



Recurso nº 287/2020 C. A. Región de Murcia 18/2050

Resolución nº 568/2020

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

En Madrid, a 30 de abril de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.R.G., en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), contra el anuncio de licitación y contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) del procedimiento para la contratación de la prestación del “*servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para los pacientes que residan en el ámbito de la Áreas de Salud I, III, IV, V, VI, VII, IX de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (3 lotes)*”, con expediente CSE/9999/1100931334/19/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE de 19 de febrero del corriente año y en la Plataforma de Contratación del Sector Público al día siguiente, licitación para la adjudicación del contrato arriba referido, con un Valor total estimado, IVA excluido de 39.867.606.20 euros.

Segundo. Estando disconforme con los citados Pliegos de la contratación, de acuerdo con el artículo 50 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en fecha 5 de marzo del año en curso se presentó, ante este Tribunal, por vía electrónica, escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación, en el que se aducía lo siguiente:

- Los pliegos configuran un contrato de servicios sucesivos por precio unitario, pero estableciendo un sistema de fijación y pago del precio que no es conforme con el mismo,



en cuanto que como tal contrato los pliegos habrían de establecer un precio unitario por servicio o unidad de ejecución del servicio: esto es, un precio unitario por sesión diaria (o por sesión horaria -si se estimara que esa es la unidad de ejecución-) de oxigenoterapia con cilindro, un precio unitario por sesión diaria (o por sesión horaria -si se estimara que esa es la unidad de ejecución-) de BIPAP, etc. Y en lugar de eso, el PCAP no contiene tal previsión, sino que establece (cláusula 3.1, párrafo primero) lo que denomina “*precio unitario de base capitativa*” o “*cápita*”, de manera que: (i) el pliego establece una “*cápita*” o “*precio unitario de base capitativa*” máximo de licitación (5,05 euros), debiendo ofertar los licitadores una “*cápita*” igual o inferior; (ii) el precio que se abonará al contratista será el resultado de: multiplicar la “*cápita*” que ofertó por la población protegida (número de personas con Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud), y sumar o restar a ese importe un ajuste por el incremento o decremento de terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica) y un ajuste por la mejora en la adherencia al tratamiento de CPAP/BIPAP (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica) y (iii) el precio así calculado se abonará a mes vencido por importe de la doceava parte.

- El artículo 309.1 LCSP es infringido por el pliego impugnado pues el precio unitario que establece, la *cápita*, no se ha fijado por unidad de ejecución, sino por persona de la Región de Murcia (“*población protegida*”), es decir, por cada persona de Murcia que sea titular de la Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud: las personas con Tarjeta Individual Sanitaria no son unidades de ejecución del servicio; son potenciales destinatarios del servicio (ni siquiera son los efectivos destinatarios), pero no unidades de ejecución del servicio.

- Adicionalmente, con este sistema capitativo o de precio por “*cápita*” se está transfiriendo al contratista el riesgo de demanda del servicio: un riesgo de demanda que podríamos llamar inverso (si lo comparamos, por ejemplo, con una concesión de autopista de peaje), pues, dado que el contratista ha de prestar todos los servicios (sesiones diarias de las diferentes técnicas o terapias) que se le requieran y que únicamente puede cobrar la *cápita* (resultado de multiplicar ese importe fijo por la población protegida), cuanto mayor sea la demanda del servicio (cuanto mayor sea el número de sesiones diarias de las diferentes técnicas o terapias que haya de realizar)



menor será el precio efectivo que percibirá por cada una de ellas y, por ende, la real y efectiva contraprestación que obtiene (no solo porque ese importe –cápita multiplicada por población protegida– haya de dividirse entre un mayor número de servicios, sino porque cada sesión diaria supone un coste que ha de soportar el contratista y que, por ende, disminuye la contraprestación real y neta del contratista). De manera que nos encontramos con que, en el presente caso, que es un contrato de servicios (no de concesión de servicios), se está trasladando o transfiriendo al contratista el riesgo de demanda y, con ello, el riesgo operacional, lo que conforme ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (así, en Resolución nº 945/2017) no es conforme a derecho en el contrato de servicios.

- Esta indebida transmisión del riesgo de demanda al contratista en modo alguno se ve neutralizada por el denominado “*ajuste por número de terapias anuales*”, a que alude la cláusula 3.1 del PCAP y que desarrolla la Memoria Económica, la cual fija este denominado “*ajuste*” de modo que en caso de incremento de número de terapias de hasta un 5% respecto del año anterior no se hace ningún ajuste en el precio de la cápita, con lo que el riesgo de demanda hasta ese porcentaje es íntegro para el contratista. En los intervalos siguientes de incremento de número de terapias respecto de las del año anterior, se establece un ajuste en el precio de la cápita que representaría únicamente entre un 30 o 40% del incremento de las terapias, con lo que el contratista asume la parte sustancial y mayoritaria del riesgo de demanda. Y esto es aún más acentuado en el caso de incrementos en número de terapias de más de un 12,1% respecto del año anterior.

Y, conforme advierte la Directiva 2014/23/UE (con base en la jurisprudencia comunitaria, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, asunto C-348/10) para que se entienda que hay transferencia de riesgo operacional no es necesario que se transfiera la totalidad del mismo al contratista, sino que basta con que se le transmita una parte sustancial del mismo (de hecho, así lo advierte ese TACRC ya en su Resolución 515/2015).

