



Recurso nº 758/2014 C.A. Región de Murcia 032/2014

Resolución nº 748/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 3 de octubre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. A. A. L., en nombre de FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES MURCIA, S.L., contra la resolución, de 30 de julio de 2014, por la que se adjudica a RTS SERVICIOS DE DIÁLISIS, S.L.U. el contrato de la gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para el Área VII de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para pacientes del área de influencia del Hospital General Universitario Reina Sofía de Murcia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia y perfil del contratante en fecha 18 de febrero de 2014, el Servicio Murciano de Salud licitó el contrato de gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para el Área VII de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para pacientes del área de influencia del Hospital General Universitario Reina Sofía de Murcia, mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 29.630.601 euros. Previamente al anuncio habían sido aprobados los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Segundo. Solicitaron participar en el proceso de selección cinco empresas, entre las que se encuentra la recurrente, mediante la presentación de sus ofertas y restante documentación. Tras los correspondientes trámites se dictó, en fecha 30 de julio de 2014, el acuerdo de adjudicación. En él, entre otros extremos, y a los efectos de interés del presente recurso, se exponían en un cuadro las puntuaciones obtenidas por cada licitador, tanto de los diferentes conceptos de la oferta técnica como económica,



resultando seis apartados, a saber: Equipamiento y materiales para el servicio ofertado; Instalaciones para el servicio ofertado; Recursos humanos; Régimen de Funcionamiento; Oferta económica; Porcentaje de variación del IPC aplicable al contrato.

A la vista de esta puntuación se adjudicó el contrato a RTS SERVICIOS DE DIÁLISIS, S.L.U., figurando como “elementos determinantes de la adjudicación: Calidad de su oferta técnica: Mejores Instalaciones, recursos humanos y régimen de funcionamiento para el servicio ofertado”. La recurrente quedó clasificada en segundo lugar.

El acuerdo de adjudicación, además, señalaba: “**Cuarto.** *Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse Recurso de Alzada ante la Consejera de Sanidad y Política Social, en el plazo de UN MES, a contar desde el día siguiente a su notificación.*”

Tercero. La recurrente formula recurso especial en materia de contratación en el que solicita la anulación de la resolución de adjudicación, y subsidiariamente que, de no concurrir las notas del artículo 40.1 c) del TRLCSP, se tramite como recurso de alzada. Los argumentos en los que basa su recurso, en esencia, son: a) Por referencia al recurso 660/2014 interpuesto por AVERICUM, S.A. contra este mismo expediente, entiende que el contrato está erróneamente calificado y no es un contrato de gestión de servicios públicos, sino un contrato de servicios, debido a la falta de traslación al contratista del riesgo de la actividad contratada; b) Reprocha falta de motivación al acuerdo recurrido, con incumplimiento del artículo 151.4 del TRLCSP, citando diversas incidencias relativas a la tardía vista del expediente; c) Por último, refiere diversas vicisitudes relacionadas con la valoración de las ofertas: inclusión de subcriterios no fijados en el PCAP; valoración indebida del criterio “Equipamientos y materiales para el servicio ofertado”; incumplimiento de la exigencia de justificación de la relación de personal impuesta por la cláusula 9.3 del PCAP.

Cuarto. Frente a ello, el órgano de contratación ha evacuado el oportuno informe mostrando su disconformidad con el recurso interpuesto. En él, además de considerar extemporáneo el recurso interpuesto por la ahora recurrente, razona que el recurso especial no es procedente al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos, y



que la calificación afecta a la validez misma de los pliegos, que no fueron impugnados. El recurso correcto es el de alzada. Para ello se remite, reiterando lo dicho, al informe enviado a este Tribunal con motivo del recurso 660/2014 interpuesto por AVERICUM, S.A. Por último, expone sus argumentos para oponerse al recurso interpuesto, en lo que se refiere a la valoración de las ofertas.

Quinto. En fecha 23 de septiembre de 2014 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. RTS SERVICIOS DE DIÁLISIS, S.L.U., adjudicataria del contrato, ha efectuado alegaciones solicitando la inadmisión del recurso.

Sexto. Por resolución del Tribunal de fecha 26 de septiembre de 2014 se acordó el levantamiento de la medida cautelar de suspensión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en relación con el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se formula contra el acuerdo de adjudicación que es un acto sujeto a recurso especial de acuerdo con el artículo 40.2 TRLCSP. No obstante ello, como ya hicimos en nuestra Resolución 695/2014 de 23 de septiembre (recurso 660/2014), referida a este mismo expediente respecto del recurso especial interpuesto por AVERICUM, S.A., hay que analizar en primer lugar, si, por razón de la naturaleza



del contrato y de sus características, cabe el recurso especial o, por el contrario, el recurso procedente es el de alzada.

En la citada Resolución, en la cual procedíamos a inadmitir el recurso, señalamos lo siguiente:

Cuarto. (...)

La distinción entre contratos de servicios y de gestión de servicios públicos ha sido tratada en diferentes resoluciones del Tribunal, que parten de la premisa de que las cosas son lo que son, al margen de la denominación utilizada por las partes o, dicho de otro modo, la denominación que a un contrato le dé el pliego no vincula al Tribunal.

Así, en la Resolución 551/2014, de 18 de julio, se indicaba:

“Sin embargo, nuestro análisis no estaría completo si no profundizásemos un poco más en la verdadera naturaleza del contrato. Es bien conocido que la doctrina de este Tribunal ha perfilado los criterios de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos al que alude la parte recurrente. Nuestra doctrina, recogida por ejemplo en nuestra Resolución 346/2013, destaca que la ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos antes citados no permite en algunos casos separar nítidamente ambos conceptos. Tampoco la Directiva 2004/18/CE permitía hacerlo, puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio tiene una honda raigambre. Y es que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista.

