

RESOLUCIÓN Nº 63/2023, DE 14 DE SEPTIEMBRE

En la ciudad de Mérida, a 14 de septiembre de 2023, reunida en Pleno la Comisión Jurídica de Extremadura, bajo la presidencia de D. Javier de Manueles Muñoz y con la presencia de los vocales D.ª María José Rubio Cortés, D. José Luis Martín Peyró, D.ª Marina Godoy Barrero y D.ª María Josefa Guerrero Hernández, actuando como letrado-secretario D. Salvador Mateos Sánchez, para examinar y resolver el recurso especial en materia de contratación registrado con el número RC 196/2023, presentado por D. J, en nombre y representación de la mercantil DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L., frente al acuerdo de adjudicación adoptado en el expediente de contratación "ACUERDO MARCO CON UNA ÚNICA EMPRESA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE HEMODIÁLISIS AMBULATORIA Y ACCESOS VASCULARES FAV EN CENTROS DE DIÁLISIS PARA PACIENTES DEL SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD CSE/99/1123009373/23/AM", tramitado por el Servicio Extremeño de Salud.

Ha sido ponente D.ª Marina Godoy Barrero, con el siguiente resultado:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.** Con fecha 14 de agosto de 2023 se ha presentado en el Registro Electrónico de la Junta de Extremadura, dirigido a esta Comisión Jurídica de Extremadura, al amparo de la normativa en materia de contratación, el recurso especial al que se ha hecho referencia en el encabezamiento.
- 2.** Con fecha 16 de agosto de 2023, se da traslado del recurso al órgano de contratación para que, en el plazo de dos días hábiles, aporte la documentación que preceptúa el artículo 80 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su Cuerpo de Letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura, aprobado por Decreto 1/2022, de 12 de enero (en adelante, ROFCJ), en consonancia con lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, y el artículo 56.2 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 (en lo sucesivo, LCSP). La documentación requerida es remitida el día 21 de agosto de 2023.
- 3.** Son de interés para la resolución de este recurso las actuaciones y documentos que a continuación se detallan:
 - Resolución del Director General de Planificación Económica del Servicio Extremeño de Salud (en adelante, SES), de 9 de marzo de 2023, de aprobación, entre otros, del expediente de contratación, del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y del pliego de prescripciones técnicas (PPT).
 - PCAP y PPT.
 - Actas de las sesiones de la Mesa de contratación celebradas el 2 de mayo y el 15 de junio de 2023.

- Informe técnico de valoración de las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicio de valor, de fecha 12 de junio de 2023.
- Solicitud de 29 de junio de 2023, de acceso al expediente presentada por la empresa DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L. (en adelante, DIAVERUM), respecto de la documentación presentada por FRESENIUS MEDICAL CARE EXTREMADURA S.A. (en adelante, FRESENIUS) y AVERICUM S.L. (en adelante, AVERICUM).
- Diligencia de fecha 3 de agosto de 2023, sobre el acceso de la empresa recurrente al expediente.
- Resolución de adjudicación de 24 de julio de 2023, publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PLACSP) el 25 de julio posterior.
- Informe ex artículo 56.2 LCSP del órgano de contratación.

4. Por la Presidencia de este órgano se procede a admitir definitivamente el citado recurso, con fecha 22 de agosto de 2023, dando traslado de esta circunstancia a los interesados en el procedimiento, presentándose alegaciones por parte de FRESENIUS.

5. No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales se concluyó la fase de instrucción del procedimiento con la documentación obrante en el expediente, elevándose propuesta de resolución que, incluida en el orden del día de la sesión plenaria señalada en el encabezamiento, es aprobada por unanimidad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La Comisión Jurídica de Extremadura, actuando como órgano administrativo de resolución de recursos contractuales, es la competente para conocer los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 de la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y por el artículo 58.2 del ROFCEJ, en relación, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone, como ya hemos señalado, frente a la resolución de adjudicación de un acuerdo marco cuyo valor estimado es de 77.284.482,10 €.

A estos efectos el artículo 44 de la LCSP, en su apartado 2, subapartado c) establece que podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: *«Los acuerdos de adjudicación»*.

Previamente el apartado 1 de este artículo 44 señala que: *«Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos».

En consecuencia, el recurso interpuesto tendría la consideración de recurso especial en materia de contratación de conformidad con el citado artículo 44 de la LCSP.

Tercero. En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución impugnada se publica en el perfil del contratante del órgano de contratación alojado en la PLACSP con fecha 25 de julio de 2023, fecha en la que la misma le fue notificada a la recurrente, por lo que el recurso, que

se interpone el día 14 de agosto de 2023, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP que señala, que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará; (...) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento»*, se habría presentado en plazo.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto. Por lo que respecta a la legitimación activa, el artículo 48 de la LCSP dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

La recurrente es una mercantil que, habiendo participado en la licitación, su oferta ha obtenido la tercera mejor puntuación, por lo que considera la misma que, dado que en su recurso impugna determinadas cuestiones que afectan a las dos primeras clasificadas, se encuentra legitimada por cuanto la estimación del recurso determinaría la exclusión de la licitadora que ocupa el segundo lugar y la retroacción del procedimiento para proceder a una nueva valoración de las ofertas, de la que resultaría, según aduce, la adjudicación a su favor.

Debemos detenernos a analizar con detenimiento la cuestión de la legitimación de la recurrente.