- Además, ese “*incremento en el número de pacientes/terapias/año atendidos sobre el año anterior*” se calcula tomando la variación entre el número de terapias del segundo año anterior al del ejercicio al que se va a aplicar la cápita “*ajustada*” y el del año anterior



a dicho ejercicio (es decir, al “ajustar” la cápita o precio per cápita que se aplicará para pagar el precio en el año 2021 se atenderá a la variación entre el número de terapias año a pacientes atendidos en 2019 y en número de terapias año a pacientes atendidos en 2020), disponiendo el pliego que en el primer ejercicio (2020) no se aplicará ese sistema y no se podrá “ajustar” la cápita. De lo que resulta que: (i) que lo que se infiere de tal fórmula es que, para fijar la “cápita” que el pliego establece como precio máximo de licitación (que es de 5,05 euros), no se ha tomado en cuenta el incremento de terapias que en 2020 se va a producir necesariamente respecto de las prescritas en 2019, con lo que el presupuesto o precio de licitación que se establece ha sido calculado y fijado dejando fuera un porcentaje (como mínimo de un 12%, teniendo en cuenta los datos medios que se manejan para toda España) de la prestación a efectuar (de los servicios a realizar a cargo del contratista), lo que determina una infracción del art. 102.3 de la LCSP que obliga al órgano de contratación a fijar el presupuesto de licitación de acuerdo con el precio general de mercado de la prestación que constituye el objeto del contrato, cuya extensión ha debido fijarse con precisión (y acierto) por mandato del artículo 28.1 de la LCSP. (ii) que ese desfase se irá acumulando año tras año, con lo que siempre habrá una anualidad que la Administración se ahorrará tener en cuenta para ajustar la cápita al incremento que se haya producido de las terapias año a pacientes (si el contrato finaliza en 2.024, el incremento de terapias de ese año no se tomará en cuenta para esa mínima y tangencial variación de la cápita).

- Los criterios de adjudicación vulneran lo dispuesto en los art. 116.4 y 145.5 de la LCSP al no estar debidamente justificados en el expediente de contratación y atentar contra los principios de transparencia y publicidad. Esto último, el denunciado atentado a los aludidos principios por indeterminación y falta de concreción de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

Tercero. En fecha 13 de abril del corriente año, fue emitido el informe del órgano de contratación a que alude el art. 56 LCSP. En él se razona, en lo que afecta a la alegación de que el sistema de fijación y pago del precio establecido por los pliegos no es conforme con el contrato de servicios sucesivos por precio unitario configurado por los mismos, que dicho sistema ha sido valorado como conforme a derecho por diversas Resoluciones de este Tribunal y por Tribunales de Justicia. Concretamente, afirma que hay que



remontarse al expediente CSP/9999/1100732403/16/PA para la contratación del servicio para la realización de las prestaciones sanitarias de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para los pacientes que residan en el ámbito de la comunidad autónoma de la Región de Murcia, pliegos que fueron impugnados tanto por FENIN, como por las empresas LINDE MÉDICA, S.L.U. y AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L.U., recursos que fueron acumulados en un único expediente y resueltos por el TACRC mediante su resolución 679/2017, de 27 de julio, y en la que se estimaba parcialmente estos recursos por cuanto declaraba nulos 3 de los 7 criterios de adjudicación evaluables conforme a juicios de valor (principalmente por una cuestión de indeterminación o por falta de vinculación con el objeto del contrato) y que afectaba a los criterios B4 “*Seguridad y salud laboral*”, B5 “*Conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, y B6 “*Incorporación personal en situación riesgo exclusión o víctimas del terrorismo*”; igualmente se declaró no conforme a derecho el apartado 26 de aquel PCAP relativo a las “*Condiciones especiales de transitoriedad*”.

Siendo que a la vista de lo acordado por este Tribunal, se redactó un nuevo Pliego, omitiendo en él lógicamente tanto los criterios de adjudicación ya invalidados como la cuestión de la cláusula de transitoriedad, pero manteniendo en esencia la cuestión del cálculo del presupuesto y la aplicación de la cápita, cuestiones que fueron dadas por válidas por el TACRC por cuanto fueron impugnadas expresamente por aquellos recursos, y este segundo Pliego con número CSP/9999/1100812267/17/PA, que como se ha dicho no era sino el sucesor del anterior con las adaptaciones marcadas por el TACRC, fue nuevamente objeto de recurso por FENIN, recurso que vino casi a reproducir literalmente las mismas cuestiones ya planteadas en el recurso anterior y que fueron rechazadas como hemos visto por el TACRC, si bien en este caso, el Tribunal no entró al análisis de las cuestiones de fondo puesto que el recurso fue inadmitido por extemporáneo, según Resolución 246/2018, de 16 de marzo.

Este segundo expediente, si bien se continuó con su tramitación, finalmente de los 4 Lotes que lo conformaban, 3 de ellos fueron declarados desiertos y solo uno fue adjudicado, y la Resolución del SMS declarando desiertos tales Lotes fue a su vez impugnada ante el TACRC por los licitadores FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ACCIONA



HEALTH CARE SERVICES, S.L., recursos que fueron desestimados mediante Resolución nº 346/2019, de 29 de marzo.

Así nos encontramos con que el actual expediente CSE/9999/1100931334/19/PA sobre el que versa este nuevo recurso interpuesto por FENIN, no es sino el nuevo Pliego tramitado para adjudicar aquellos tres lotes declarados desiertos en el año 2019.

Por otra parte, viene a indicar el órgano de contratación que las distintas Resoluciones dictadas por este Tribunal antes mencionadas, han venido siendo sistemáticamente impugnadas por estas entidades ante la jurisdicción contenciosa-administrativa teniendo a la fecha el siguiente resultado:

- Sentencia nº 119/2019, de 8 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, a raíz del recurso contencioso-administrativo presentado por AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L.U. contra la Resolución del TACRC nº 679/2017, de 27 de julio, Sentencia que respecto del citado expediente CSP/9999/1100732403/16/PA sólo anula la Cláusula 10 del PCAP que se refiere el régimen de facturación y la forma de pago establecida en el Pliego.
- Sentencia nº 514/2019, de 15 de noviembre de 2019, dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, a raíz del recurso contencioso-administrativo presentado por FENIN contra la Resolución del TACRC nº 679/2017, de 27 de julio, que resuelve la cuestión referente al cálculo del presupuesto, la aplicación de la cápita y la no acomodación del presupuesto a los precios de mercado, y advirtiendo que el órgano de contratación abandona este expediente a raíz de la Resolución del TACRC que anulaba ciertos criterios de adjudicación, la Sala acuerda *“Desestimar por pérdida de objeto el recurso deducido por la mercantil Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27/7/2017”*.
- Sentencia nº 132/2019, de 3 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº5 de Murcia a raíz de un recurso contencioso-administrativo presentado esta vez por AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L.U. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas del contrato "Servicios de



terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (4 lotes)" convocado por el Servicio Murciano de Salud con número de referencia de expediente CSP/9999/1100812267/17/PA, en la que el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 vuelve a entrar al fondo del asunto y concluye declarando *la nulidad de dichos actos por no ser conformes a derecho únicamente en cuanto a la indeterminación del precio por la forma de facturación según lo razonado en el fundamento tercero (el subrayado es nuestro), sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas procesales*”; es decir, que lo que se vuelve a anular en vía judicial, es en concreto la Cláusula 10 sobre el régimen de facturación y la forma de pago establecida. Esta Sentencia fue recurrida por el SMS ante la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Murcia, dictándose sentencia nº 40/2020, de 31 de enero, de 2020 que lo que vino es a ratificar lo fallado por el citado Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5.

