



Recurso nº 1162/2016 C.A. Región de Murcia 99/2016

Resolución nº 42/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, 20 de enero de 2017

VISTO el recurso interpuesto el 7 de diciembre de 2016 por D. F.J.A.C., en nombre y representación de la mercantil AVERICUM, S.L.U. por medio del cual impugna los Pliegos rectores del procedimiento de contratación de la *"gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para las Áreas V, VI y IX de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia"*, promovido por el Servicio de Obras y Contratación de la entidad pública Servicio Murciano de Salud, (expediente CSP/9999/1100730474/16/PA), este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La entidad pública Servicio Murciano de Salud, por medio de su Servicio de Obras y Contratación, convocó mediante anuncio publicado – entre otros medios- en el BORM nº 268, de 18 de noviembre de 2016 la licitación del contrato de gestión de servicio público denominado *"gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para las Áreas V, VI y IX de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia"*, (expediente CSP/9999/1100730474/16/PA), procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato calculado conforme al art 88 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de 46.000.495,48 euros y un plazo de duración de cinco susceptible de prórroga anualmente hasta un máximo de diez años, incluidos los cinco iniciales.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del



Sector Público, tratándose de un contrato administrativo de gestión de servicio público mediante la modalidad de concierto conforme a los arts. 8 y 277 c) de la Ley 3/2011.

Tercero. Mediante escrito presentado el 7 de diciembre de 2016 en el Registro de este Tribunal, D. F.J.A.C, en nombre y representación de la mercantil AVERICUM, S.L.U. interpone recurso especial en materia de contratación, contra los Pliegos por los que se rige la licitación del contrato de gestión de servicio público denominado *“gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para las Áreas V, VI y IX de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*, promovido por el Servicio de Obras y Contratación de la entidad pública Servicio Murciano de Salud, (expediente CSP/9999/1100730474/16/PA).

Cuarto. El recurso interpuesto fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del RDL 3/2011 presentado el 5 de diciembre de 2016 ante el órgano de contratación.

Quinto. Se ha remitido al Tribunal el expediente administrativo así como con fecha 19 de diciembre de 2016 se ha emitido por el órgano de contratación el informe previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCS).

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 22 de diciembre de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se concedía la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCS y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 4 de octubre de 2012 y publicado en el BOE de 12 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurrente, es la mercantil AVERICUM, S.L.U quien, a pesar de lo que afirma, no es licitadora en el procedimiento de contratación regido por los Pliegos que impugna, pues como consta en el expediente remitido a este Tribunal, no se han llegado a presentar ofertas, a lo que hay que añadir que desde la impugnación se encuentra suspendida la citada licitación. Ahora bien, esta circunstancia no es óbice para aceptar la legitimación para recurrir de AVERICUM, S.L.U, pues atendiendo al objeto del contrato en relación con el propio objeto social de la mercantil recurrente, se constata que se trata de un potencial licitador y por tanto que tiene un interés legítimo suficiente digno de protección que le habilita para impugnar los Pliegos.

En efecto, el objeto del contrato consiste en la gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria, a determinados enfermos beneficiarios de la asistencia sanitaria del Servicio Murciano de Salud, y el objeto social de la recurrente comprende la gestión y explotación de hospitales, clínicas, instalaciones y centros de salud, en especial relacionados con la diálisis y el tratamiento de la insuficiencia renal para la atención y cuidado de enfermos y otras personas que requieran hospitalización, tratamiento médico, rehabilitación, o asistencia sanitaria de cualquier naturaleza.

Tercero. El acto que es objeto de recurso son los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas de la licitación del procedimiento de contratación: *“gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para las Áreas V, VI y IX de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*, y en concreto los motivos de la impugnación son la infracción de los principios rectores de la contratación administrativa, tales como los principios de libertad de acceso a las licitaciones (conurrencia), publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos recogidos en los arts. 1 y 150 del TRLCSP, infracción que se denuncia al analizar diversos criterios de adjudicación.

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.a) y 40.1.c) del TRLCSP los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato administrativo de gestión de servicios es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando concurran determinados requisitos.

