



Recurso nº 797/2020 C.A. de la Región de Murcia 51/2020

Resolución nº 1255/2020

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. J. L. I. en representación de INIA NEURAL, S.L. contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar los *“Servicios de rehabilitación integral por daño cerebral adquirido en régimen ambulatorio a pacientes del Servicio Murciano de Salud. Expte. CSE/9999/1100962219/20/PA”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Previo anuncio en el DOUE fecha 23 de julio de 2020 y en el perfil de contratante de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el día 23 de julio de 2020, se convocó por la Gerencia del Servicio Murciano de Salud de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el concurso con número de expediente CSE/9999/1100962219/20/PA cuyo objeto es *“Servicios de rehabilitación integral por daño cerebral adquirido en régimen ambulatorio a pacientes del Servicio Murciano de Salud”*.

El plazo para la presentación de ofertas finalizaba el 11 de septiembre de 2020.

Segundo. El 13 de agosto de 2020 el recurrente presenta escrito de recurso contra los pliegos que han de regir la licitación, en el que solicita que se declare la anulabilidad de los pliegos impugnados, sobre la base de que en estos se establecen unos criterios de adjudicación en las instalaciones y equipamiento del servicio de hasta 20 puntos a los licitadores con implantación territorial, provincial o autonómica, particular que adquiere el rango determinante para la selección y adjudicación del contrato, con una clara discriminación de las empresas, que pudiendo acceder a la selección por su solvencia



económica, financiera y técnica, no pueden puntuar por carecer del arraigo territorial al no disponer de un centro en los municipios a los que el pliego se refiere.

Defienden su pretensión en el hecho de que Los pliegos y el informe justificativo del contenido del expediente incumplen con la LCSP dado que impone una barrera de entrada a nuevos licitadores obligando a que con carácter previo a la finalización del plazo de presentación de solicitudes, se disponga de:

- 1.Centro habilitado con autorización sanitaria para prestar el servicio.
- 2.Centro equipado con contratos de mantenimiento, limpieza y licencia municipal para ambulancias.
- 3.Contratos de personal.
- 4.Equipamiento.

Dado que el anuncio de licitación fue publicado el 23 de julio de 2020, considera totalmente inviable que en el exiguo plazo de poco más de mes y medio, cualquier otra empresa, pueda conseguir las autorizaciones, contratos, equipamiento y licencias referenciados.

Por lo que considera aplicable la jurisprudencia relativa al carácter discriminatorio de los criterios de adjudicación que priman la implantación territorial.

Tercero. Remitido el expediente administrativo al mismo se adjunta informe del órgano de contratación quién manifiesta que la mera configuración del objeto contractual permitiría entender claramente la filosofía de lo que se pretende con esta licitación, que no es otra que tramitar un expediente para contratar con empresas, clínicas y hospitales privados que ya presten tales servicios, defiende que nos encontraríamos ante una de las fórmulas jurídicas existentes para la gestión indirecta del servicio público sanitario, en este caso los servicios de Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Logopedia y Neuropsicología que como se ha indicado, forman parte de la cartera de servicios sanitarios cubiertos por el Sistema Nacional de Salud, considerando la necesidad, no demorable, de poder iniciar los tratamientos rehabilitadores a pacientes que, tras sufrir una lesión cerebral sobrevenida y



ser dados de alta hospitalaria, requieren de una rehabilitación lo más rápida posible en un centro equipado con las mayores garantías de calidad posibles, que exige el pliego de prescripciones técnicas de este concurso, tanto en materia de personal, como de funcionamiento y de equipamiento

Se trataría, sostiene el informe aportado, que la prestaciones anteriormente descritas y que son consideradas como un servicio público de salud, sean encomendadas a un empresario privado en virtud del correspondiente contrato bajo la consideración de que estamos ante un ejemplo de gestión indirecta de este servicio, cuestión admitida en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia, y que puede tener lugar siempre que los servicios sean susceptibles de explotación por particulares, quedando expresamente prohibida en "*los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*" (art. 17 LCSP).

