



Recurso nº 224/2011

Resolución nº 256/2011

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

En Madrid, a 26 de octubre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.R.I, en representación de MAZ, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 11, contra el anuncio de licitación y pliegos correspondientes al “Contrato de gestión de servicios públicos para realizar la asistencia sanitaria hospitalaria en la localidad de Zaragoza con destino a los trabajadores asociados a IBERMUTUAMUR, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 274” (expediente nº 84/11), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. IBERMUTUAMUR, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 274 (en lo sucesivo, IBERMUTUAMUR), convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el día 29 de julio de 2011, la licitación para adjudicar por el procedimiento abierto con diversos criterios de adjudicación, el contrato de gestión de servicio público relativo a la asistencia sanitaria hospitalaria en la localidad de Zaragoza, con destino a los trabajadores asociados a esta Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, finalizando el plazo de presentación de ofertas el día 23 de septiembre de 2011.

Segundo. La licitación se desarrolló de conformidad con las instrucciones internas de contratación de IBERMUTUAMUR, así como con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en sus normas de desarrollo para los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública, situación que concurre en IBERMUTUAMUR.

Tercero. Contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, MAZ, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 11 (en lo sucesivo, MAZ), interpuso recurso especial en materia de contratación mediante escrito con fecha de entrada en el registro de 11 de octubre de 2011, por el que se solicita "se declare la invalidez del procedimiento y se ordene una nueva licitación con unos pliegos ajustados a derecho conforme a la argumentación de este recurso".

De acuerdo con lo previsto en el artículo 316.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 14 de octubre de 2011.

De conformidad también con el artículo 316.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso al Grupo Hospitalario Quirón, única empresa que había presentado oferta en la licitación, para que en el plazo de cinco días hábiles formulara las alegaciones y presentara los documentos que a su derecho convinieran. Con fecha 24 de octubre de 2011 el Grupo Hospitalario Quirón remitió sus alegaciones a este Tribunal con entrada en su registro el 27 de octubre del mismo año.

Cuarto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 19 de octubre de 2011 acordó la adopción de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 313 y 316 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo), de forma, que de conformidad con lo previsto en el artículo 317 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 312 de la LCSP, al tratarse de uno de los licitadores no adjudicatario del contrato.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 314.2 a) de la LCSP.

Tercero. No obstante el cumplimiento de los dos anteriores requisitos, corresponde analizar el relativo a la competencia del Tribunal, por tratarse o no de un contrato susceptible de ser impugnado por la vía del recurso especial en materia de contratación, regulado en los artículos 310 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Así, el artículo 310 de la mencionada Ley 30/2007, dispone en su apartado 1:

“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.*
- b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y*
- c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.**

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”.

El órgano de contratación ha calificado el contrato objeto de este recurso como de gestión de servicios públicos, siendo esta calificación no compartida por la Mutua MAZ recurrente, que considera que es un contrato de servicios, siendo esta calificación la que sirve de fundamento a todo el conjunto de alegaciones que formula en su escrito de recurso.

Cuarto. De este modo podemos llegar a la conclusión de que la principal cuestión y que primeramente ha de ser analizada es la de si debe este contrato ser o no calificado como de gestión de servicios públicos, porque en el supuesto de ser así, no sería el mismo susceptible de recurso especial en materia de contratación al no concurrir en él ninguno de los dos requisitos que se exigen para que el contrato de gestión de servicios públicos pueda ser impugnado por esta vía: que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco años.

En relación, en primer lugar, con el contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 8 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, dispone que *“es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria”*. Es decir, hay contrato de gestión de servicios públicos allí donde existe un servicio público respecto del cual las potestades de gestión y explotación de la Administración titular, en este caso de la Mutua, se ceden a otra persona, física o jurídica.

Este contrato admite además diversas modalidades, contempladas en el artículo 253 de la LCSP, que dispone que son:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) 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.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

En relación con el concierto como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone en el artículo 181 que: *“La modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio”*

Por su parte, el artículo 10 de la LCSP, dispone en relación con los contratos de servicios que son *“aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”*.