Así pues, concluye el órgano de contratación, en relación con este primer motivo de impugnación, existen pronunciamientos firmes sobre la legalidad en cuanto a la determinación del presupuesto y la validez del empleo del sistema por cápita.

Cuestiona, a continuación, el informe, la denunciada indebida asunción del riesgo de explotación por el contratista, con invocación de la Resolución 125/2020 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, así como de la circunstancia de que otros contratos similares al que nos ocupa fueron analizados por el TACRC, sin que se objetara su consideración como contratos de servicios como se ve en sus resoluciones nº 575/2019, de 23 de mayo; nº 1127/2019, de 4 de noviembre o la Res. nº 85/2019, de 28 de febrero, ésta del Tribunal de Recursos de la Comunidad de Madrid; así como, en fin, del dato, que eliminaría ese riesgo, y es que, al depender la facturación de las empresas del número de servicios realmente ejecutados, que sí pueden oscilar en función de las derivaciones acordadas del personal del Servicio Murciano de Salud, sino del número de la población protegida que es más estable, su incertidumbre se reduce enormemente.

Y, en fin, rechaza también, con los argumentos que son de ver en el mismo, las alegaciones de que no está debidamente justificada en el expediente la elección de los criterios para la adjudicación y que, en todo caso, los mismos habría que considerarlos



como indeterminados y con falta de concreción, vulnerando de este modo el principio de transparencia que exige informar a los licitadores de cuáles son los criterios que van a ser objeto de valoración y su ponderación. Con referencia, en cuanto a la denuncia de indeterminación y falta de concreción de los criterios de adjudicación, que son reproducción de los declarados conforme a derecho por las Resoluciones administrativas y judiciales que se ocuparon de la impugnación de los precedentes pliegos.

Cuarto. El 15 de abril de 2020, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 46 de la LCSP, así como del correspondiente Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, suscrito el 4 de octubre de 2012.

Segundo. Se impugnan los pliegos que han de regir el contrato de servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para los pacientes que residan en el ámbito de la Áreas de Salud I, III, IV, V, VI, VII, IX de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (3 lotes) -expediente CSE/9999/1100931334/19/PA-, recurribles conforme a los artículos 44.1 a) y 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 48 de la LCSP, de acuerdo con el cual *“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, FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) como asociación empresarial que aglutina a las empresas de tecnología sanitaria, debe considerarse, a priori, que tiene interés en que la licitación que nos ocupa se desarrolle conforme a la legalidad de forma estricta, pues cualquier



desviación que pueda acometerse respecto a ésta tiene incidencia en sus empresas asociadas, que son licitadoras y/o potenciales licitadoras en este expediente.

Cuarto. El recurso, dadas las fechas indicadas en sede de antecedentes de hecho como de publicación del anuncio de licitación y de presentación del escrito de interposición, debe considerarse interpuesto en el plazo que al efecto fija el art. 50 LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo, como se ha apuntado, comienza la asociación recurrente denunciando que los pliegos impugnados configuran un contrato de servicios sucesivos por precio unitario, pero estableciendo un sistema de fijación y pago del precio que no es conforme a derecho, en cuanto que como tal contrato los pliegos habrían de establecer un precio unitario por servicio o unidad de ejecución del servicio: esto es, un precio unitario por sesión diaria (o por sesión horaria -si se estimara que esa es la unidad de ejecución-) de oxigenoterapia con cilindro, un precio unitario por sesión diaria (o por sesión horaria -si se estimara que esa es la unidad de ejecución-) de BIPAP, etc.. Y en lugar de eso, el PCAP no contiene tal previsión, sino que establece (cláusula 3.1, párrafo primero) lo que denomina “*precio unitario de base capitativa*” o “*cápita*”, de manera que:

- (i) el pliego establece una “*cápita*” o “*precio unitario de base capitativa*” máximo de licitación (5,05 euros), debiendo ofertar los licitadores una “*cápita*” igual o inferior;
- (ii) el precio que se abonará al contratista será el resultado de multiplicar la “*cápita*” que ofertó por la población protegida (número de personas con Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud), y sumar o restar a ese importe un ajuste por el incremento o decremento de terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica) y un ajuste por la mejora en la adherencia al tratamiento de CPAP/BIPAP (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica); y
- (iii) el precio así calculado se abonará a mes vencido por importe de la doceava parte.

Al respecto, el PCAP establece, en efecto, lo siguiente:

“3.1. El Presupuesto Base de Licitación del presente contrato asciende a la cantidad total de 26.578.404,13 €, estando exento de IVA en virtud del art. 20.1.2 de la Ley 37/1992 del



Impuesto sobre el Valor Añadido, siendo el valor estimado la cifra de 39.867.606,20 €, calculado conforme determina el artículo 101 LCSP, habiéndose tenido en cuenta los precios habituales en el mercado y referido al momento del envío del anuncio de licitación; el precio viene formulado en términos de precio unitario (base capitativa), según determina el artículo 309 LCSP.

Para calcular la tarifa de licitación por ciudadano protegido se utiliza la calculada por la Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, en su informe de 13 de julio de 2016, incrementándola con el 3,2 % correspondiente al IPC acumulado entre agosto de 2017 y junio de 2019 según el Instituto Nacional de Estadística, sobre el importe de la cápita de 4,89 euros del anterior contrato, resultando 5,05 euros.

El precio anual del contrato es el resultado de multiplicar el precio de la cápita ofertada por el adjudicatario por la población protegida según datos de Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud, con los ajustes por número de terapias anuales y por la mejora de las adherencias a la CPAP/BIPAB actualizadas al alza o a la baja según corresponda, conforme a las fórmulas establecidas en la MEMORIA ECONOMICA que forma parte del presente expediente.

En todo caso, el precio unitario de cada servicio tiene la consideración de precio máximo, siendo excluidos aquellos licitadores que en sus proposiciones económicas superen dicho precio unitario, pudiéndose incrementar el número de servicios a efectuar hasta el porcentaje del 10 por 100 del precio del contrato, artículo 301.1 LCSP.