DIAVERUM impugna en su recurso la adjudicación efectuada a favor de FRESENIUS, aduciendo los siguientes motivos:

1. La errónea valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, por cuanto el PCAP determina, en relación con la valoración de los mismos, que las ofertas se clasificarán en las categorías de excelente, muy buena, buena o conforme a pliegos, atribuyendo los rangos de puntuación que corresponde a cada categoría en cada uno de los criterios, y describiendo la categoría de excelente como aquella oferta que *“aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores”*. Entiende la recurrente que, según lo expuesto, *“es materialmente imposible que dos o más ofertas reciban simultáneamente dicha calificación- puesto que en tal caso no se superarían recíprocamente y no se cumpliría el requisito esencial para ser calificadas como excelentes conforme a lo exigidos por los propios pliegos rectores de la licitación”*.

En el procedimiento impugnado, en el que concurrieron tres empresas a la licitación, el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, de fecha 12 de junio de 2023, otorga en relación con varios de los criterios la calificación de excelente a dos ofertas simultáneamente, o incluso a las tres de las presentadas.

Concluye DIAVERUM, por tanto, que dicha valoración conculca el PCAP, indicando en un primer momento, al analizar la valoración dada a cada uno de los criterios, que la oferta de las licitadoras que, concurriendo con la suya en la categoría de excelente pero obteniendo menor puntuación en la horquilla de puntos que corresponde a esta categoría, deberían ser valoradas como máximo con la puntuación más alta de la siguiente categoría, muy buena. No obstante, tras dicho análisis, afirma que *“para asignar la puntuación correspondiente a dicho licitador es necesario que se proceda a dicha nueva valoración, dado que no cabría aplicar automáticamente la máxima puntuación correspondiente a la categoría inferior respecto de la indebidamente asignada a cada licitador, por lo que no es posible determinar, a priori, sin que el órgano de contratación realice dicha nueva valoración, la puntuación que le corresponderá a cada licitador y los efectos que dicha puntuación supondría respecto del orden de valoración de ofertas, lo que exige, insistimos,*

dicha retroacción...”, citando doctrina sobre la retroacción de actuaciones en caso de revisión por error material en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

2. Indebida anticipación de la oferta por parte de AVERICUM, al incluir en el sobre 2 información relevante sobre los criterios de adjudicación de valoración automática del sobre 3, alegando que debería haberse excluido a esta licitadora.

3. Finalmente, alega diversos incumplimientos por parte de AVERICUM de requisitos mínimos exigidos en los pliegos, tanto del PPT como del PCAP sobre la adscripción de medios y la aportación de cierta documentación exigida en el mismo para la prestación del servicio, lo que también determinaría la exclusión de esta licitadora.

Por otra parte, la recurrente afirma que no se le ha facilitado acceso a la totalidad del expediente, y solicita que la Comisión Jurídica facilite el acceso a la totalidad de la documentación presentada por FRESENIUS y AVERICUM que no deba ser considerada como confidencial, y se le dé trámite para completar el recurso.

Frente al recurso interpuesto, el órgano de contratación en su informe ex art. 56.2 LCSP aduce la falta de legitimación de la recurrente por cuanto *“la práctica totalidad de la argumentación esgrimida por la mercantil recurrente para fundamentar la pretensión impugnatoria se refiere con exclusividad a la empresa que ocupó el segundo lugar en el proceso de licitación, por lo que su eventual aceptación en nada afectaría a DIAVERUM ni, por supuesto, supondría su conversión en adjudicataria.*

Tampoco la estimación de los hipotéticos errores de puntuación que DIAVERUM alega haberse cometido en la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor conduciría a resultado distinto.

Con independencia de la respuesta que esos pretendidos errores encuentran en los sucesivos apartados de este informe y de que la recurrente únicamente haya citado aquellos en que, según su interpretación, ha sido perjudicada, lo cierto es que en ningún caso la estimación del cómputo que ofrece la recurrente podría salvar la diferencia de puntuación que resultó en el procedimiento licitador entre la oferta de la mercantil adjudicataria (90.30) y la de la ahora recurrente (69.10).

Debe entenderse, por tanto, que DIAVERUM no alega razón alguna cuya eventual estimación pudiera atribuirle finalmente la condición de adjudicatario, lo que le priva de la cualidad de legitimado para la interposición del recurso en el sentido determinado por el artículo 48 LCSP, pretendiendo artificiosamente una improcedente retroacción de actuaciones con la esperanza de encontrar los motivos de impugnación de los que ahora no dispone, lo que debe conducir a su inadmisión”.

El órgano de contratación analizacada uno de los motivos de impugnación y, respecto del primero, argumenta que, conforme al tenor literal de los pliegos, es posible que más de una oferta reciba la categoría de excelente, lo cual no está proscrito en los mismos, y que se encuentran debidamente motivadas en el informe de valoración las razones que justifican el valor adicional muy importante que, respecto del resto, aporta la oferta a la que se otorga tal categoría y que merece la puntuación con la que se valora, dentro de la horquilla de puntos establecida en el PCAP para la misma.

Añade que se ha respetado el principio de igualdad de trato entre los licitadores, pues siendo las soluciones presentadas, aunque con pequeñas variaciones, todas excelentes, han obtenido su puntuación en condiciones de igualdad y que *“Incluso en el caso hipotético de que se considerase el hecho de que las tres ofertas no pueden ser calificadas de “excelente” ello no supondría que solo una de ellas obtendría tal calificación y el resto pasara a la de “muy buena”, sino al ser ofertas semejantes con soluciones válidas todas ellas podrían ser calificadas como “muy buenas”, por lo que, aunque variase la puntuación global no afectaría a la diferencia obtenida entre las empresas, es decir que la nueva valoración que propone la recurrente de los criterios de juicio*

de valor no implicaría, necesariamente, ni una variación en la diferencia de la puntuación otorgada al resto de los licitadores, ni una diferencia de puntuaciones a favor de la recurrente que, por sí sola o incluso con la conseguida si hubiera sido estimado el primer motivo del recurso, hubiera determinado que DIAVERUM hubiera sido propuesta como adjudicataria, moviéndonos pues en el plano de la hipótesis y encontrándonos ante la falta de acreditación de un beneficio cierto, y no probable, a su favor, pues la supuesta irregularidad señalada por la recurrente en ningún caso afectaría a la adjudicación del contrato ni al orden de clasificación de las empresas.”

