normal actividad de los centros, lo que supone un coste adicional y directo que debe contemplarse en la proposición económica de forma justificada. Efectuando la misma alegación respecto a los costes de amortización y de tributos.

En el escrito de alegaciones del adjudicatario al lote 6 se solicita la inadmisión por extemporáneo del recurso, y subsidiariamente que se desestime el recurso por quedar acreditada la inviabilidad de la oferta, estar sujeta la decisión a discrecionalidad técnica, y por considerar erróneas las justificaciones de la recurrente

referidas a los costes de personal y las ventajas de las UTEs.

Como este Tribunal ha mantenido en anteriores Resoluciones el artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 de asesoramiento técnico 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. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

En todo ello se debe resaltar que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes preceptivos emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

La decisión del órgano de contratación se encuentra suficientemente motivada, fundamentada en los argumentos técnicos recogidos en el preceptivo informe de asesoramiento técnico del correspondiente servicio, previsto en el artículo 149.4 de la LCSP, y siguiendo en todo momento lo dispuesto en el PCAP y en la legislación contractual, sin que se hayan apreciado en la valoración de los costes efectuados por el Área de contabilidad analítica y en el del Técnico asistencial los errores alegados por la recurrente en su escrito de interposición.

Por todo lo expuesto este Tribunal, en virtud del criterio de discrecionalidad técnica, considera que debe respetar los resultados de la valoración sobre la no viabilidad de la oferta presentada por la recurrente, que efectúa el órgano de contratación, desestimándose el recurso presentado al no apreciarse vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni en la LCSP, y sin que conste en la decisión impugnada desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación, ni error manifiesto.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.S.F., en nombre y representación de Sanatorio Esquerdo, S.A., Clínica Sear, S.A. y SSR Hestia (UTE Hestia), contra la Resolución de adjudicación de los lotes 6 “Unidad Hospitalaria de Cuidados Psiquiátricos Prolongados 145 camas” y 8 “Unidad Hospitalaria de Cuidados Psiquiátricos Prolongados 80 camas” del contrato de servicios públicos de prestación de Hospitalización Psiquiátrica de Media y Larga Estancia a los pacientes beneficiarios del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid, número de expediente: CA 4/2018, dividido en nueve lotes, del Servicio Madrileño de Salud.

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

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de los lotes 6 y 8 del citado contrato cuyo mantenimiento fue adoptado por acuerdo este Tribunal el 22 de agosto de 2019

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 del LCSP.