El empresario gestor indirecto de un servicio público aparece así como un colaborador de la Administración para el desarrollo de actividades que son competencia y responsabilidad de ésta; cuando el contrato es de gestión de servicios públicos hasta la entrada en vigor de la LCSP, se mantenían figuras como la concesión ,por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura; la gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato o el concierto con personal natural o jurídico que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate, figuras estas que ya no existen como tal en la vigente LCSP, lo cual no supone la expulsión de la normativa contractual de la posibilidad de gestionar indirectamente el servicio público de la salud sino que más bien, la envoltura jurídica bajo la cual debe efectuarse estas prestaciones pasan a ser el contrato de servicios o el de concesión de servicios.

Concluye sosteniendo que no se trata de una licitación en la que se esté discriminando a unas empresas en beneficio de otras, sino que es un expediente que cumple precisamente con los postulados recogidos legalmente para la figura de los conciertos, al menos en los términos expresados en la legislación sanitaria, puesto que la clave está en que se trata de contratar a clínicas que ya venían prestando estos servicios de rehabilitación con sus propios medios humanos, técnicos y financieros a favor de unos pacientes, ya acudan



estos a título particular o derivados de Mutuas de Accidente, compañías aseguradoras, etc pero no tanto derivados del Sistema Público de Salud, ya que más bien al contrario, se trata de ver quién está interesado en ampliar su clientela potencial con pacientes que sean derivados directamente desde el SMS. no se trata de favorecer a empresas murcianas sino, y en atención a la filosofía de estos contratos, que se trata de contratos dirigidos a empresas, clínicas, etc, que ya venían prestando estos servicios de modo que se aprovecha estas infraestructuras y medios ya disponibles para atender necesidades generales, cuestión que es por igual aplicable ya sean empresas radicadas en Valencia que quieren extender su negocio a la Región de Murcia como a empresas murcianas que deseen iniciarse en estas prestaciones

Cuarto. Mediante Resolución de 4 de septiembre de 2020 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 45 LCSP.

Segundo. Con relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“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.”*

En el presente caso el recurso se interpone por una empresa, que, no habiendo presentado oferta, considera que existe una barrera que le impide acceder al concurso al carecer de centro habilitado en ninguna de las localidades a las que se refiere el pliego.



Tercero. Se recurre los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 € (artículo 44.1 a) de la LCSP) susceptible de enjuiciamiento por este Tribunal y se contrae a una actuación impugnada ex artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1, a) de la LCSP.

Quinto. La cuestión objeto de debate se circunscribe a si existe infracción de las normas de libre competencia por la inclusión de cláusulas que priman la implantación territorial, puesto que, según sostiene la recurrente, para empresas no previamente establecidas en la región de Murcia es imposible que en el plazo para la presentación de ofertas pueda ponerse en funcionamiento unos locales habilitados para la prestación del servicio, de tal manera que solo empresas previamente establecidas en Murcia pueden optar al contrato.

Este planteamiento se sustenta en la previsión que realiza el pliego en su apartado 2.2 cuando dispone lo siguiente

“La ejecución del contrato se llevará a cabo en las dependencias del adjudicatario que para el Lote I deben estar en el municipio de Murcia, para el Lote II en el municipio de Cartagena, y para el Lote III en el municipio de Lorca”

Conviene para analizar la cuestión a tratar fijar el régimen jurídico aplicable a la controversia que nos ocupa. Ello es así por cuanto el órgano de contratación acude a la figura del concierto sanitario para justificar el contenido de la cláusula transcrita. En este sentido la calificación doctrinal o *nomen* que pretenda dársele a la figura que subyace al presente negocio no altera la naturaleza contractual del mismo. Así se manifiesta de forma expresa en el PCAP cláusula 1.1 y 21.1