Y finaliza rechazando que, en este caso, se haya producido un error material en el informe de valoración y que, en caso de que se estimase el recurso, al haberse aperturado el sobre 3 de criterios de valoración automática, lo que procedería es la anulación de la licitación.

Finalmente, FRESENIUS, en su escrito de alegaciones, con una extensa argumentación en la que rebate los motivos de recurso, coincide con la postura del órgano de contratación, analizando cada uno de los criterios sujetos a juicio de valor y haciendo los cálculos que muestran que, ni con la estimación de este motivo de recurso y asumiendo FRESENIUS la puntuación conforme a la interpretación menos favorable a la misma, la oferta de la recurrente superaría a la puntuación que se otorgaría a la suya. Añade que la recurrente no ha cuestionado en ningún momento el juicio técnico del informe de valoración, ni los méritos valorados a las licitadoras por lo que, ante la diferencia de puntuación que, de acuerdo con el juicio técnico de los evaluadores, existe entre las ofertas de las licitadoras, la minoración en la puntuación que correspondiera a las ofertas de FRESENIUS y AVERICUM para encuadrarlas en la categoría de muy buena, debería ir acompañada de la misma minoración en la puntuación de DIAVERUM (con calificación de excelente, pero respetando la diferencia de puntuación que, según los técnicos evaluadores, es la que revisten ambas ofertas en razón de sus méritos -no discutidos por la recurrente-).

Expuestas las posturas de las partes, debemos partir del PCAP, que en su Cláusula 8.1 regula los criterios de adjudicación, estableciendo criterios de adjudicación cuya valoración es automática, a los que otorga una puntuación total máxima de 55 puntos, y otros sujetos a juicio de valoración, que son los siguientes:

“8.1.2.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUYA VALORACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR: HASTA 45 PUNTOS

1.CALIDAD TÉCNICA DE LA PROPUESTA 1.1. Descripción particularizada del servicio 1.2. Funcionamiento del Servicio 1.2.1. Organigrama 1.2.2. Actuaciones de coordinación 1.3. Calidad del Servicio	HASTA 15 PUNTOS HASTA 5 PUNTOS HASTA 5 PUNTOS: Hasta 3 PUNTOS Hasta 2 PUNTOS HASTA 5 PUNTOS
METODOLOGÍA PROPUESTA PARA EL DESARROLLO DE LOS TRABAJOS 2.1. Descripción del planteamiento general de los espacios donde se desarrolla el servicio 2.2. Herramientas metodológicas 2.3. Protocolos de vigilancia de fístulas Herramientas metodológicas Instrumentos 2.4. Sistemas Informáticos	HASTA 14 PUNTOS HASTA 5 PUNTOS HASTA 4 PUNTOS HASTA 3 PUNTOS HASTA 2 PUNTOS

3. PLAN DE FORMACIÓN	HASTA 4 PUNTOS
4. PLAN DE TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTOS	HASTA 4 PUNTOS
5. MEJORAS SUJETAS A JUICIO DE VALOR	HASTA 4 PUNTOS
6. CRITERIOS AMBIENTALES	HASTA 4 PUNTOS

UMBRAL MÍNIMO

Se establece un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación de cada uno de los criterios de valoración de juicio de valor: "Calidad técnica de la Propuesta" y "Metodología propuesta para el desarrollo de los trabajos" para continuar en el proceso selectivo.

2.1.- CALIDAD TÉCNICA DE LA PROPUESTA: Hasta 15 puntos.

Los aspectos que se tendrán en cuenta a la hora de valorar la proposición técnica serán la memoria del servicio y la calidad técnica de la proposición técnica presentada.

2.1.1.- Descripción particularizada del Servicio. Hasta 5 Puntos.

Definición y descripción del servicio: estrategias de entrada a la realización de la prestación y salida de la misma y principios de organización y atención a usuarios y usuarias, con explicación y definición de las actuaciones que llevará a cabo el contratista para la ejecución del servicio.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 5 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a la descripción particularizada del servicio. Hasta 2,5 puntos

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a la descripción particularizada del servicio por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1,25 puntos

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.1.2.- Funcionamiento del servicio. Hasta 5 Puntos

2.1.2.1. Organigrama en el que se detalle la organización de los recursos humanos en relación con la prestación que se va a ejecutar, indicando el personal que intervendrá, categorías profesionales, funciones a desarrollar, responsabilidad, horarios, etc. El equipo profesional propuesto debe contar con la titulación profesional requerida en el pliego de prescripciones técnicas: hasta 3 puntos. Debe tenerse especial precaución en que dicha información revele información correspondiente al Sobre-Archivo 3, en especial en lo relacionado con el criterio 1.2.1.2 Psicólogo/a Clínico y 1.2.1.3. Especialista en nutrición y dietética.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 3 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a los recursos humanos aportados y su repercusión en el funcionamiento del servicio. Hasta 2 puntos

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a los recursos humanos aportados por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1 punto

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.1.2.2. Actuaciones de coordinación interna y externa (con recursos sociales, sanitarios...) indicando profesionales, periodicidad y funciones. Protocolos de derivación y seguimiento de casos: hasta 2 puntos.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 2 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a la coordinación interna y externa y su repercusión en el funcionamiento del servicio. Hasta 1,5 puntos

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a la coordinación interna y externa por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 0,75 puntos

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.1.3. Calidad del Servicio de Hemodiálisis Ambulatoria. Hasta 5 Puntos.

