



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 676/2024

Resolución nº 855/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 4 de julio de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. G. C. L., actuando en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE SANITARIO contra los pliegos para la *“Contratación del servicio de transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61 en Cataluña”* (número de expediente LICT/99/029/2023/017), en procedimiento convocado por dicha entidad mutualista; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 2 y 3 de mayo de 2024 se convocó licitación pública por procedimiento abierto, para la contratación del servicio de transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61 en Cataluña y se publicaron los pliegos.

Se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 1.948.008,64 euros, estando dividido su objeto en once lotes.

Segundo. La ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE SANITARIO (en adelante, AETRANS-SANI) muestra disconformidad con el criterio de adjudicación 04 establecido en los pliegos, mediante escrito de recurso dirigido a este Tribunal el día 24 de mayo de 2024. El Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCA) -en su Anexo de Condiciones Particulares– dispone al respecto para los lotes 1 a 5:



“04. Bases de operaciones adicionales en distinta ubicación a la solicitada como mínimo en el Lote.

Se valorará con 20 puntos la disponibilidad de contar el adjudicatario con una o diferentes bases de operaciones para la prestación del servicio objeto del contrato, dentro de la provincia del Lote. Su valoración se realizará aplicando la siguiente fórmula:

*20 * (OfrAct)*

OfrAct = Oferta a evaluar.

NOTA: El licitador no deberá tener en cuenta la base requerida como obligatoria y mínima en la provincia del Lote, en el caso de que sea requerida, estipulado en las condiciones del Pliego de Prescripciones Técnicas.

FORMA DE ACREDITACIÓN. A la hora de incluir este criterio en el Portal de Licitación Electrónica de FREMAP: - Se deberá indicar un 1 en el caso de ofertar UNA O DIFERENTES BASES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

- Se deberá indicar un 0 en caso de NO ofertar esta mejora”.

En el recurso fundamenta la ilegalidad de dicha cláusula en los siguientes motivos:

a) La justificación del criterio en la Memoria para la Contratación del servicio de transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61 en Cataluña se limita a la expresión: “Además, se ha introducido como criterio de valoración la posibilidad de ofertar bases adicionales, siendo un criterio de ejecución del contrato, justificado y razonable, para garantizar la adecuada prestación y la calidad de los servicios licitados”, que considera carente de contenido por limitarse a la formulación de una mera hipótesis sin contenido material que infringe el artículo 116.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).



b) El criterio introduce -a juicio de AETRANS-SANI- una cláusula de arraigo territorial al primar a las potenciales licitadoras del territorio, imposibilitando que empresas que no tengan las bases puedan competir con las primeras. Señala que; *“(a) modo ilustrativo de nuestro alegato, nuestras empresas asociadas se verán gravemente agraviadas por este criterio hasta el punto de quedar sin opciones para la adjudicación por el déficit de bases que tienen respecto a las empresas adjudicatarias del contrato de transporte sanitario público de la Generalitat de Catalunya “Contractació de la gestió de serveis de transport sanitari en la modalitat urgent (TSU) i no urgent (TSNU), excepte el territori de l’Aran”, con número de expediente TS/14. Este contrato conlleva que los adjudicatarios dispongan de un gran número de bases propias desplegadas por el territorio de los lotes de los cuales son titulares y que dejan en un plano de desigualdad a las pequeñas y medianas empresas -nuestras asociadas- que conlleva una total pérdida de opciones para resultar adjudicatarias de cualquiera de estos lotes del contrato en cuestión de Fremap”*. Solicita el recibimiento del procedimiento de recurso a prueba sobre este extremo.