Asimismo, no tendrán la consideración de modificaciones la variación que se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio del contrato, artículo 309.1 LCSP”.

Ciertamente, el art. 309 LCSP dispone que “1. El pliego de cláusulas administrativas establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su



descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato”.

Pues bien, el PCAP dice haber optado por el sistema de determinación del precio consistente en el precio unitario, lo que al parecer de la recurrente no es el caso, porque, siempre según su entender, para que de precio unitario se tratara debería establecerse un precio unitario por sesión diaria u horaria de cada uno de los tratamiento y no, como es el caso, lo que se denomina “*precio unitario de base capítativa*” o “*cápita*” que el precio que se abonará al contratista será el resultado de multiplicar la “*cápita*” que ofertó por la población protegida (número de personas con Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud), y sumar o restar a ese importe un ajuste por el incremento o decremento de terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica) y un ajuste por la mejora en la adherencia al tratamiento de CPAP/BIPAP (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica).

Lo primero que ha de decirse es que, a criterio de este Tribunal ese ajuste que se hace al resultado de multiplicar la cápita ofertada por la adjudicataria por la población protegida, mediante la suma o resta al resultado de tal operación del incremento o decremento de terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior, supone referir la cápita a los pacientes atendidos.

Y sentado ello, no puede este Tribunal compartir el criterio de la recurrente de que no pueda el precio unitario referirse a pacientes atendidos y deba serlo a sesiones diarias u horarias de terapia, puesto que así descompuesto el precio unitario, siempre podría



afeárselo, hasta una reducción al absurdo, que si se refiriera a días de terapia debiera haberse hecho a sesión diaria y así sucesivamente.

Se entiende así, que un precio referido a paciente (repetimos, mediante el ajuste, según incremento o decremento del resultado de multiplicar la cápita por población protegida, de las terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior) es en efecto un precio unitario referido, como exige el art. 309 LCSP a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo.

A lo dicho debe añadirse, como razona el informe del órgano de contratación, que el cuestionado sistema de fijación y pago del precio establecido por los pliegos ha sido valorado como conforme a derecho por diversas Resoluciones de este Tribunal, que se han ocupado de la impugnación de los Pliegos, de cuya anulación parcial y resultado de desierto traen causa los aquí impugnados, y por Tribunales de Justicia en las Sentencias que han ultimado los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra tales Resoluciones de este Tribunal, o directamente contra los Pliegos (citadas en sede de hechos).

Sexto. El siguiente motivo de recurso a los pliegos es que con el sistema capitolativo o de precio por “*cápita*” que utilizan, se transfiere al contratista el riesgo de demanda del servicio: un riesgo de demanda que podríamos llamar inverso, pues, dado que el contratista ha de prestar todos los servicios (sesiones diarias de las diferentes técnicas o terapias) que se le requieran y que únicamente puede cobrar la cápita (resultado de multiplicar ese importe fijo por la población protegida), cuanto mayor sea la demanda del servicio (cuanto mayor sea el número de sesiones diarias de las diferentes técnicas o terapias que haya de realizar) menor será el precio efectivo que percibirá por cada una de ellas y, por ende, la real y efectiva contraprestación que obtiene. De manera, dice, que nos encontramos con que, en el presente caso, que es un contrato de servicios (no de concesión de servicios), se está trasladando o transfiriendo al contratista el riesgo de demanda y, con ello, el riesgo operacional, lo que conforme ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (así, en Resolución nº 945/2017) no es conforme a derecho en el contrato de servicios.



Afirmando el recurrente que esa indebida transmisión del riesgo de demanda al contratista en modo alguno se ve neutralizada por el denominado “ajuste por número de terapias anuales”, a que alude la cláusula 3.1 del PCAP y que desarrolla la Memoria Económica, la cual fija este denominado “ajuste” de modo que en caso de incremento de número de terapias de hasta un 5% respecto del año anterior no se hace ningún ajuste en el precio de la cápita, con lo que el riesgo de demanda hasta ese porcentaje es íntegro para el contratista. En los intervalos siguientes de incremento de número de terapias respecto de las del año anterior, se establece un ajuste en el precio de la cápita que representaría únicamente entre un 30 o 40% del incremento de las terapias, con lo que el contratista asume la parte sustancial y mayoritaria del riesgo de demanda. Siendo así que, conforme advierte la Directiva 2014/23/UE (con base en la jurisprudencia comunitaria, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, asunto C-348/10) para que se entienda que hay transferencia de riesgo operacional no es necesario que se transfiera la totalidad del mismo al contratista, sino que basta con que se le transmita una parte sustancial del mismo (de hecho, así lo advierte ese TACRC ya en su Resolución 515/2015).

Además, se añade que ese “incremento en el número de pacientes/terapias/año atendidos sobre el año anterior” se calcula tomando la variación entre el número de terapias del segundo año anterior al del ejercicio al que se va a aplicar la cápita “ajustada” y el del año anterior a dicho ejercicio, disponiendo el pliego que en el primer ejercicio (2020) no se aplicará ese sistema y no se podrá “ajustar” la cápita. De lo que resulta que para fijar la “cápita” que el pliego establece como precio máximo de licitación (que es de 5,05 euros), no se ha tomado en cuenta el incremento de terapias que en 2020 se va a producir necesariamente respecto de las prescritas en 2019, con lo que el presupuesto o precio de licitación que se establece ha sido calculado y fijado dejando fuera un porcentaje (como mínimo de un 12%, teniendo en cuenta los datos medios que se manejan para toda España) de la prestación a efectuar y ese desfase se irá acumulando año tras año, con lo que siempre habrá una anualidad que la Administración se ahorrará tener en cuenta para ajustar la cápita al incremento que se haya producido de las terapias año a pacientes.



Séptimo. La metodología como viene descrita en la memoria económica a la que se remite la cláusula 3.1 PCAP dice así:

“Se mantiene la base metodológica utilizada anteriormente en la memoria económica para determinar el presupuesto del contrato, actualizando, únicamente:

1. La población protegida por el Servicio Murciano de Salud con datos de junio de 2019, utilizando como fuente la última información disponible en el Portal de Inteligencia de Negocio del Servicio Murciano de Salud.