Se valorarán en este apartado aquellos aspectos que la empresa licitadora se comprometa a llevar a cabo durante la realización del servicio para alcanzar y mejorar los niveles de calidad propuestos en el Pliego de Prescripciones Técnicas como la definición de protocolos generales de trabajo y protocolos de abordaje de situaciones de contingencias especiales, operativas de gestión de la calidad y adecuación del tratamiento dialítico, procedimientos que promuevan y garanticen la seguridad de personas, medios materiales y equipamientos, gestión de quejas y sugerencias y la medición de la satisfacción del usuario, etc.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 5 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a la calidad del servicio de Hemodiálisis Ambulatoria. Hasta 3 puntos

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a la calidad del servicio de Hemodiálisis Ambulatoria por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 2 puntos

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.2.- METODOLOGÍA PROPUESTA PARA EL DESARROLLO DE LOS TRABAJOS. Hasta 14 puntos

2.2.1.- Descripción del planteamiento general de los espacios donde se desarrolla el servicio. Hasta 5 Puntos.

Características estructurales y funcionales de los Centros de Diálisis. Se valorarán en este apartado las características estructurales y funcionales de cada Centro de Diálisis no exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (accesibilidad, ubicación, diseño, antigüedad/estado del centro y de las instalaciones, distribución general del centro y superficies, superficie total y por paciente de las salas de tratamiento que estarán disponibles a partir del primer día de ejecución del contrato y a lo largo de la duración del mismo, etc).

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 5 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a las características estructurales y funcionales de los Centros de Diálisis (planta de tratamiento de agua, diseño, controles de calidad, etc). Hasta 3 puntos

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a características estructurales y funcionales de los Centros de Diálisis por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 2 puntos

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.2.2.- Herramientas metodológicas Protocolos de vigilancia de fístulas. Hasta 4 Puntos.

Protocolo de vigilancia de las fístulas A-V. Hasta 4 Puntos.

Se valorará en este apartado el protocolo de vigilancia de las fístulas A-V y manejo del/de la paciente. Este protocolo contemplará las recomendaciones de las Guías de Acceso Vascular vigentes de la Sociedad Española de Nefrología.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 4 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a la vigilancia de las fístulas A-V. Hasta 2 punto.

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a la a la vigilancia de las fístulas A-V por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1 puntos

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos.

2.2.3.- Herramientas metodológicas Instrumentos. Hasta 3 Puntos.

Mejora en las características de los instrumentos/herramientas utilizados para el desarrollo del servicio: monitores, dializadores y suministros

Se valorarán en este apartado la calidad de los monitores, dializadores y del material fungible y suministros para la ejecución del servicio.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 3 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a las características técnicas de los monitores, dializadores y del material fungible y suministros. Hasta 2 puntos

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional relación a las características técnicas de los monitores, dializadores y del material fungible y suministros por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1 punto

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.2.4.- Sistemas Informáticos. Hasta 2 puntos.

Sistemas de información.

Se valorarán en este apartado las características de los sistemas de información para el registro y gestión de la actividad asistencial de los pacientes que supongan una mejora respecto a lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas (dotación, funcionalidades del software de gestión, acceso al mismo por los profesionales del SES, generación de historia clínica e integración de la misma con los sistemas de información del SES, seguridad y acceso a la información, etc.).

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 2 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a los sistemas de información. Hasta 1 punto.

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a los sistemas de información por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 0,50 puntos.

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma

estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.3.- PLAN DE FORMACIÓN . Hasta 4 puntos

2.3.1.- Plan de Formación.

Se valorará el Plan de Formación propuesto en cuanto a iniciativas de formación previstas, categorías profesionales incluidas y contenidos, medios y número de horas previstas.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 4 puntos.

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación al plan de formación. Hasta 2 puntos.

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación al plan de formación por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1 punto.

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.4.- PLAN DE TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO. Hasta 4 puntos

2.4.1.- Plan de transferencia de conocimiento a pacientes / familiares / cuidadores/as.

Se valorará el esfuerzo y capacidad para transferir conocimiento de cuidados a pacientes dializados, familiares y/o cuidadores/as. Se valorarán tanto las medidas formativas, como divulgativas y elaboración de documentación complementaria a tal efecto (acciones, alcance a personas, periodicidad de acciones, cronogramas, protocolos...).

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 4 punto.

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación al plan de transferencia de conocimiento. Hasta 2 puntos.

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación al plan de transferencia de conocimiento por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1 punto.

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.5. MEJORAS SUJETAS A JUICIO DE VALOR. Hasta 4 puntos

2.5.1. Acceso vascular. Creación o reparación de una fav-n fístula arteriovenosa nativa en el propio centro. Hasta 4 puntos.

Se valorará la realización del servicio relativo al artículo 2 Acceso vascular. Creación o reparación de una FAV-n Fístula arteriovenosa nativa, con cumplimiento de las condiciones exigidas en el apartado 3 del PPT en el propio centro de Diálisis, teniendo en cuenta el protocolo y los medios materiales y personales asignados a su realización. Hasta 4 Puntos.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 4 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación a la prestación del servicio del artículo 2 en el propio centro de Diálisis. Hasta 2 puntos.

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación a la prestación del servicio del artículo 2 en el propio centro de Diálisis por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1 punto.

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos

2.6.- CRITERIOS AMBIENTALES. Hasta 4 puntos

2.6.1.- Mantenimiento y gestión ambiental. Hasta 4 Puntos.