Realmente se trata de una cuestión compleja cuyo tratamiento ha ido variando al mismo tiempo que evolucionaba la percepción de las autoridades judiciales europeas.

La cuestión es, dijimos entonces, de gran trascendencia porque la integración de un contrato en uno u otro concepto tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico que le es aplicable. Así, en el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva



de Contratación Administrativa se señaló que se trata de una “cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.” Esta circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios públicos pudiera no estar sujeto en otros casos a la competencia de este Tribunal si no se cumplen los requisitos que establece la ley y concretamente, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.000 € y el plazo de duración sea superior a 5 años.”

Pues bien, el órgano de contratación señala que la modalidad contractual es la de concierto, y no la concesión. Examinada la documentación contractual se observa que en el anuncio el perfil del contratante viene una confusa referencia la modalidad: “concierto o sociedad de economía mixta”, sin que se diga nada en el anuncio del Boletín Oficial de la Región de Murcia. En el pliego de cláusulas administrativas particulares figura alguna referencia al concierto, si bien es el pliego de prescripciones técnicas el que, de forma reiterada, se refiere al contratista como “centro concertado”. Estas expresiones, aun cuando podrían ser más claras, nos hacen ver que se trata de una contratación bajo la modalidad de concierto, lo que constituye un primer elemento



de juicio para inclinarnos, dentro de la dificultad de calificación, a considerar el contrato licitado como gestión de servicios públicos, tal y como se le enuncia en el pliego.

En segundo lugar, hay que referirse al objeto del contrato en sí. El servicio de hemodiálisis prestado por el Servicio Murciano de Salud es un servicio público sanitario prestado a los ciudadanos en modalidad de prestación directa, que forma parte de la cartera básica de servicios, tal y como señala el órgano de contratación. El servicio de hemodiálisis prestado por sustitución por una empresa concertada no altera esta naturaleza. No es una prestación de servicio a la Administración, sino que la Administración sanitaria distribuye la forma de prestación del servicio público en función del alcance de sus medios materiales y personales. Parte del servicio a los ciudadanos lo presta ella directamente y parte lo presta de forma indirecta, a través de contrato con un tercero. No puede tener la consideración de gestión de servicio público por gestión directa el que se presta a un porcentaje de la población y ser calificada de servicios la actividad prestada a la restante población, siendo el mismo servicio, por la sola razón de que la gestión es indirecta.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el de prescripciones técnicas, existen algunos datos que pueden ser considerados como elementos de transferencia de riesgo al contratista, aun cuando realmente de forma leve. Así ocurre con la obligación de indemnización de daños y perjuicios causados a los pacientes, de modo que una buena gestión reduce el riesgo del contratista (cláusula 19.1 PCAP), o la necesidad de disponer de un botiquín con el equipamiento que figura en el Anexo I del PPT para supuestos de urgencias, de modo que la incidencia de éstas o no, afecta a la rentabilidad del contrato, cuya retribución no se ve incrementada en función de este criterio. Igualmente, la prestación de apoyo psicológico y social a quienes lo necesiten, etc... Todo ello son elementos que permiten ver cierta transferencia de riesgo, aun cuando sea parcial. Cabe señalar que los pliegos establecen que el contrato se celebra a riesgo y ventura del contratista (cláusula 19.2 PCAP).

En consecuencia, y admitiendo la dificultad de calificar el contrato, el Tribunal entiende que se trata de un contrato de gestión de servicios públicos bajo modalidad de concierto.



Quinto. Dos son los requisitos que se exigen para la procedencia del recurso especial en materia de contratación en los contratos de gestión del servicio público en el artículo 40.1.c) TRLCSP, a saber, que los gastos de primer establecimiento sean superiores a 500.000 euros excluido el IVA y que tenga una duración superior a 5 años.

Comenzando por este último, es doctrina del Tribunal que el período al que hay que atender para determinar la duración a estos efectos es el total del contrato, incluidas las prórrogas. En el presente caso las prórrogas pueden alcanzar hasta 5 años adicionales, y por ello, se llena uno de los dos requisitos de procedencia del recurso.

Más complejo es el referido a gastos de primer establecimiento: “presupuesto de gastos de primer establecimiento”, en nuestras Resoluciones números 43/2012 y 500/2014 declaramos que tal expresión se refiere al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir para la puesta en marcha del servicio.

Nada dicen al respecto ni cuantifican los pliegos. Pero, sobre todo, la idea del concierto es que el empresario, que venía prestando un servicio determinado, concerta, además, con la Administración prestarlo con sus propios medios. Por ello, no parece que, en el concierto, pueda hablarse de gastos de primer establecimiento necesarios, puesto que el servicio se estaba prestando, al margen de que las ofertas comprometían determinadas inversiones en sus instalaciones al no reunir las existentes las condiciones requeridas en el Pliego.

Consecuencia de lo anterior es la inadmisión del recurso especial al no ser procedente, y sí el recurso de alzada, sin que sea procedente el recibimiento a prueba del recurso. >>

Así pues, manteniendo el criterio interpretativo que sobre el artículo 40.1, c) del TRLCSP ha dado este Tribunal, y siendo una norma de *ius cogens* que impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, procede la inadmisión del recurso interpuesto.



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. J. A. A. L., en nombre de FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES MURCIA, S.L., contra la resolución, de 30 de julio de 2014, por la que se adjudica a RTS SERVICIOS DE DIALISIS, S.L.U. el contrato de la gestión del servicio público de hemodiálisis en unidad extrahospitalaria para el Área VII de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para pacientes del área de influencia del Hospital General Universitario Reina Sofía de Murcia, al ser el contrato cuya adjudicación se impugna de gestión de servicios públicos y no ser sus gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros, IVA excluido.

Segundo. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en 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 a 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.