	ÁREA I	ÁREAIII	ÁREA IV	ÁREA V	ÁREA VI	ÁREAVII	ÁREAIX
POBLACIÓN	257.578	179.490	69.703	60.886	256.978	203.665	53.875

2. La tarifa de licitación por persona protegida, incrementándola con el 3,2 % correspondiente al IPC acumulado entre agosto de 2017 y junio de 2019 según el Instituto Nacional de Estadística, sobre el importe de la cápita de 4,89 euros del anterior contrato; resultando, tras el redondeo de decimales, de 5,05 euros.

3. La estimación de la actividad, basándonos en el registro de pacientes con terapias respiratorias domiciliarias del Servicio Murciano de Salud.

TERAPIAS ACTIVAS	AREA
	I
Aerosolterapia alto flujo	52
Aerosolterapia convencional	156
Otra aerosolterapia	4
Aspirador de secreciones	35
BIPAP	200
CPAP	5636
AutoCPAP	8
Oxígeno líquido	107



<i>Oxigenoterapia con botella</i>	15
<i>Oxigenoterapia con concentrador</i>	756
<i>Oxigenoterapia con concentrador portátil</i>	45
<i>Pulsioxímetro</i>	26
<i>Ventilación mecánica</i>	270
<i>Asistente de tos</i>	30
TOTAL DE TERAPIAS	7.340

TERAPIAS ACTIVAS	AREA
	III
<i>Aerosolterapia alto flujo</i>	42
<i>Aerosolterapia convencional</i>	165
<i>Otra aerosolterapia</i>	2
<i>Aspirador de secreciones</i>	23
<i>BIPAP</i>	211
<i>CPAP</i>	3538
<i>AutoCPAP</i>	4
<i>Oxígeno líquido</i>	75
<i>Oxigenoterapia con botella</i>	10
<i>Oxigenoterapia con concentrador</i>	768
<i>Oxigenoterapia con concentrador portátil</i>	40
<i>Pulsioxímetro</i>	18
<i>Ventilación mecánica</i>	22
<i>Asistente de tos</i>	10
TOTAL DE TERAPIAS	4.928

TERAPIAS ACTIVAS	AREA
	IV
<i>Aerosolterapia alto flujo</i>	6
<i>Aerosolterapia convencional</i>	77
<i>Otra aerosolterapia</i>	2



<i>Aspirador de secreciones</i>	9
<i>BIPAP</i>	45
<i>CPAP</i>	1680
<i>AutoCPAP</i>	2
<i>Oxígeno líquido</i>	106
<i>Oxigenoterapia con botella</i>	11
<i>Oxigenoterapia con concentrador</i>	548
<i>Oxigenoterapia con concentrador portátil</i>	29
<i>Pulsioxímetro</i>	3
<i>Ventilación mecánica</i>	62
<i>Asistente de tos</i>	7
TOTAL DE TERAPIAS	2.587

TERAPIAS ACTIVAS	AREA
	V
<i>Aerosolterapia alto flujo</i>	16
<i>Aerosolterapia convencional</i>	28
<i>Otra aerosolterapia</i>	2
<i>Aspirador de secreciones</i>	7
<i>BIPAP</i>	20
<i>CPAP</i>	535
<i>AutoCPAP</i>	2
<i>Oxígeno líquido</i>	50
<i>Oxigenoterapia con botella</i>	8
<i>Oxigenoterapia con concentrador</i>	243
<i>Oxigenoterapia con concentrador portátil</i>	10
<i>Pulsioxímetro</i>	4
<i>Ventilación mecánica</i>	7
<i>Asistente de tos</i>	2
TOTAL DE TERAPIAS	934



TERAPIAS ACTIVAS	AREA
	VI
<i>Aerosolterapia alto flujo</i>	38
<i>Aerosolterapia convencional</i>	253
<i>Otra aerosolterapia</i>	4
<i>Aspirador de secreciones</i>	33
<i>BIPAP</i>	147
<i>CPAP</i>	5408
<i>AutoCPAP</i>	25
<i>Oxígeno líquido</i>	96
<i>Oxigenoterapia con botella</i>	47
<i>Oxigenoterapia con concentrador</i>	749
<i>Oxigenoterapia con concentrador portátil</i>	45
<i>Pulsioxímetro</i>	27
<i>Ventilación mecánica</i>	109
<i>Asistente de tos</i>	23
TOTAL DE TERAPIAS	7.004

TERAPIAS ACTIVAS	AREA
	VII
<i>Aerosolterapia alto flujo</i>	29
<i>Aerosolterapia convencional</i>	96
<i>Otra aerosolterapia</i>	2
<i>Aspirador de secreciones</i>	35
<i>BIPAP</i>	236
<i>CPAP</i>	4770
<i>AutoCPAP</i>	12
<i>Oxígeno líquido</i>	81
<i>Oxigenoterapia con botella</i>	32
<i>Oxigenoterapia con concentrador</i>	733
<i>Oxigenoterapia con concentrador portátil</i>	30



<i>Pulsioxímetro</i>	30
<i>Ventilación mecánica</i>	42
<i>Asistente de tos</i>	12
TOTAL DE TERAPIAS	6.140

TERAPIAS ACTIVAS	AREA
	IX
<i>Aerosolterapia alto flujo</i>	5
<i>Aerosolterapia convencional</i>	151
<i>Otra aerosolterapia</i>	2
<i>Aspirador de secreciones</i>	10
<i>BIPAP</i>	117
<i>CPAP</i>	1324
<i>AutoCPAP</i>	7
<i>Oxígeno líquido</i>	63
<i>Oxigenoterapia con botella</i>	7
<i>Oxigenoterapia con concentrador</i>	237
<i>Oxigenoterapia con concentrador portátil</i>	10
<i>Pulsioxímetro</i>	12
<i>Ventilación mecánica</i>	57
<i>Asistente de tos</i>	3
TOTAL DE TERAPIAS	2.005

El precio anual del contrato será el resultado de multiplicar el precio de la cápita ofertada por el adjudicatario por la población protegida según datos de Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud, con los ajustes por número de terapias anuales y por la mejora de las adherencias a la CPAP/BIPAB actualizadas al alza o a la baja según corresponda, conforme a las siguientes fórmulas:

4.1 AJUSTES POR NÚMERO DE TERAPIAS ANUALES PRECIO ANUAL DEL CONTRATO = (Precio per cápita ofertado x Población protegida) ± ajuste por número de terapias realizadas en el año anterior (el total de todas las terapias).