Sobre este punto el órgano de contratación informa que el recurso debería ser inadmitido tal como hizo este Tribunal ante un caso prácticamente idéntico en la Resolución nº 695/2014 de 23 de septiembre, con ocasión de la impugnación de los pliegos de otra licitación de gestión del servicio público de hemodiálisis del Servicio Murciano de Salud, por el mismo recurrente. En aquella ocasión el motivo de inadmisión se basó en que conforme a lo previsto en el art. 40.1.c) del TRLCSP, el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, no era superior a 500.000 euros. En el presente caso se alega la misma circunstancia, pero aunque concurra sin embargo, debe tenerse en cuenta la influencia sobre esta materia de la nueva regulación de los contratos de gestión de servicios públicos (concesión) contenida en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y cuyo plazo de transposición al derecho interno español venció el pasado 18 de abril de 2016.

Pues bien, de conformidad con la citada Directiva los contratos de concesión, a los que hay que equiparar los de gestión de servicios público como el que nos ocupa en este recurso, se consideran sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior, según la actualización realizada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, a 5.225.000 euros (según el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE eran 5.186.000 euros). La sujeción a la citada Directiva conlleva entre otros efectos el sometimiento a las garantías jurídicas como la que supone quedar en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratos, conforme al art. 46 de la propia Directiva 2014/23/UE.

Por otra parte, el efecto directo de la Directiva aplica a los expedientes de contratación que se aprueben con posterioridad a la fecha en que finaliza el plazo de transposición, tal como ocurre en el presente caso, aplicando el criterio propio de la disposición transitoria primera del TRLCSP: *“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”*.

En consecuencia, el criterio para definir la admisibilidad del recurso especial establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, referido al concepto de gastos de primer establecimiento y duración, ahora debe entenderse superado y sustituido por el del valor estimado del contrato con los límites señalados en la Directiva 2014/23/UE.

En el presente caso a la vista del valor estimado del contrato, previsto en 46.000.495,48 €, debe entenderse que se supera el umbral ahora previsto en la Directiva 2014/23/UE, y que por tanto procede admitir el presente recurso especial como cauce idóneo para revisar las posibles irregularidades que se denuncien por los interesados.

En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 7 de diciembre de 2016, y dado que es en esa misma fecha cuando se publica la licitación en el perfil del contratante poniendo a disposición de los interesados los Pliegos, no cabe duda que el recurso se interpone dentro de plazo.

Quinto. En el informe remitido por el órgano de contratación se pone de manifiesto la intención de proceder de inmediato a desistir del procedimiento de licitación, aunque hasta el momento no se ha aportado el correspondiente acuerdo, por lo que no constando dicha forma de terminación del procedimiento unido al hecho de que según las propias alegaciones del órgano de contratación, el futuro desistimiento estaría motivado por causas ajenas a las alegaciones del recurrente, de forma que no se excluye volver a publicar los pliegos con las mismas cláusulas que ahora censura el recurrente, originando en su caso un nuevo recurso ante este Tribunal, se estiman motivos suficientes para que se aborden las cuestiones de fondo planteadas anticipando el criterio de este Tribunal y en su caso evitando una nueva impugnación que obstaculice el devenir normal de la licitación.

Pues bien, el recurso se basa en la impugnación de una serie sub-criterios de adjudicación cuantificables por juicio de valor, sobre la base de que en su formulación en los Pliegos no se contiene un desarrollo o explicación suficiente de los aspectos a valorar en cada uno de esos sub-criterios, de forma que el licitador desconoce al tiempo de formular su oferta como va a ser realmente valorado quedando su fijación en manos del órgano de contratación en un momento posterior a la presentación y apertura de las ofertas, y con ello se vulnerarían los principios de libertad de acceso a las licitaciones (conurrencia), publicidad y transparencia de

los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos recogidos en los arts. 1 y 150 del TRLCSP.

Cabe adelantar, que el recurrente, inducido por la terminología del propio pliego, trata con carácter general de forma indebida como mejoras lo que son realmente sub – criterios de adjudicación referidos a contenidos o aspectos concretos, con independencia de que se contenga o no los elementos y la forma de valorar en cada caso. Con ello, el recurso trae a colación la doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales sobre la indefinición de las mejoras en los pliegos, olvidando que en el presente caso no es que el Pliego al fijar los criterios contenga uno que genéricamente diga que se valorarán las mejoras que se presenten con X puntos, dejando abierto el tipo de mejoras que cada licitador pueda presentar o su relación directa con el objeto del contrato sin más explicación, sino que el Pliego lo que contiene son sub-criterios en los que se identifica o delimita el aspecto de la oferta que va a ser valorado, aunque no se extienda sobre el método o modo de valorarlo.