Se trata por tanto ésta, de una definición de carácter eminentemente negativo, puesto que el concepto de contrato de servicios se delimita sobre la base de lo que no es, si bien haciendo referencia a que el contenido de la prestación debe consistir en todo caso en una obligación de hacer. El elemento caracterizador de la definición, sin embargo, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público.

La Mutua IBERMUTUAMUR, en relación con este proceso de contratación de la gestión del servicio público de la salud, ha optado por la modalidad del concierto, en la que la Administración contrata la gestión con un empresario que desarrolla una actividad privada de análogo contenido al servicio público de que se trata.

Quinto. De lo hasta ahora expuesto podemos llegar a la conclusión de que el concierto es una modalidad del contrato de gestión de servicios, modalidad por la que ha optado IBERMUTUAMUR para realizar la asistencia sanitaria hospitalaria en la localidad de Zaragoza con destino a los trabajadores asociados a la misma, siendo por tanto indubitado el carácter del contrato.

Esta conclusión ahora formulada está avalada por la propia normativa reguladora de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad. Así, el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social, en su artículo 12, apartado 3, dispone:

“En caso de carencia o insuficiencia de recursos propios, las mutuas, en los términos y condiciones que establezcan las disposiciones de aplicación y desarrollo, podrán hacer efectivas las prestaciones sanitarias y recuperadoras a su cargo mediante conciertos con otras mutuas, con las administraciones públicas sanitarias o con medios privados, que se comunicarán al Ministerio de Trabajo e Inmigración en el plazo de un mes desde su formalización y se tramitarán, en cuanto sea de aplicación, de conformidad con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La formalización de conciertos con medios privados requerirá la previa existencia de instalaciones sanitarias en funcionamiento, que dispongan de la preceptiva autorización de la autoridad sanitaria competente y que lleven a cabo la prestación sanitaria o recuperadora objeto del concierto exclusivamente con sus propios recursos, sin aportación alguna de medios personales o materiales por parte de la mutua durante la vigencia del concierto. No obstante, excepcionalmente y en atención a las circunstancias concurrentes, el Ministerio de Trabajo e Inmigración podrá autorizar que los tratamientos quirúrgicos o postquirúrgicos puedan prestarse con medios personales propios de las mutuas, en centros hospitalarios concertados debidamente autorizados.

Dichos conciertos no podrán suponer la sustitución de la función colaboradora atribuida a estas entidades ni posibilitar la utilización por terceros, con fines lucrativos, de los

servicios o de las instalaciones o medios de las mismas. En todo caso, la compensación que se estipule no podrá consistir en la entrega de un porcentaje de la cuota.

Las mutuas podrán concertar la prestación de servicios profesionales clínicos con personas físicas o jurídicas”.

Destacar también en este mismo sentido que el ya mencionado artículo 8 de la Ley de Contratos del Sector Público, expresamente dispone que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesional podrán celebrar el contrato de gestión de servicios públicos, en cualquiera de sus cuatro modalidades, sólo respecto a la gestión de la prestación de la asistencia sanitaria, párrafo éste recientemente introducido por la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Sexto. Por todo lo expuesto, siendo el concierto la modalidad del contrato de gestión de servicios públicos por la que ha optado el órgano de contratación, y siendo por tanto éste el carácter del contrato público objeto de este recurso, al no cumplir el mismo ninguno de los dos requisitos estipulados en el artículo 310.1 c) para poder ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, cabe afirmar que existe una causa de inadmisibilidad del mismo, no habiendo lugar a entrar a analizar el fondo del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. L.R.I, en representación de MAZ, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 11, contra el anuncio de licitación y pliegos correspondientes al “contrato de gestión de servicios públicos para realizar la asistencia sanitaria hospitalaria en la localidad de Zaragoza con destino a los trabajadores asociados a IBERMUTUAMUR, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 274”

Segundo. Levantar las medidas cautelares concedidas por este Tribunal, con fecha 19 de octubre de 2011, al amparo de lo establecido en el artículo 317 de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.