Se valorarán en este apartado aquellos aspectos relativos al plan de mantenimiento preventivo y correctivo y a la gestión ambiental prevista por la empresa licitadora que mejore lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas, como protocolos de mantenimiento, frecuencias de realización y recursos materiales y personales asignados, procedimientos que se aplicarán para generar la menor cantidad posible de residuos y asegurar una correcta separación y gestión de los mismos, protocolos de limpieza con diferenciación por zonas en función del nivel de desinfección y descripción de los productos usados en cada una, gestión del agua especialmente el uso de las aguas de rechazo de la ósmosis inversa y la gestión energética respecto a la maquinaria, iluminación y climatización, etc.

La valoración de este criterio se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

Excelente: La solución se valorará como excelente cuando aporte un valor adicional superando comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Hasta 4 puntos

Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante ya sea en la forma de organizar el proceso, las características de la tecnología o las funcionalidades aportadas en relación al mantenimiento y gestión ambiental. Hasta 2 puntos.

Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional en relación al mantenimiento y gestión ambiental por encima de lo exigido en el PPT. Hasta 1 punto.

Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 0 puntos”.

En el informe técnico de valoración de estos criterios, que esta Comisión Jurídica ha podido analizar, se motiva de forma exhaustiva y con detalle las características de la oferta de cada empresa que determinan la puntuación que se otorga en cada uno de los criterios, con el siguiente resultado:

EMPRESAS /CRITERIOS	1. CALIDAD TÉCNICA DE LA PROPUESTA: HASTA 15 PUNTOS			2. METODOLOGÍA PROPUESTA PARA EL DESARROLLO DE LOS TRABAJOS: HASTA 14 PUNTOS.				3. PLAN DE FORMACIÓN: HASTA 4 PUNTOS	4. PLAN DE TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTOS: HASTA 4 PUNTOS	5. MEJORAS SUJETAS A JUICIO DE VALOR: HASTA 4 PUNTOS	6. CRITERIOS AMBIENTALES: HASTA 4 PUNTOS	PUNTUACIÓN TOTAL HASTA 45 PUNTOS.
	1.1. Descripción particularizada del Servicio: hasta 5 puntos	1.2. Funcionamiento del servicio: hasta 5 puntos	1.3. Calidad del servicio de Hemodiálisis Ambulatoria: hasta 5 puntos	2.1. Descripción del planteamiento general de los espacios donde se desarrolla el servicio: hasta 5 puntos	2.2. Herramientas metodológicas Protocolos de vigilancia de fistulas: hasta 4 puntos	2.3. Herramientas metodológicas Instrumentos: hasta 3 puntos	2.4. Sistemas Informáticos: hasta 2 puntos	3.1. Plan de formación: hasta 4 puntos	4.1. Plan de transferencia de conocimiento a pacientes / familiares / cuidadores/as: hasta 4 puntos	5.1. Acceso vacuol, Creación o reparación de una fístula arteriovenosa nativa en el propio centro: hasta 4 puntos.	6.1. Mantenimiento y gestión ambiental: hasta 4 Puntos	
AVERICUM, S.L.	2,50	3,00	3,85	3,50	3,00	2,20	1,00	3,75	3,00	0,40	1,75	27,95
DIAPERUM SERVICIOS RENALES, S.L.	4,90	4,90	4,50	5,00	3,50	2,60	2,00	3,75	3,50	3,00	3,50	41,15
FRESENIUS MEDICAL CARE EXTREMADURA, S.A.	2,85	3,45	3,85	3,75	3,50	2,40	2,00	3,50	4,00	2,50	3,50	35,30

Tras la valoración de los criterios de adjudicación automática, la puntuación total de las tres licitadoras fue la siguiente:

EMPRESAS	TOTAL PUNTOS CRITERIOS JUICIO DE VALOR (HASTA 45 PUNTOS)	TOTAL PUNTOS CRITERIOS AUTOMÁTICOS (HASTA 55 PUNTOS)	TOTAL PUNTOS (HASTA 100 PUNTOS)
AVERICUM, S.L.	27,95	50,08	78,03
DIAYERUM SERVICIOS RENALES, S.L.	41,15	27,95	69,10
FRESENIUS MEDICAL CARE EXTREMADURA, S.A.	35,30	55,00	90,30

De lo expuesto, anticipamos que esta Comisión Jurídica se encuentra de acuerdo con la postura manifestada por el órgano de contratación y la adjudicataria, sobre la falta de legitimación de la recurrente.

En efecto, debemos tener en cuenta diversas circunstancias:

En primer lugar, DIAVERUM fundamenta su recurso en dos grandes cuestiones: la exclusión de la oferta de la licitadora clasificada en segundo lugar, AVERICUM, aduciendo diversos incumplimientos, y la necesaria retroacción del procedimiento para realizar una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio de valor por haberse valorado erróneamente los mismos.

En segundo lugar, en relación con esto último, la recurrente no cuestiona en su recurso los aspectos y características de las ofertas de las licitadoras que los técnicos informantes han considerado meritorios en cada uno de los criterios y subcriterios de valoración, ni el orden de valoración dado a las ofertas en cada uno de los mismos, ni la diferencia de puntuación entre las ofertas de las licitadoras en los referidos criterios, ni alega que se hayan vulnerado los principios de igualdad de trato y no discriminación. La recurrente se limita a realizar una interpretación del PCAP entendiendo que la categoría de excelente únicamente puede otorgarse a una licitadora, con exclusión de las demás. No obstante, tal carácter único y excluyente de la citada categoría no viene establecida en el pliego, auténtica *lex contractus* como tiene reconocida la doctrina y la jurisprudencia, que además recoge, respecto de cada criterio y subcriterio, los diferentes aspectos que se valoran y no una puntuación única a otorgar, sino una horquilla de puntuación para la valoración de los mismos y la modulación de la puntuación que se otorgue en función del nivel de excelencia de la oferta considerada en el criterio concreto. Y, como afirma el órgano de contratación, el informe técnico justifica las características de cada oferta que determinan ese valor adicional que supera, en el aspecto concreto considerado, lo ofertado por el resto.