Nos encontramos ante un contrato administrativo de servicios, en los estrictos términos en los que lo define la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público en sus arts. 17 y 22, y es la normativa propia de este contrato, y la jurisprudencia que la interpreta la que ha de ser aplicable al análisis del recurso formulado. No obstante, no se ha de olvidar que el artículo 312 de la LCSP prevé la existencia de contratos de servicios que implican prestaciones a



favor de los ciudadanos, lo que es lógica consecuencia de la calificación como contratos de servicios de los contratos de gestión de servicios públicos bajo modalidad distinta a la concesión, que no implican asunción de riesgos por el contratista gestor en el contexto del Derecho de la UE sobre contratación del Sector Público. Y en tal caso se encuentran los conciertos a que se refiere el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Sexto. Expuesto lo anterior, procede analizar esta cuestión a la vista de los precedentes que en planteamientos similares ha resuelto este Tribunal.

Sostiene el recurrente que el vicio se residencia en los criterios de adjudicación recogido en el apartado 8.B relativo a Instalaciones y Equipos.

Sin embargo, ni en este apartado de criterios de adjudicación, ni en el apartado relativo a la solvencia aparece referencia alguna a la implantación territorial. Esta exigencia se recoge en el apartado 2.2 citado en el fundamento precedente, y que debemos calificar con condición de ejecución, de carácter específico o especial, incluso, pero desde luego como condición de ejecución, sin que de entrada pueda suponer la exclusión por motivos formales de la oferta del licitador

Es por ello que procede traer a colación la resolución de este Tribunal 816/2020 de 17 de julio, que aborda la legalidad de la exigencia de disponer de una oficina en la localidad de prestación del contrato, configurándose esta exigencia en el contrato de referencia como una condición especial de ejecución. El fundamento quinto de la resolución dispone lo siguiente

“Procede analizar si la adscripción de medios materiales y humanos exigida por la cláusula 17 del PCAP se ajusta a los requisitos de art. 76.2 y 3 de la LCSP, de acuerdo con la interpretación que viene realizando este Tribunal siguiendo el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En consecuencia, procede revisar si la citada cláusula impone o no una exigencia justificada, proporcionada y que no limite la concurrencia de los posibles licitadores.



Comenzando por esta última cuestión, es necesario precisar que la Resolución nº 101/2013 de 6 de marzo de este Tribunal, así como las que en ella se citan, y que son invocadas por la recurrente, se refieren a un supuesto que difiere con el que ahora se analiza, básicamente en que en el presente caso la justificación de disponer de una oficina en la localidad en la que se presta el suministro, no es exigida como requisito de admisión de las ofertas, no se exige como requisito adicional de solvencia en la fase de admisión, valoración y adjudicación de las ofertas, sino una vez adjudicado el contrato como un requisito correspondiente a la fase de la ejecución del contrato. Sin embargo en la Resolución 101/2013, el Pliego objeto de recurso contemplaba la exigencia de disponer de oficinas en cada una de las Provincias en las que se ejecute el contrato como un requisito adicional de solvencia. En efecto, tal como especifica la citada Resolución en su fundamento de derecho séptimo: "...exigencia, que tal como está formulada, es de hecho un requisito de adicional al de clasificación que se exige en la cláusula 9.3 e) del pliego de cláusulas por referencia a la cláusula 14. Así pues, entiende este Tribunal que con carácter previo al estudio de si la citada cláusula 9.3 j) del pliego vulnera los principios de concurrencia e igualdad, tal y como manifiestan las recurrentes, se hace necesario examinar la posibilidad de su exigencia como requisito adicional a la clasificación".

En ese contexto se entiende la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), conforme a la cual: si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla.

Precisamente por no encontrarse aquel caso en ninguno de estos supuestos: compromiso de adscripción de medios o condición de ejecución del contrato una



vez adjudicado, es por lo que este Tribunal llegó a la conclusión de que la cláusula del pliego analizada no era conforme a derecho y por tanto debía ser anulada.

Sin embargo, no ese el mismo caso en el que nos encontramos ahora, en el que el Pliego configura la obligación de disponer de una oficina en el casco urbano de Jumilla como una obligación exigible en la fase de ejecución del contrato, (“...a la hora de iniciar la ejecución del contrato...”, dice la cláusula impugnada), sin necesidad de que los licitadores que presenten su oferta dispongan al tiempo de concurrir en la licitación de dicha oficina.