c) Considera, finalmente, que el criterio no guarda contenido con el objeto del contrato, y ello porque considera que *“(..) el número de bases en nada afecta a la calidad o eficiencia del servicio se sostiene en el hecho de que las ambulancias no se adscriben bajo un régimen de exclusividad al contrato y, en consecuencia, cuando las ambulancias deban realizar un servicio demandado por Fremap, éstas no saldrán de una base donde estén realizando una espera, sino que se dirigirán a realizar el servicio desde el punto de finalización del anterior servicio. Es una hipótesis incorrecta y es una situación irreal el considerar que la ambulancia sale de una base cada vez que el adjudicatario deba realizar un servicio en el marco de este contrato. Las ambulancias no adscritas en exclusividad a un contrato concatenan servicios de diferentes entidades demandantes de las cuales la empresa titular es adjudicataria y nunca están paradas en una base a la espera de activación para en un servicio; las ambulancias pasan por la base por motivo de finalización de turno de la dotación de personal o por causa de incidencia o contingencia que así lo requiera”*.

Tercero. El órgano de contratación emite informe en el que interesa la desestimación del recurso. En primer lugar, invoca, con carácter general, la discrecionalidad técnica en la fijación de las cláusulas contractuales y, específicamente, en los criterios de valoración.



Considera, en segundo lugar, que está adecuadamente justificada en los términos del artículo 116.4 de la LCSP siendo dirigido la justificación al sector del transporte sanitario y que la exigencia del criterio se justifica por razones de medioambientales y de calidad del servicio, puesto que tal y como se indica en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el adjudicatario deberá realizar el servicio desde: *“La base más cercana al centro FREMAP, cuando el origen del trayecto sea un centro FREMAP. La base más cercana al domicilio del paciente, cuando el origen del trayecto sea el domicilio del paciente”*.

Con relación a la cuestión de “arraigo territorial” considera que no es tal, ya que se trata más bien de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato, relacionado con su objeto y la correcta ejecución, que no hay que cumplir cuando se agota el plazo de presentación de ofertas, sino en el momento previo a la adjudicación del contrato, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. Con cita de la Resolución 60/2018 de este Tribunal, considera el criterio proporcionado. Además, a juicio del órgano de contratación, no se trata de primar la vecindad del operador, sino que los licitadores proporcionen una estructura, al margen del título por la que la dispongan, incluida la subcontratación establecida en el pliego, que les permita ofrecer un servicio en las mejores condiciones con unos medios óptimos para la ejecución.

Igualmente, apunta que los 20 puntos del criterio se asignan por el hecho de tener una base, no hay un reparto proporcional de puntos en función del número de bases aportadas.

Por último, el órgano de contratación entiende que sí que guarda el criterio relación con el objeto del contrato en cumplimiento de los artículos 145.2 y 145.6 de la LCSP, razonando que se aporta una mayor calidad al servicio, como en los tiempos de respuesta en servicios urgentes, poniendo diversos ejemplos.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 30 de mayo de 2024 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. Por resolución del Tribunal de 5 de junio de 2024 se adoptó la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo



57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada, y sin que la medida cautelar afecte al plazo de presentación de ofertas, conforme al artículo 49.4 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal resulta competente en aplicación del artículo 47 de la LCSP.

Segundo. El recurso se dirige contra un acto susceptible de recurso, de acuerdo con el artículo 44.2.a) de la LCSP, como son los pliegos, en el marco de la contratación de unos servicios cuyo valor estimado supera los cien mil euros de conformidad con el apartado 1.a) del mismo artículo.

Tercero. Se formula el recurso por persona legitimada, ya que, considerando sus fines, la Asociación recurrente ostenta la debida legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 48 de la LCSP. Así se corrobora con la lectura del artículo 16 de sus estatutos y ha tenido ocasión ya de reconocer este Tribunal -entre otras- en su Resolución nº 1271/2021, de 29 de septiembre, con relación a dicha Asociación.

Cuarto. El recurso ha sido formulado en el plazo de 15 días fijado en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. La cuestión planteada en el recurso se reduce a la ilegalidad del criterio 04 de los lotes 1 a 5, en los que el medio de transporte de los pacientes es por ambulancia.