Por tanto, no se evidencia un error evidente, al no prohibirlo el PCAP y conforme a la configuración del mismo, en la valoración efectuada en el informe relativo a los criterios sujetos a juicio de valor que considera como excelente la oferta de varias de las licitadoras en atención a los aspectos concretos de las mismas – dentro del elenco de los previstos para cada uno de los criterios-, que expresamente se indican y que justifican la categoría y puntuación que se les otorga.

Pero, incluso admitiendo la interpretación dada por la recurrente, y valorando las ofertas con las diferentes opciones que se han planteado en los casos controvertidos, bien calificando todas las ofertas antes en la categoría de excelente como muy buenas, o manteniendo a DIAVERUM, si fuera la de mayor puntuación, en la categoría de excelente y minorando la puntuación de la adjudicataria a fin de otorgarle la puntuación máxima prevista en el rango de puntos otorgado a la siguiente categoría, que es muy buena, tampoco la puntuación que se otorgaría a la recurrente superaría a la de la adjudicataria.

No comparte este órgano las alegaciones de la recurrente sobre la necesidad de realizar una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, lo cual fue puesto de manifiesto, sin motivación alguna, contradiciendo las afirmaciones antes realizadas en su escrito de recurso en las que indicaba que, tras eliminar de la categoría de excelente a la licitadora con menos puntos, procedería encuadrarla en la categoría muy buena y otorgarle la máxima puntuación del rango correspondiente a la misma. En primer lugar, porque, como hemos indicado, no se ha cuestionado la valoración técnica efectuada en el informe, ni la diferencia de puntuación otorgada a cada oferta. En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, entra dentro de lo razonable y lógico entender que, apreciándose por parte de los técnicos que, en cada uno de los criterios valorados, la oferta de las licitadoras sobresale por encima del resto en los aspectos que de cada una se destacan, la consideración de que únicamente una debe ser calificada como excelente conllevaría que la otra u otras, según los casos, que debieran ser eliminadas de tal categoría, se incluyesen en la siguiente categoría y se les otorgase la puntuación máxima. Y, a mayor abundamiento, habría que considerar, como afirman el órgano de contratación y la adjudicataria, que debería respetarse la distancia de puntuación entre las ofertas -lo que no ha sido discutido-, con lo que la minoración de puntos en las ofertas que se excluyesen de la categoría de excelente debiera conllevar la correlativa en la oferta que mantuviese tal categoría; así como que, entre los criterios controvertidos, existen supuestos de empate de puntuaciones en la categoría de excelente entre la recurrente y otra licitadora, y otros en los que DIAVERUM no es la mejor puntuada en tal categoría, lo cual, conforme a su interpretación, conllevaría la minoración de su puntuación.

Finalmente, en cualquier caso, dado que ya se ha abierto y valorado el sobre 3, con la oferta de las empresas valorables de forma automática, la estimación de la pretensión de la recurrente conllevaría, a fin de no vulnerar la necesaria imparcialidad en la valoración de ofertas prescrita en el artículo 146 LCSP, que exige que la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se realice antes de la de los sujetos a valoración automática, no una nueva valoración, sino la nulidad de la licitación.

En conclusión, y conforme a lo analizado, dado que la recurrente no alega incumplimiento alguno por parte de la oferta de la adjudicataria, sino únicamente por parte de AVERICUM, la estimación íntegra de sus pretensiones no determinaría en ningún caso la adjudicación a su favor, puesto que en ningún caso superaría en puntuación a la adjudicataria, FRESINIUS. Por ello, nada induce a apreciar de modo efectivo y acreditado el beneficio cierto, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga, que hipotéticamente obtendría de una estimación de su recurso.

En este sentido, se estima conveniente transcribir, parte del fundamento de derecho cuarto de la Resolución nº 1057/2022, de 15 de septiembre, de la Sección 1ª del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC):

"El Tribunal Constitucional se ha referido al concepto de interés legítimo. Así, en su sentencia 119/2008, de 13 de octubre, fundamento jurídico 4 in fine, declara:

«En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, hemos precisado que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3)».

Destaca la referida sentencia, para que pueda estimarse la concurrencia de un interés legítimo, la

necesidad de que el beneficio que derive de la estimación de la pretensión deducida sea cierto, aunque no sea de contenido patrimonial.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia de 20 mayo de 2008 expone lo siguiente:

«Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997)».

En consecuencia, no resultando posible tener por legitimada a la recurrente para impugnar la adjudicación del contrato, a tenor de lo dispuesto en el apartado 81.4 del ROFCJ, que establece que los motivos de inadmisión también lo serán de desestimación del recurso, y atendiendo al momento procedimental en el que nos encontramos en el que el recurso ha sido admitido, procede la desestimación del mismo.

Determinada la falta de legitimación, no obstante, entendemos pertinente **analizar la solicitud formulada por la recurrente, de acceder a la documentación completa aportada a la licitación por FRESENIUS, a fin de completar su recurso**, pudiendo entenderse, como señala la recurrente para justificar al acceso que, concedido el pretendido acceso y conferido trámite para completar el recurso, DIAVERUM podría alegar posibles incumplimientos por parte de la adjudicataria que pudieran determinar su exclusión, y ello pudiera afectar a su legitimación.

Afirma la recurrente que, al haberse admitido sin motivación alguna por el órgano de contratación, la declaración de confidencialidad realizada por las licitadoras, la documentación a que ha tenido acceso es insuficiente para poder detectar posibles incumplimientos.