En consecuencia la cláusula 17 del PCAP, no supone una limitación a la libre concurrencia de licitadores por el hecho de exigir la disponibilidad de una oficina en el casco urbano de la localidad del Ayuntamiento que licita el suministro a la hora de iniciar la ejecución del contrato, pues dicha circunstancia no influye en la valoración de la solvencia y en la de los criterios de adjudicación de los potenciales licitadores. Añade la mercantil recurrente que esa condición de ejecución implica beneficiar a un potencial licitador, que sin identificar, dice que ya tiene en la actualidad una oficina en el casco urbano de Jumilla. Sin embargo, se rechaza ese argumento, pues aun aceptando que sea cierto ese hecho, no es objeto de valoración en la fase de adjudicación, ni se acredita que implique una ventaja relevante, pues la disponibilidad de dicha oficina va a implicar un mismo coste indirecto para cualquiera de los licitadores que resulten adjudicatarios, por lo que todos los licitadores son tratados por igual en esta licitación.

Queda por analizar el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad y necesidad en la exigencia de esta obligación específica de ejecución. Respecto de su proporcionalidad, un primer argumento favorable reside en la cuantía del contrato en relación con el coste que puede implicar el mantenimiento de la oficina exigida en el casco urbano de Jumilla. El valor estimado del contrato como se dijo en los antecedentes asciende a 2 968 248,73 euros IVA excluido por un plazo de duración de dos años susceptible de ser prorrogado por dos años más. Este elevado importe unido a que no se exige disponer en propiedad de la oficina ni tampoco su ubicación en ninguna zona concreta del casco urbano de Jumilla, permite concluir que el



cumplimiento de esa exigencia no es un coste relevante que condicione la presentación de las ofertas y el plus de atención al cliente que conlleva queda justificado económicamente por la importancia del suministro a contratar. En cuanto a su necesidad, ésta no debe entenderse como conditio sine qua non es decir, como un requisito sin el cual no es posible el suministro que se va a contratar, sino que debe ponderarse desde el punto de vista de la discrecionalidad del órgano de contratación para establecer condiciones de ejecución razonables en función de las circunstancias del caso. En este sentido el informe técnico remitido por el órgano de contratación relata la existencia de problemas en la gestión del actual contrato de suministro que en su experiencia atribuye al hecho de disponer en la actualidad para solventar cualquier gestión de alta, baja, cambio de tarifa, o cualquier otra que sea necesaria, respecto de un total de 228 suministros eléctricos, solamente de un teléfono y de un correo electrónico, lo que implica dilaciones e ineficiencias en la resolución de los trámites de ejecución del contrato. En dicho informe se ofrecen diversos ejemplos concretos de incidencias en la gestión que serían solventadas de forma más eficiente si se tratasen de forma presencial por el responsable del contrato con el personal del Ayuntamiento. Precisamente se argumenta por el órgano de contratación, que se ha optado por promover esta licitación, abandonando el sistema por el que hasta ahora se satisfacían las necesidades de suministro eléctrico, a través de un acuerdo marco con la Federación Española de Municipios y Provincias, porque al no ser obligatorio en este Acuerdo Marco la disposición de dicha oficina, éste no resulta efectivo ni realmente eficiente, “teniendo incontables problemas con la tramitación y gestión de contratos y, sobre todo, y mucho más importante, con la facturación, haciendo casi imposible hacer un seguimiento adecuado del gasto en electricidad”.

Partiendo de estos hechos cuya existencia es verosímil, debe considerarse razonable la exigencia del PCAP, habiendo hecho uso el órgano de contratación de la discrecionalidad que le corresponde para establecer condiciones de ejecución que satisfacen de una forma proporcionada y razonable las necesidades del contrato.