Además de la regulación ya reproducida en el Antecedente segundo, el régimen de las bases como medio adscrito al contrato (*base requerida como obligatoria y mínima en la provincia del Lote, en el caso de que sea requerida*) se establece en el apartado 6.1.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas:

"B. BASE DEL VEHÍCULO"

Se considera base del vehículo a aquel local donde puedan pernoctar los vehículos adscritos a la ejecución de los servicios y que asimismo cuente con una estructura administrativa o técnica de apoyo al servicio.

El puesto base deberá tener capacidad para un número de ambulancias, al menos, equivalente al número de ambulancias adscritas al contrato y, por lo tanto, puestas a disposición en la ejecución del servicio.

Condición necesaria:

La empresa adjudicataria deberá disponer como mínimo de una base en la provincia objeto de licitación del lote al que se presente.

Lote 1: Base en la provincia de Barcelona.

Lote 2: Base en la provincia de Barcelona.

Lote 3: Base en la provincia de Barcelona.

Lote 4: Base en la provincia de Lleida.

Lote 5: Base en la provincia de Barcelona.

Cuando se tuviera más de una base en el mismo lote, los vehículos deberán realizar el servicio desde:

☐ ☐ La base más cercana al centro FREMAP, cuando el origen del trayecto sea un centro FREMAP.

☐ ☐ La base más cercana al domicilio del paciente, cuando el origen del trayecto sea el domicilio del paciente".

En concreto, los cinco lotes son los que siguen:



□ Lote 1: Contratación del servicio de transporte de pacientes en ambulancia de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61, en Valles (Rubí + Sabadell): Vallès Oriental, Vallès Occidental, Osona, Berguedà y Bages.

□ Lote 2: Contratación del servicio de transporte de pacientes en ambulancia de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61, en Baix Llobregat y Garraf.

□ Lote 3: Contratación del servicio de transporte de pacientes en ambulancia de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61, en Maresme, excluyendo las poblaciones de El Masnou, Montgat, Teia, Alella y Tiana.

□ Lote 4: Contratación del servicio de transporte de pacientes en ambulancia de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61, en Lleida.

□ Lote 5: Contratación del servicio de transporte de pacientes en ambulancia de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61, en Hospitalet”.

Aunque cada lote tenga una zona de influencia que comprende una o varias comarcas, la base no está vinculada a la zona de influencia, sino a la provincia.

El recurso plantea tres motivos de ilegalidad del criterio de puntuación: a) que carece de justificación en la memoria; b) que es una cláusula de arraigo territorial; y, c) que no está vinculado al objeto del contrato. Por razones sistemáticas no va a seguirse este orden, sino que cabe analizar los tres motivos, conjuntamente, al existir una íntima conexión entre ellos según se razona a continuación.

El órgano de contratación defiende: “(p)ues bien, a juicio de este poder adjudicador esta afirmación no se sostiene, no puede considerarse como una cláusula fundada en el arraigo territorial, sino que se aproxima más a un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato, estrechamente relacionado con el objeto y la correcta ejecución del mismo, que no condiciona ni limita la posibilidad de concurrir a la licitación, ya que no se exige a los licitadores contar con la base adicional en el momento de publicarse la licitación



ni de presentar la oferta, sino que se exige en el momento previo a la adjudicación al contrato y únicamente respecto del licitador propuesto como adjudicatario". A raíz de esta premisa, efectúa diversos razonamientos.