Sobre el trámite de acceso al expediente, el órgano de contratación manifiesta que, ante la solicitud de DIAVERUM y en cumplimiento de la normativa aplicable, dado que FRESENIUS había declarado en su declaración responsable que toda la documentación del sobre 2 es confidencial, así como, del sobre 3, el documento "Archivo II bis. Proposición de criterios de valoración cuantificables de forma automática", requirió a la licitadora que especificase la información que considera confidencial, ante lo cual, FRESENIUS contestó lo siguiente:

"- **Documento del Sobre / Archivo 2:** Toda la documentación es CONFIDENCIAL, excepto las siguientes paginas; 98-99-100-101-102-103-104-105-106-107 y 108.

- **Documento del Sobre / Archivo 3:** El documento Archivo II bis. Proposición de criterios de valoración cuantificables de forma automática, es CONFIDENCIAL.

Que dicho carácter confidencial se justifica por las siguientes razones:

- Contiene diseño y disposición de instalaciones, exclusivo de FMC.
- Aporta soluciones técnica diseño exclusivo de FMC.
- Contiene información interna de organización y funcionamiento, así como información asistencial propia de Fresenius Medical Care Extremadura S.A.
- Contiene datos de las instalaciones y nuestros registros e instalaciones internas.
- Contiene procedimientos internos corporativos e información asociada a estos de Fresenius Medical Care Extremadura S.A.
- Contiene iniciativas corporativas exclusivas de Fresenius Medical Care Extremadura S.A. "

El órgano de contratación admitió tal justificación, y en su informe, justifica la adecuación de su actuación, citando doctrina sentada por tribunales de recursos contractuales sobre la necesidad de justificar el derecho de acceso al expediente y la imposibilidad de motivar el mismo con base en la búsqueda de defectos o errores en la oferta del otro licitador.

FRESENIUS, en sus alegaciones, manifiesta que DIAVERUM declaró la confidencialidad de su oferta en un contenido análogo, si no superior, al realizado por ella misma, y cita doctrina que afirma que es contrario a la buena fe pretender obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende.

Procede, por tanto, analizar el marco legal y doctrinal sobre la confidencialidad de las ofertas y el derecho de acceso al expediente.

Para ver si efectivamente el derecho de acceso ha sido respetado correctamente hay que traer a colación el artículo de 52 la LCSP, cuyo tenor literal es el siguiente:

- «1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.
2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.
3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».

Por su parte, el artículo 133.1 de la LCSP dispone lo siguiente:

«Artículo 133 Confidencialidad

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.»

Tales preceptos deben ponerse en conexión con el artículo 56.5 de la LCSP, con arreglo al que:

«El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento»

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), tiene una consolidada doctrina sobre el equilibrio entre los principios de publicidad y defensa, de un lado y el principio de confidencialidad de la oferta, de otro, que esta Comisión Jurídica comparte, y que resume en su Resolución 166/2019, de 22 de febrero, en los siguientes términos:

«A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta. En síntesis, dicha doctrina viene a señalar:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018).

b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo

común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución n° 732/2016).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución n° 393/2016).

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución n° 741/2018)».

Y, en el mismo sentido, la Resolución n° 823/2020, de 17 de julio, de la que destacamos:

«[...]Este Tribunal ha señalado de forma reiterada (por todas, Resolución n° 148/ 2 017) que la justificación ofrecida puede tener carácter confidencial ya que en dicha justificación pueden contenerse datos explícitos sobre procedimientos de gestión, económicos o estratégicos que sean efectivamente los que hacen viable la oferta.

[...]

Este Tribunal considera que dicha declaración se restringe a una parte de su oferta, concretamente aquella que afecta a su metodología y know how, debiéndose así garantizar el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente. Es más, ni la declaración de confidencialidad ni la denegación se han producido de manera genérica o indiscriminada».

Efectivamente, hay que valorar cada caso concreto, y el propio TACRC ha manifestado, en caso de duda o conflicto, la prevalencia del principio de confidencialidad, y así, en su Resolución 196/2016, de 11 de marzo, manifestó que: *«[...]será menester acudir al caso concreto y a la documentación declarada confidencial por el licitador para determinar si se ha guardado un prudente equilibrio en la fijación de la documentación cuyo acceso estará vedado para el resto de los licitadores. (...) si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente».* Afirmando en su Resolución 1367/2022, de 3 de noviembre, que *«La declaración de confidencialidad no vincula al órgano de contratación, que ante una solicitud de acceso debe examinar las proposiciones y determinar si ciertas partes de las mismas, aunque en su caso estén incluidas en la declaración de confidencialidad formulada por un licitador, verdaderamente pueden ser divulgadas sin afectar a secretos técnicos o comerciales de las empresas».*

En este sentido, esta Comisión se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el derecho reconocido en este precepto y cuáles son sus límites en supuestos muy similares en los que se confiere acceso solo a una parte de la documentación, recordando siempre que el acceso al expediente goza de un carácter instrumental y ha de estar al servicio de la defensa del recurrente, cuando se aprecia realmente que la negativa a su acceso le ha generado indefensión, en cuanto no ha podido formular su recurso con todos los elementos de juicio necesarios.

Ciertamente, en nuestro caso, el órgano de contratación asumió de forma acrítica la confidencialidad declarada por las licitadoras, sin motivar tal decisión. Ello nos obliga a analizar si dicha actuación ha limitado el derecho de defensa de la recurrente, causándole indefensión, y

dicha indefensión solo se habrá producido si la denegación de acceso a la totalidad de la oferta de las otras licitadoras estuvo injustificada, o lo que es lo mismo, si la confidencialidad declarada por la adjudicataria no debió quedar amparada por el órgano de contratación.