Por último, también se rechaza el argumento de la mercantil recurrente sobre la falta de necesidad de la oficina, debido a que el PCAP ya contempla en su cláusula 18.2 la figura de un responsable de la ejecución del contrato, localizable en todo momento, pues como dice la citada cláusula este responsable será el enlace entre la empresa contratista y el Ayuntamiento llevando el control de la ejecución del contrato y responsabilizándose directamente de las incidencias, velando por su correcta ejecución, y atendiendo los requerimientos que le formulen los responsables municipales, por lo que no tiene que coincidir el responsable del contrato con el personal que emplee el contratista para la ejecución material de las gestiones de gestión de contratos, altas, bajas, facturación, tramitación y resolución de incidencias en el suministro. Tanto es así que el propio Acuerdo Marco que sirve de título jurídico para la prestación actual del suministro, diferencia ambos tipos de personal, precisamente en las cláusulas transcritas en el recurso. En efecto, el citado Acuerdo Marco junto con “un gestor con funciones de coordinación y asistencia y disponer de un servicio permanente de atención al cliente para resolver cualquier anomalía en el Suministro, distingue también los medios humanos y materiales suficientes para responder satisfactoriamente a todos aquellos compromisos derivados del cumplimiento de los Contratos basados a lo largo del plazo de su vigencia”.

Por tanto no son incompatibles la existencia de un coordinador responsable del contrato con otro personal que atienda en la oficina física las gestiones que conlleve la ejecución del contrato, y esté bajo la supervisión de aquel responsable.

En consecuencia procede desestimar el recurso en lo que se refiere a este motivo de impugnación”.

En el presente caso, la obligatoriedad de la prestación de los servicios contratados en las localidades de Murcia, Cartagena o Lorca no están configuradas de forma expresa como una condición especial de ejecución, pero este régimen, entendemos, les resulta perfectamente aplicable.

La exigencia de la prestación territorial de estos servicios de rehabilitación no solo resulta perfectamente razonable y motivada, sino que es consustancial a la propia naturaleza del servicio, cuyos destinatarios no olvidemos son personas que han sufrido algún tipo de daño neuronal y han de recibir tratamiento o rehabilitación. Por ello, ineludiblemente, el servicio ha de prestarse en el ámbito territorial donde residan los destinatarios del servicio.

Por otro lado, es un servicio de una alta especialización y que requiere de una infraestructura y capital humano muy específico, como así se recoge en los pliegos. Es por ello que, a juicio de este Tribunal, nada en los pliegos, ni los criterios de valoración, ni el lugar de prestación de los servicios permite pensar que exista ninguna restricción de la competencia, que tales previsiones resulten tendenciosas o busquen favorecer a empresas murcianas. Más al contrario, cualquier previsión distinta de la contenida podría poner en entredicho la correcta prestación del servicio.

Finalmente, tampoco parece razonable el planteamiento del recurrente de que el tiempo de tramitación del contrato es insuficiente para el establecimiento de la empresa. De llevar este argumento a sus últimas consecuencias, cualquier licitación de cualquier contrato llevaría a que cualquier empresa que no reúna las condiciones para ejecutar una prestación concreta debería dársele el suficiente tiempo para hacer las inversiones o adaptaciones necesarias para acceder al contrato, mientras se tramita el expediente. Esto atenta a la lógica y al sentido común. El plazo para la adjudicación de un contrato tiene por finalidad que el órgano de contratación disponga de los elementos suficientes para proceder a seleccionar al adjudicatario conforme a las previsiones legales, entre las que precisamente está, que el empresario adjudicatario esté en condiciones de prestar el servicio, por lo tanto la duración y configuración de este plazo no ha de acomodarse a una finalidad distinta a otra que no sea la de la selección del licitador de entre aquellos que puedan prestar el contrato.

Por todo lo expuesto procede la íntegra desestimación del recurso.

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. J. L. I. en representación de INIA NEURAL, S.L. contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar los “*Servicios de rehabilitación integral por daño cerebral adquirido en régimen ambulatorio a pacientes del Servicio Murciano de Salud. Expte. CSE/9999/1100962219/20/PA*”, confirmando la legalidad de los pliegos del procedimiento.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58.2 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 de 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. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.