Sin embargo, no puede compartirse tal afirmación pues, siendo cierto que el criterio de valoración de la base adicional no condiciona ni limita la posibilidad de concurrir a la licitación, es o puede ser determinante del resultado de la licitación, pues se valora con 20 puntos y, en consecuencia, puede generar un trato diferenciado no justificado entre licitadores en función de su implantación territorial.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal sobre cláusulas de arraigo territorial, como se afirma en la Resolución 910/2023, de 6 de julio: *"Sobre las cláusulas de arraigo territorial este Tribunal se ha pronunciado en repetidas ocasiones y las ha declarado ilegales siempre que se hayan impuesto como condiciones de solvencia técnica o como criterios de adjudicación. En otras ocasiones, previa su justificación en el expediente, las hemos admitido como compromiso (para los licitadores) de adscripción de medios, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad, no resulte contrario al principio de proporcionalidad y la acreditación de la posesión del medio material sólo se exija al que se haya propuesto como adjudicatario (resolución 301/2020, de 27 de febrero de 2020, resolución nº 1888/2021, de 22 de diciembre de 2020 y resolución 895/2022, de 14 de julio de 2022, entre otras muchas)".*

A la luz de la doctrina expuesta, debe estimarse el recurso en este punto. Como se desprende de la Resolución trascrita, la exigencia de que el adjudicatario disponga de instalaciones en una determinada ubicación puede resultar conveniente, o incluso necesaria para la adecuada ejecución del contrato. Pero no se advierte ventaja alguna en que esta disponibilidad se incluya como un criterio de adjudicación y no como una exigencia de adscripción de medios al adjudicatario del contrato; por el contrario, en este caso se produce una evidente vulneración del principio de igualdad de trato con respecto a aquellos licitadores que, no disponiendo de las instalaciones, ni pudiendo disponer de ellas en el periodo de licitación (en tanto ello le supondría contraer obligaciones más o menos onerosas y que, de no resultar adjudicatario, devendrían inútiles), podrían acceder a ellas una vez les fuera adjudicado el contrato. De este modo, tal y como sostiene la parte actora



y a diferencia de cuanto defiende el órgano de contratación, este Tribunal concluye que la cláusula impugnada contiene un arraigo prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

Además, en dicha Resolución 910/2023 se alude a la previa justificación de la regla en el expediente como requisito previo para su admisión circunstancia que la Asociación recurrente asimismo cuestiona -acertadamente, cabe adelantar-. En efecto, se invoca la falta de justificación del criterio de adjudicación en cuestión. Ciertamente, el artículo 116.4.c) de la LCSP dispone que: *"4. En el expediente se justificará adecuadamente: [...] c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato (...)".*

Pues bien, en el presente caso, no se ofrece una mínima justificación de este, dado que en el expediente sólo consta -al respecto- la alusión en la memoria justificativa ya reproducida en el Antecedente segundo y que, en su informe al recurso, reitera considerándola más que suficiente. Así las cosas, de ninguna manera puede entenderse justificada la elección del criterio impugnado porque -como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (recurso nº 2757/2009), en la interpretación del artículo 202.1 del Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [trasunto del vigente artículo 116.4.f) de la LCSP, en lo referente a la insuficiencia de medios]-: *«(e) precepto utiliza el verbo "justificar", que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa probar una cosa con razones, testigos o documentos; y dicho verbo es completado en su significado por el adverbio "debidamente", por lo que expresión utilizada por el Legislador significa que aquello que se trata de probar (la necesidad de contratación externa) ha de serlo de forma cumplida, suficiente.*

Como puede apreciarse, la exigencia del artículo 202.1 de que se "justifique debidamente" que concurren determinadas circunstancias de hecho, cuya existencia es presupuesto para poder contratar, va más allá de lo que ordinariamente se entiende como el deber de "motivar" determinadas actuaciones de la Administración; y ello, no solo porque el precepto habla de "justificar" y no de "motivar o motivación", sino porque a dicho verbo le acompaña el adverbio debidamente, lo que indica que no basta con que se haga explícita referencia



a que se dan los supuestos de hecho de la norma, sino que además es preciso que tales supuestos de hecho queden acreditados de manera suficiente.

El precepto exige la existencia de una prueba cumplida de la concurrencia de unos hechos, que es más rigurosa, de lo que se entiende ordinariamente por motivación, y que, en consecuencia, impide que se apliquen determinados remedios que en ocasiones sustituyen o evitan la anulabilidad de una motivación insuficiente.