El ajuste por incremento o decremento de pacientes atendidos tendrá lugar como se indica en la presente tabla:

<i>AJUSTE POR NÚMERO DE TERAPIAS REALIZADAS EN EL AÑO ANTERIOR</i>	
<i>INCREMENTO EN EL PORCENTAJE DE PACIENTES CON CPAP O BIPAP/AÑO QUE CUMPLEN LAS 4 HORAS DE TRATAMIENTO/DIA, POR ENCIMA DEL 60% DEL TOTAL DE PACIENTES EN TRATAMIENTO CON CPAP O BIPAP</i>	<i>AUMENTO EN EL PRECIO ANUAL DEL CONTRATO</i>
<i>≤ 5%</i>	<i>NO SE INCREMENTA</i>
<i>ENTRE 5,01% y EL 7%</i>	<i>2%</i>
<i>ENTRE 7,01% y EL 9%</i>	<i>3%</i>
<i>ENTRE 9,01% y EL 12%</i>	<i>4%</i>
<i>MAS DEL 12,1%</i>	<i>5%</i>
<i>DECREMENTO EN EL PORCENTAJE DE PACIENTES CON CPAP O BIPAP/AÑO QUE CUMPLEN LAS 4 HORAS DE TRATAMIENTO/DIA, POR DEBAJO DEL 60% DEL TOTAL DE PACIENTES EN TRATAMIENTO CON CPAP O BIPAP</i>	<i>DISMINUCIÓN DEL PRECIO ANUAL DEL CONTRATO</i>
<i>≤ 5%</i>	<i>NO SE MODIFICA</i>
<i>ENTRE 5,01% y EL 7%</i>	<i>2%</i>
<i>ENTRE 7,01% y EL 9%</i>	<i>3%</i>
<i>ENTRE 9,01% y EL 12%</i>	<i>4%</i>
<i>MAS DEL 12,1%</i>	<i>5%</i>

Número de pacientes/ terapias/ año: es el sumatorio de las altas de cada mes en cada terapia menos las bajas de ese mes sumadas mes a mes, hasta completar el año, desde el primer mes de la puesta en marcha del contrato en el año anterior hasta el doceavo mes, de esa secuencia de doce meses, en el año en curso, por último la suma de todas las terapias.



El incremento en número de pacientes /terapias/año se calculará conforme a la siguiente fórmula:

$$\Delta Pa = \frac{(Pa2 - Pa1) \times 100}{Pa1}$$

Pa1

Donde:

ΔPa = es el incremento o decremento en el número de pacientes/terapias/año atendidos

Pa2 = es el número de pacientes/terapias/año atendidos y calculados conforme a la fórmula vista anteriormente, en el último año

Pa1 = es el número de pacientes/terapias/ año atendidos y calculados conforme a la fórmula vista anteriormente, en el año inmediatamente anterior al último.

El primer año de contrato no se produce ajuste de precio por incremento o decremento del número de pacientes/terapias/año.

4.2 AJUSTES POR ADHERENCIAS AL TRATAMIENTO DEL SÍNDROME DE APNEA O HIPOAPNEA DEL SUEÑO, EN TRATAMIENTO CON CPAP O BIPAP

La Orden de 3 de marzo de 1999 para la regulación de las técnicas de terapia respiratoria a domicilio en el Sistema Nacional de Salud, define el Tratamiento ventilatorio del síndrome de apnea del sueño a domicilio como el suministro de aire, a presión continua positiva prefijada, durante el sueño y en su domicilio a pacientes con este síndrome. También nos indica que el objetivo de las técnicas de terapia respiratoria a domicilio es el mantenimiento de un correcto estado ventilatorio de los pacientes, mejorar su calidad y esperanza de vida, favorecer su integración social y disminuir las estancias hospitalarias. Continúa diciéndonos la Orden que el tiempo diario de tratamiento para esta patología (SAHOS) será como mínimo de cuatro horas.

Se considera adherencia al tratamiento el uso por parte del paciente de la máquina durante al menos 4 horas por noche.



El contador interno de la máquina será revisado cada tres meses por el técnico de la empresa contratada y anotará el número de horas en una declaración jurada que será diseñada por la Subdirección General de Actividad Concertada y Prestaciones, que firmará el paciente y será remitida en los 10 días siguientes desde su firma a esta Subdirección General de Actividad Concertada y Prestaciones.

Se considerará adherencia normal la del cumplimiento de las 4 horas de tratamiento con la máquina CPAP o la BIPAP del 60% de los pacientes de forma continuada durante el año desde que inicia el tratamiento hasta que finaliza el censo de ese año y año tras año se contabilizará con los pacientes que se mantengan en el tratamiento de las 4 horas como mínimo desde el primer mes del año contable hasta el último. Se contabilizarán únicamente a aquellos pacientes que durante los tres meses han cumplido todos los días, al menos 4 horas/día, o sea 360 horas de tratamiento cada tres meses. El incremento o decremento de esta adherencia supondrá el incremento o decremento correspondiente en la facturación total en función de la siguiente tabla:

<i>AJUSTE POR NÚMERO DE TERAPIAS REALIZADAS EN EL AÑO ANTERIOR</i>	
<i>INCREMENTO EN EL PORCENTAJE DE PACIENTES CON CPAP O BIPAP/AÑO QUE CUMPLEN LAS 4 HORAS DE TRATAMIENTO/DIA, POR ENCIMA DEL 60% DEL TOTAL DE PACIENTES EN TRATAMIENTO CON CPAP O BIPAP</i>	<i>AUMENTO EN EL PRECIO ANUAL DEL CONTRATO</i>
<i>≤ 60,00%</i>	<i>NO SE INCREMENTA</i>
<i>ENTRE 60,01% y EL 62,50%</i>	<i>2%</i>
<i>ENTRE 62,51% y EL 65,00%</i>	<i>3%</i>
<i>ENTRE 65,01% y EL 67,50%</i>	<i>4%</i>
<i>MAS DEL 67,50%</i>	<i>5%</i>
<i>DECREMENTO EN EL PORCENTAJE DE PACIENTES CON CPAP O BIPAP/AÑO</i>	