Para dirimir esta cuestión, debemos poner de manifiesto, en primer lugar, que la justificación ofrecida por FREXENIUS como sustento de la confidencialidad pretendida se basa en las causas contempladas en la normativa y la doctrina expuesta.

En segundo lugar, el informe técnico de valoración está debidamente motivado y detallado, y permite apreciar los elementos de la oferta que han sido determinantes de la adjudicación, al cual se hace referencia, como motivación *in aliunde*, en la resolución de adjudicación, por lo que es conocida por la recurrente, sin que, como hemos argumentado anteriormente, la recurrente cuestione la valoración de la oferta de la adjudicataria, ni de su escrito pueda deducirse que tenga sospecha o certeza de alguna irregularidad en la formulación de aquella.

Por último, la recurrente no ha indicado qué documentos específicos necesita conocer y porqué, y tampoco ha invocado un interés legítimo que lo justifique, más que para poder detectar posibles incumplimientos de las ofertas que justifique su exclusión.

Debemos traer a colación que es doctrina consolidada de los tribunales encargados de la resolución de este tipo de recursos la que afirma que no es posible conceder un derecho absoluto de acceso a las ofertas de los restantes licitadores ni resulta admisible la solicitud de acceso a las mismas con la única finalidad de realizar una revisión a fin de detectar posibles incumplimientos. Así, afirma la Resolución del TACRC 710/2016, de 16 de septiembre:

«Ahora bien, cierto es que la doctrina expuesta no justifica un acceso general a la documentación del sobre 2 para comprobar que no se ha incluido documentación del sobre 3, pues se trata de una facultad del órgano de contratación, respecto de cuyo ejercicio no se plantea principio alguno de prueba de que pueda haber sido realizada de modo incorrecto. Así, ya dijimos en nuestra Resolución 498/ 2016 que "Por otra parte, y en cuanto al acceso de la recurrente a la oferta y en definitiva a documentación técnica de la empresa adjudicataria, debe hacerse una ponderación de intereses entre la confidencialidad que pueda presumirse de los datos que contiene y el interés del recurrente. A estos efectos, señalemos que el interés legítimo en el acceso exige un presupuesto lícito y razonable para su ejercicio: y, en este caso, se pretende el acceso solo para hacer una comprobación de coincidencia entre la oferta en un soporte y otro, sin que del relato de los antecedentes resulte indicio alguno que abone la existencia de una posible irregularidad que pudiera justificar sacrificar el interés del ofertante en el secreto de los datos de su oferta."».

Idéntica postura adopta el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en diversas Resoluciones, por todas, la nº 66/2023, de 17 de abril, *«Téngase en cuenta que el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas no puede obedecer a un mero deseo genérico de búsqueda de defectos o errores en ellas (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), sin concretar el perjuicio para la correcta elaboración de la impugnación que se pretende remediar mediante el acceso."».*

El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, por su parte, afirma en su Resolución 42/2020, de 5 de febrero, *«Dicho esto, y vinculado a lo anterior, es necesario insistir en que el derecho de acceso tiene carácter Instrumental de cara a la fundamentación de las acciones que la recurrente considere necesarias ejercitar en la defensa de sus derechos e intereses legítimos (también por todas, las resoluciones 174/2019 y 9/2019) y no es absoluto – no puede obedecer un*

simple deseo de buscar defectos o errores en el expediente, ni para aclarar las sospechas de la empresa recurrente sobre irregularidades en el procedimiento de adjudicación que ni siquiera se materializan en el recurso-, ya como también reiteró este Tribunal, busca alcanzar el equilibrio necesario entre la confidencialidad de cierta información, dadas sus características especiales, y la limitaciones de esto, tanto desde el punto de vista de la transparencia y la publicidad como, específicamente, del derecho de acceso a la información (en este sentido, las resoluciones 152/2017, 143/2017, 120/2014, entre otros).»

Los mismos pronunciamientos realizan el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en sus Resoluciones nº 184/2018, de 14 de junio, 95/2017, de 12 de mayo, o 329/2016, de 22 de diciembre; el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo nº 105/2020, de 6 de noviembre; la Resolución nº 8/2021, de 15 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia; y la Resolución 85/2020, de 2 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

En conclusión, teniendo en cuenta todo lo expuesto, no podemos considerar que el acceso al expediente, en los términos que fue practicado, haya generado ninguna indefensión a la recurrente, y entendemos que DIAVERUM ha tenido acceso a la información necesaria para fundar adecuadamente su recurso, sin que proceda conceder acceso al resto de la documentación de la adjudicataria por cuanto la oferta técnica puede entrañar secretos profesionales y la recurrente no ha detallado qué documentos concretos o datos específicos contenidos en ella necesita conocer, ni siquiera cuáles no deberían ser confidenciales, ni invoca un interés legítimo que lo justifique.

Por lo anterior, esta Comisión Jurídica de Extremadura, actuando como órgano encargado de resolver los recursos especiales en materia de contratación,

RESUELVE:

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la mercantil DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L., frente al acuerdo de adjudicación adoptado en el expediente de contratación "ACUERDO MARCO CON UNA ÚNICA EMPRESA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE HEMODIÁLISIS AMBULATORIA Y ACCESOS VASCULARES FAV EN CENTROS DE DIÁLISIS PARA PACIENTES DEL SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD" CSE/99/1123009373/23/AM", tramitado por el Servicio Extremeño 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 58.2 de la LCSP.

Tercero. Levantar la suspensión automática producida por imperativo legal.

Cuarto. Notificar esta resolución a todos los interesados en el procedimiento, significando que es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 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 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Diligencia para hacer constar que la presente resolución, fue aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica de Extremadura en sesión ordinaria celebrada el día 14 de septiembre de 2023.

En Mérida, a la fecha de las firmas electrónicas.