Ahora bien, al margen de que como se ha dicho no estemos en la mayoría de los casos propiamente ante “mejoras”, sino ante aspectos previstos específicamente en los pliegos, que no constituyen un plus a las prestaciones del contrato sino elementos necesarios para las prestaciones del contrato, ello no obsta a que el grado de concreción exigible a los pliegos, es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, pudiendo ponderar o interpretar cuando el citado grado de concreción cumple con las exigencias de los principios de la contratación del sector público a la vista de la Jurisprudencia que, sobre las Directivas de contratación en esta misma materia, emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como este Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones (Resoluciones 900/2014, de 5 de diciembre de 2014; 389/2014, de 19 de mayo; 87/2011, de 23 de marzo, ó 212/2013, de 5 de junio), el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los Pliegos de manera que

sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

Siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), este Tribunal ha elaborado una reiterada doctrina contraria al establecimiento y aplicación en las licitaciones públicas de criterios de valoración o coeficientes de ponderación no previstos en los Pliegos. Así, en la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto Alexandroupulis, se concluyó que: “El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

Y se añade en la Resolución 304/2014, de 11 de abril, en referencia a la citada sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, lo siguiente:

“Ello no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone: ‘32 En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

— no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;

— *no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*

— *no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores'.*"

La aplicación de la jurisprudencia indicada al presente caso, requiere distinguir que en el PCAP se han articulado dos tipos de criterios de adjudicación: por una parte y bajo el apartado I, Criterios cuantificables de forma automática con un máximo de 57 puntos, y por otra parte bajo el apartado II, Criterios cuantificables por juicio de valor con un máximo de 43 puntos. El recurrente impugna algunos de estos últimos criterios, aunque a juicio de este Tribunal se encuentran suficientemente descritos y ponderados y, asimismo, desglosados en subcriterios a los que se asigna a su vez su propia valoración, explicando en la mayor parte de los casos cuáles son las cualidades a tener en cuenta para la valoración. Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática.

Expuesto lo anterior procede analizar cada una de los criterios de adjudicación que se impugnan en el recurso.

En primer lugar se impugna el sub-criterio de adjudicación que bajo el apartado II. 3, Régimen de funcionamiento (Máximo 10 puntos), se titula:

"Protocolos de procedimientos asistenciales y no asistenciales (Máximo 2 puntos)", y que se describe así:

"Se evaluarán protocolos referentes a actuaciones asistenciales y de protección medioambiental".

En segundo lugar se impugnan dos sub-criterios de adjudicación que bajo el apartado II. 2, Instalaciones del Servicio Ofertado (Máximo 15 puntos), se titulan:

"- Distribución General del Centro (Máximo 5 puntos),

- *Sala de Hemodiálisis (Máximo 5 puntos).*

Se evaluará el número de puestos, dimensiones de las salas, equipamientos eléctricos, de climatización, accesos."

En tercer lugar se impugnan tres sub-criterios de adjudicación que bajo el apartado II. 1, Equipamiento y materiales para el servicio ofertado (Máximo 15 puntos): se titulan:

"- Planta de agua (Máximo 5 puntos).

Serán evaluadas en este apartado la situación, sistema de depuración, pre-tratamiento y tratamiento del agua.

El recurrente pone en duda ya no solo el método de valoración de este sub-criterio, sino el propio sub-criterio de adjudicación ya que argumenta que coincide lo exigido como obligatorio y necesario como una prestación del contrato en el PPT y lo descrito como sub-criterio de adjudicación en el PCAP.

- *Monitores de hemodiálisis (Máximo 5 puntos).*

- *Material de equipamiento sanitario y no sanitario (Máximo 5 puntos)*

En este apartado se evaluarán dializadores, suministro de ácido, material fungible."

Estas descripciones impugnadas se estiman por este Tribunal ajustadas a derecho en la medida en que permiten que en su día se formule una valoración, que se ajuste a los requisitos de la STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio que ha sido transcritos antes, y de esta forma se cumple con los requisitos mínimos de legalidad exigibles, ya que la calificación que en su día se hiciera de cada oferta debidamente motivada sobre estos elementos cumpliría los requisitos de objetividad, transparencia e igualdad de trato de los candidatos de los arts. 1 y 150 del TRLCSP, haciendo posible una fiscalización ulterior de la discrecionalidad técnica empelada en su aplicación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.J.A.C., en nombre y representación de la mercantil AVERICUM, S.L.U. por medio del cual impugna los Pliegos rectores del procedimiento de contratación de la *"gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para las Áreas V, VI y IX de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia"*, promovido por el Servicio de Obras y Contratación de la entidad pública Servicio Murciano de Salud, (expediente CSP/9999/1100730474/16/PA).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.