<i>QUE CUMPLEN LAS 4 HORAS DE TRATAMIENTO/DIA, POR DEBAJO DEL 60% DEL TOTAL DE PACIENTES EN TRATAMIENTO CON CPAP O BIPAP</i>	<i>DISMINUCIÓN DEL PRECIO ANUAL DEL CONTRATO</i>
<i>= 60,00%</i>	<i>NO SE MODIFICA</i>
<i>ENTRE 59,99% y EL 57,50%</i>	<i>2%</i>
<i>ENTRE 57,49% y EL 55,00 %</i>	<i>3%</i>
<i>ENTRE 54,99% y EL 52,50%</i>	<i>4%</i>
<i>MENOS DEL 52,50%</i>	<i>5%</i>

LA FORMULA UTILIZADA SERÁ LA SIGUIENTE:

$$\Delta At = \frac{At2}{At1} \times 100$$

At1

De donde

Δ At significa incremento de la adherencia al tratamiento.

At1 = Número de pacientes/ terapias CPAP y BIPAP/año: es el sumatorio de las altas de cada mes en la terapia de CPAP más BIPAP menos las bajas de ese mes sumadas mes a mes, hasta completar el año, desde el primer mes de la puesta en marcha del contrato en el año anterior hasta el doceavo mes, de esa secuencia de doce meses, en el año en curso.

At2 = Número de pacientes/terapia CPAP y BIPAP adheridos al tratamiento: es el sumatorio de las altas de cada mes en la terapia CPAP más BIPAP que según la declaración/certificación de la empresa firmada por el paciente usan los equipos durante un mínimo de 4 horas, menos las bajas de ese mes sumadas mes a mes, hasta completar el año, desde el primer mes de la puesta en marcha del contrato en el año anterior hasta el doceavo mes, de esa secuencia de doce meses, en el año en curso.



El ajuste del abono por incremento o decremento del número de pacientes adheridos al tratamiento se hará a partir del primer año de contrato inclusive.

Estos ajustes se harán en la Subdirección General de Actividad Concertada y Prestaciones”.

Se trata, por tanto de dilucidar si, con esa metodología, a la que remite el pliego como pretende la recurrente, se transfiere al contratista el riesgo de demanda del servicio, lo que ocurre, siempre según la recurrente, dado que el contratista ha de prestar todos los servicios (sesiones diarias de las diferentes técnicas o terapias) que se le requieran y que únicamente puede cobrar la cápita (resultado de multiplicar ese importe fijo por la población protegida), por lo que cuanto mayor sea la demanda del servicio, menor será el precio efectivo que percibirá por cada una de ellas y, por ende, la real y efectiva contraprestación que obtiene. No siendo la transferencia al contratista del riesgo de demanda y, con ello, del riesgo operacional, admisible en el contrato de servicios, como ha señalado este Tribunal (así, en Resolución nº 945/2017).

Al respecto hay que analizar si la, a priori, concurrente transmisión del riesgo de demanda al contratista, se ve neutralizada o no por el denominado “*ajuste por número de terapias anuales*”, a que alude la cláusula 3.1 del PCAP y que desarrolla la Memoria Económica, de acuerdo con la cual en caso de incremento de número de terapias de hasta un 5% respecto del año anterior no se hace ningún ajuste en el precio de la cápita, y en los intervalos siguientes de incremento de número de terapias respecto de las del año anterior, se establece un ajuste en el precio de la cápita que, afirma la recurrente, representaría únicamente entre un 30 o 40% del incremento de las terapias, con lo que el riesgo de demanda hasta ese porcentaje es integro para el contratista.

Con base en ese sistema de ajuste, como hemos visto, afirma la recurrente, que el contratista asume la parte sustancial y mayoritaria del riesgo de demanda.

Sobre ello hemos de decir que no se puede compartir el criterio de la recurrente, puesto que además de llevarse a cabo ese ajuste, el precio a abonar al adjudicatario se computa multiplicando la “*cápita*” no sobre una estimación de pacientes atendidos, sino sobre una base mayor a la realmente atendida, que es la constituida por la población protegida



(número de personas con Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud), que forzosamente habrá de ser mayor que la población a atender, al haber parte de esa población que no precise el servicio que se licita. Y el tomarse como base sobre la que antes del ajuste, aplicar la “*cápita*”, redundante en que no haya transferencia del riesgo de demanda al adjudicatario, puesto que ya se toma una suma de personas sobre las que se aplica la “*cápita*” que es superior a aquéllos que van a suponer coste para el adjudicatario.

Este mismo hecho de que se calcule el precio a abonar aplicando la *cápita* sobre una base mayor que la constituida por la población atendida, enerva el argumento relacionado con el anterior, hecho valer en el recurso y consistente, en que ese “incremento en el número de pacientes/terapias/año atendidos sobre el año anterior” se calcula tomando la variación entre el número de terapias del segundo año anterior al del ejercicio al que se va a aplicar la *cápita* “*ajustada*” y el del año anterior a dicho ejercicio, disponiendo el pliego que en el primer ejercicio (2020) no se aplicará ese sistema y no se podrá “ajustar” la *cápita*.

Además, como bien indica en su informe el órgano de contratación, hay que tener en cuenta que eliminaría el riesgo que se dice indebidamente asumido por el contratista, el depender la facturación de las empresas no del número de servicios realmente ejecutados, que sí pueden oscilar en función de las derivaciones acordadas del personal del Servicio Murciano de Salud, sino del número de la población protegida que es más estable, con lo que su incertidumbre se reduce enormemente.

Octavo. Finalmente, se imputa al Pliego que los criterios de adjudicación vulneran lo dispuesto en los art. 116.4 y 145.5 de la LCSP al no estar debidamente justificados en el expediente de contratación y atentar contra los principios de transparencia y publicidad. Esto último, el denunciado atentado a los aludidos principios, se basa en la indeterminación y falta de concreción de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

En lo que se refiere a la justificación, el art. 116.4 LCSP establece la obligación de justificar adecuadamente en el expediente de contratación una serie de parámetros y



elementos importantes para la buena marcha del procedimiento, y, entre ellos, de forma expresa, exige la justificación adecuada de los criterios de adjudicación del contrato. Dice, así el precepto 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, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”.

El documento denominado *“4.0 INFORME CONTENIDO EXPEDIENTE.pdf”* contenido en el Expediente tiene un apartado que reza *“Breve justificación de la aplicación de los criterios indicados anteriormente, así como de la fórmula empleada respecto al criterio precio:*

- Otorga a la oferta con mejor precio, y solo a esta, la mayor puntuación.*
- Permite de antemano poner en juego todos los puntos asignados al criterio precio. Dependiendo de las ofertas presentadas (en concreto, de la baja máxima), puede suponer que no se pongan en juego todos los puntos.*
- La variación en la baja realizada se traduce en una variación constante en la puntuación otorgada (función lineal).*
- La variación de las “diferencias entre bajas” se traduce en una variación constante y controlada de las “diferencias entre las puntuaciones otorgadas”.*
- La fórmula permite gestionar que no se desvirtúe la ponderación entre criterios técnicos y criterio precio, a través del valor K.*
- La expresión matemática es sencilla”.*

De esta “justificación” se observa que no lo es de todos los criterios de valoración, sino sólo del criterio precio. Ello, no obstante, no puede ser ese déficit de motivación o



justificación, determinante de la consecuencia de anulación que la recurrente pretende, puesto que lo esencial es que los criterios estén vinculados al objeto del contrato.

Así, como dice el órgano de contratación en su informe, este Tribunal en su Resolución nº932/2019, de 1 de agosto, ha dicho que *“entiende este Tribunal que mediante la especificación concreta de cada criterio de los utilizados puede considerarse justificada la elección del órgano de contratación, si de aquella se deduce su relación con el objeto del contrato y su vinculación con la calidad o precio del mismo.(...) añadiendo que “En la medida en que el recurrente no aporta ninguna explicación de por qué considera injustificados los criterios elegidos, no puede estimarse su alegación, pues no obliga la ley a motivar ‘las razones por las que no ha elegido otros criterios distintos”.*

De donde se deduce que estará justificada la elección de los criterios de valoración si de su especificación se deduce su relación con el objeto del contrato y su vinculación con la calidad o precio del mismo, así como que la carga de la determinación que no son justificados incumbe a quien lo alega.

Y así, en el caso que nos ocupa, resulta la relación de los criterios de valoración con el objeto del contrato y su vinculación con la calidad o precio del mismo, de la descripción de los mismos, cuando el PCAP recoge los siguientes (en lo que se refiere a los que dependen de un juicio de valor en su ponderación):

“8.1.1. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR: 50 puntos

A. PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y ATENCIÓN AL PACIENTE: Hasta un máximo de 40 puntos desglosados de la siguiente manera:

- PROGRAMA DE TRATAMIENTO Y CONTROL DE PACIENTES CON OXIGENOTERAPIA: Hasta 10 puntos.

Se valorará el programa específico educativo (con descripción de objetivos, actividades, técnicas, recursos y cronograma) para el tratamiento y control de los pacientes con oxigenoterapia:



- *Educación sobre la enfermedad y tratamiento.*
- *La importancia del cumplimiento de la prescripción.*
- *Los efectos del tabaquismo.*
- *Hábitos saludables relacionados con la enfermedad: alimentación, ejercicio.*
- *Alerta relacionada con síntomas y signos de complicaciones, en términos sencillos.*
- *Sistema protocolizado de evaluación de los conocimientos adquiridos por el paciente y/o al menos una persona cuidadora que conviva con cada paciente.*

-PROGRAMA DE TRATAMIENTO Y CONTROL DE PACIENTES CON SAHS: Hasta 10 puntos.

Se valorará el programa específico educativo (con descripción de objetivos, actividades, técnicas, recursos y cronograma) para el control y tratamiento de los pacientes con SAHS que incluirá al menos:

- *Educación sobre la enfermedad y tratamiento*
- *La importancia del cumplimiento de la prescripción*
- *Adiestramiento del paciente*
- *Hábitos saludables relacionados con la enfermedad: alimentación, ejercicio*
- *Sistema protocolizado de evaluación de los conocimientos adquiridos por el paciente y/o al menos una persona cuidadora que conviva con cada paciente.*

- PROGRAMA DE MEJORA DE LA ADHERENCIA A TRD: Hasta 10 puntos

Se valorará el programa específico de mejora de la adherencia a las distintas modalidades terapéuticas.



- CENTROS DE ATENCIÓN A PACIENTES: Hasta 6 puntos

Se valorará la oferta de centros de atención a pacientes atendiendo a su ubicación, tipo de actividad que va a desarrollar, horario de atención y confortabilidad de la instalación.

- ASISTENCIA AL PACIENTE EN DESPLAZAMIENTOS: Hasta 4 puntos

Se valorará un plan de asistencia a pacientes en sus desplazamientos nacionales e internacionales.

B. EQUIPAMIENTO E INNOVACIÓN: Hasta 10 puntos

- MEJORAS EN LOS EQUIPOS: HASTA 5 PUNTOS

Se valorará mejoras en las características de los equipos en cuanto a innovación tecnológica que implique mejor atención de los pacientes y/o un mayor control de las terapias.

De las fichas descriptivas de las características técnicas de los equipos, aparatos y accesorios, el licitador señalará aquellas que supongan una mejora con respecto a los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas para su valoración.

- PLAN DE GARANTÍA DE CALIDAD TÉCNICA DEL SERVICIO: Hasta 5 puntos”.

Adicionalmente, la descripción de los criterios de valoración evaluables mediante un juicio de valor, tal y como consta en el PCAP, debe llevar a desestimar la última de las alegaciones referente a los mismos, consistente en indeterminación y falta de concreción de dichos criterios, que se apreciar suficientemente determinados y con una descripción concreta.

Máxime, si se tiene en cuenta, como razona el órgano de contratación en su informe, que los criterios del PCAP del expediente ahora recurrido son idénticos a los ya empleados en los pliegos de los que aquéllos traen causa y que fueron ratificados por las Resoluciones administrativas y judiciales más arriba referidas.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el presente recurso interpuesto por D. J.R.G., en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), contra el anuncio de licitación y contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del procedimiento para la contratación de la prestación del “*servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para los pacientes que residan en el ámbito de la Áreas de Salud I, III, IV, V, VI, VII, IX de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (3 lotes)*”, con expediente CSE/9999/1100931334/19/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación, hasta la resolución del recurso vinculado 314/2020.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo 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 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.

Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19,



salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.