La exigencia de esa justificación debida constituye el requisito previo necesario para que la Administración pueda ejercer una potestad administrativa de contratar (el propio TRLCAP es bien expresivo de esta diferencia, al exigir en el artículo 202.1 la "justificación debida" de que concurren unos hechos, en tanto que por ejemplo en su artículo 103.3º exige que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos detallen la fórmula o sistema de revisión de precios aplicable, si bien como excepción admite que en "resolución motivada", podrá establecerse la improcedencia de la mencionada revisión de precios)».

Tal interpretación, que resulta extrapolable no sólo a la letra f) del vigente artículo 116.4 de la LCSP sino a todas las demás, lleva a concluir que -en el presente caso- no se ha justificado adecuadamente el criterio de adjudicación recurrido, lo que conlleva la quiebra de la letra c) de dicho precepto y, en consecuencia, que deba ser invalidado.

Finalmente, corresponde abordar la pretendida falta de vinculación con el objeto contractual del aludido criterio, cuestión ligada a la justificación del mismo por cuanto que -de haberse explicado en los pliegos o en otra documentación preparatoria del contrato y conocido las razones que propiciaron tanto su elección como su configuración-, ello hubiese servido de pauta para analizar si tal vinculación existe, así como para medir su proporcionalidad y necesidad que excluya toda discriminación; ante la omisión de esa justificación y la invocación por la Asociación actora, como último motivo del recurso, la vulneración de los artículos 145 de la LCSP -y, por extensión, el 146 en relación con los artículos 1.1 y 132 de la misma-, una vez sentado que el criterio impugnado alberga un arraigo territorial, de cara a una nueva redacción de los pliegos, cabe recordar cuáles son los cuatro requisitos que, según una jurisprudencia reiterada, deben reunir las medidas

nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: i) que se apliquen de manera no discriminatoria; ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general; iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen; y, iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Es decir, en los casos en que los pliegos recogen algún criterio de arraigo territorial, es preciso que se justifique en el expediente estos cuatro requisitos (Resoluciones nºs 1526/2019, de 26 de diciembre, o 1253/2022, de 13 de octubre).

No obstante, con la escasa información de que dispone este Tribunal aprecia *a priori* que el criterio de adjudicación del contrato pudiera no estar vinculado con su objeto al sólo incidir claramente en los servicios no programados (que el órgano de contratación identifica como urgentes en su informe al recurso), pero sin conocer cuál es la frecuencia de estos y su importancia frente a los programados. Por otro lado, el criterio no distingue en función de cada uno de los cinco lotes y atiende únicamente a la ubicación de la base o bases adicionales en la respectiva provincia, cuando el ámbito territorial de cuatro de ellos (los emplazados en la provincia de Barcelona) se observa una distancia considerable entre ellos, lo que se compadece mal con el argumento de pronta respuesta que esgrime el citado órgano en su informe para avalar -tardíamente- su utilización. A ello se une la falta de proporción en la asignación de puntuación pues, según relata aquél, obtendría los 20 puntos en liza se ofrezca tanto una base adicional como ocho.

En suma, procede estimar el recurso interpuesto ordenando la anulación del criterio de adjudicación 04 establecido en el Anexo de Condiciones Particulares del PCA para los lotes 1 a 5, así como la retroacción del procedimiento al momento anterior de la aprobación de los pliegos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. G. C. L., actuando en representación de la



ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE SANITARIO contra los pliegos para la *“Contratación del servicio de transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61 en Cataluña”* (número de expediente LICT/99/029/2023/017), en procedimiento convocado por dicha entidad mutualista, que deberá proceder conforme a lo expuesto en el último Fundamento de Derecho de la presente Resolución.

Segundo. Alzar la suspensión provisional del procedimiento de contratación.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES