RE 123/2017

Acuerdo 107/2017, de 30 de octubre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por AVERICUM, S.L.U, frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Gestión del servicio de hemodiálisis extrahospitalaria para pacientes del Hospital de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud — Sector de Alcañiz.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de septiembre de 2017 se publicó en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón, en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y en el Boletín Oficial de Aragón (BOA), anuncio de licitación del procedimiento denominado «Gestión del servicio de hemodiálisis extrahospitalaria para pacientes del Hospital de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud — Sector de Alcañiz.

Se trata de un contrato de servicios licitado por procedimiento abierto, tramitación anticipada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 4 507 200 euros, IVA exento.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finaliza a los quince días naturales a contar desde su publicación en el BOA, es decir, el 6 de octubre de 2017.

SEGUNDO.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige la licitación, establece en el Anexo I lo siguiente:

> *«Los locales donde se instalen las unidades de hemodiálisis deberán reunir las condiciones de habitabilidad e higiene requeridos en cualquier centro sanitario y estar ubicadas en recintos que reúnan unas condiciones medioambientales adecuadas.*
>
> *No deberán existir barreras arquitectónicas y dispondrán de acceso cómodo y seguro para el transporte de pacientes.*
>
> *Serán de obligado cumplimiento las normativas vigentes sobre este tipo de locales, tanto de la Comunidad Autónoma de Aragón como estatal y europea.*
>
> *El centro deberá disponer de las pertinentes licencias de apertura y de actividad otorgadas por el Ayuntamiento»*

La cláusula 11 del PPT dispone que:

> *«A la firma del contrato deberá aportar la acreditación del Centro Sanitario de la Comunidad Autónoma donde esté ubicado el Centro, en su caso, el permiso de apertura del municipio correspondiente»*

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), señala en la cláusula 18, respecto a la formalización del contrato, que:

> *«El contrato se perfecciona con su formalización y en ningún caso podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización.*
>
> *Previamente a la firma del contrato, el representante del adjudicatario deberá presentar ante el órgano de contratación:*
>
> *Los documentos que acrediten su identidad y representación.*
>
> *Si el adjudicatario fuera una Unión Temporal de empresas, escritura pública de su constitución, CIF asignado y nombramiento de representante con poder suficiente.*
>
> *Si se hubiese presentado certificado expedido por el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón o del Estado, el adjudicatario deberá reiterar en el contrato la vigencia de las circunstancias que motivaron su expedición».*

La cláusula 19.6, en relación con las obligaciones del contratista relativas a la gestión de permisos, licencias y autorizaciones, señala:

> *«El contratista estará obligado, salvo que el órgano de contratación decida gestionarlo por sí mismo y así se lo haga saber de forma expresa, a gestionar los permisos, licencias y autorizaciones establecidas en las ordenanzas municipales y en las normas de cualquier otro organismo público o privado que sean necesarias para el inicio y ejecución del servicio, solicitando de la Administración los documentos que para ello sean necesarios».*

Por último, en el anexo VIII del PCAP, en los criterios de adjudicación de las ofertas sujetos a evaluación previa, otorga de 0 a 20 puntos a:

> *«CRITERIO: Condiciones generales. Además de las condiciones generales y las dependencias mínimas descritas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, se valorará, especialmente, la cercanía del local al Hospital de Alcañiz, en el nº de m2 destinados a la prestación del servicio y la accesibilidad. Se puntuará con 0 puntos en este apartado si el local ofertado está a una distancia lineal del Hospital de Alcañiz igual o superior a 500 m».*

TERCERO.- El 16 de octubre de 2017 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Francisco Javier Artiles Camacho en nombre y representación de AVERICUM, S.L.U, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Gestión del servicio de hemodiálisis extrahospitalaria para pacientes del Hospital de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud —Sector de Alcañiz.

El 2 de octubre de 2017, la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 TRLCSP.

El recurso alega, en síntesis, que los Pliegos infringen los principios rectores de la contratación pública, tales como el de libertad de

acceso a las licitaciones (concurrencia) y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. En concreto argumenta lo siguiente:

a) Que este Tribunal ya resolvió la cuestión de si se puede o no exigir a los licitadores de este tipo de expedientes de contratación las correspondientes autorizaciones sanitarias de uso con antelación a la propia prestación del servicio de hemodiálisis extrahospitalaria. Transcribe los Fundamentos de Derecho y los Acordandos del Acuerdo 52/2013, por el que se estimaba el recurso frente a la exclusión de AVERICUM de la licitación de este mismo contrato en el año 2013, en circunstancias similares a las actuales.

b) Que, en aquel supuesto de 2013, la tenencia de autorización sanitaria de uso se exigía como requisito de solvencia técnica, mientras que ahora esa exigencia se contempla en los Pliegos como requisito a disponer antes de la firma del contrato, pero a la postre se está exigiendo lo mismo que se declaró nulo en aquella ocasión.

c) Que el requisito que establecen los pliegos de contar con una autorización de uso, infringe los principios de concurrencia e igualdad de trato, pues única y exclusivamente podrá presentarse a la licitación la empresa que en la actualidad está prestando los servicios, pues ningún otro licitador podría presentar oferta dado que, llegado el momento, si se le adjudicara el contrato, sin centro aperturado y con autorización, es imposible obtenerla en el plazo de 15 días.

d) Que en los criterios de adjudicación se puntúa especialmente la cercanía del centro que se construya por los licitadores «nuevos» al Hospital de referencia, por lo que se indica expresamente que la filosofía de este expediente es la de la presentación de varios

candidatos con distintos centros en distintas ubicaciones de Alcañiz, en un radio de 500 metros del Hospital. Pero dicha filosofía se impide al exigir a los nuevos licitadores que tengan la autorización de uso antes de la firma del contrato, sin permitirles un tiempo razonable para la construcción del centro.

Por todo lo anterior, solicita se declare la nulidad de pleno derecho de los Pliegos, y se ordene la anulación del procedimiento de licitación en su conjunto. Solicita además la suspensión del procedimiento.

CUARTO.- El 17 de octubre de 2017, el Tribunal traslada el recurso al Sector de Alcañiz solicitando, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor de éste. Dicha documentación tiene entrada el 20 de octubre de 2017.

QUINTO.- Por Resolución 27/2017, de 17 de octubre de 2017, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, valorando las circunstancias que concurren en el expediente.

SEXTO.- No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre los pliegos y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de AVERICUM S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas).

El recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Dos son las cuestiones de fondo sobre las que descansa la interposición del recurso. Alega la recurrente que el criterio de adjudicación establecido en el Anexo VII del PCAP, en cuanto a la valoración de la distancia del centro con el Hospital y su limitación a 500 metros, vulnera los artículos 150 y 216.4 TRLCSP.

Como ya se declaró en nuestro Acuerdo 68/2014, con la fijación de los criterios de adjudicación se pretende una comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir la oferta económicamente más ventajosa, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato (Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, de este Tribunal). Este principio de igualdad de trato es de tal relevancia que bien puede considerase la piedra angular sobre la que

se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como se ha puesto de relieve en las Sentencias TJUE de 12 de diciembre de 2002 (*Universale-Bau y otros*), y de 19 de junio de 2003 (*GAT*). Manifestaciones particulares de este principio son que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia de 25 de abril de 1996, *Comisión/Bélgica*), que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (Sentencia de 18 de octubre de 2001 (*SIAC Construction*).

Interesa destacar la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general al supuesto que nos ocupa:

«66. El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en

igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Se trata, en definitiva, de prevenir la arbitrariedad de la decisión (STJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*, tal y como se ha advertido en nuestro Acuerdo 105/2017, en relación a la exigencia de contar con centros para prestar un servicio).

TERCERO.- Pues bien, el criterio de adjudicación objeto de impugnación es ilegal, porque no está vinculado al objeto de la licitación, que es el tratamiento de hemodiálisis y porque, con la puntuación que se asigna, se restringe indebidamente la competencia. De hecho, el TJUE en la Sentencia de 22 de octubre de 2015, *Grupo Hospitalario Quirón*, ya ha advertido, en un contrato de servicios sanitarios para derivar pacientes los hospitales públicos de Basurto con la exigencia de localización del centro sanitario en la prestación de dichos servicios en el mismo Bilbao, que es ilegal una obligación de ejecución territorial que no sirve para alcanzar el objetivo de garantizar la proximidad y la accesibilidad, pues produce como efecto excluir automáticamente a los licitadores que no pueden prestar los servicios en un término municipal concreto, aun cuando cumplan eventualmente los demás requisitos establecidos en los pliegos de condiciones y las especificaciones técnicas.

La necesaria vinculación entre los criterios de valoración de las ofertas y el objeto del contrato se ha puesto de manifiesto por los órganos de resolución de recursos contractuales en numerosas ocasiones (entre otros, Acuerdos del TACPA: 64/2013, 12/2015, 18/2016 y 98/2017; Resoluciones 113/2017 y 240/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía o Resolución 600/2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Este Tribunal administrativo ha destacado que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE

de 17 de diciembre de 2002, *Concordia Bus Finland* y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, *ti. EAC srl*.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios.

Esta exigencia resulta claramente incumplida por el criterio objeto de impugnación, que otorga puntuación en función de la distancia del centro sanitario con el Hospital público puntuando con cero puntos de los 20 posibles a todos aquellos locales que estén a una distancia lineal superior a 500 metros. El artículo 150.1 TRLCSP es claro cuando al definir los criterios de valoración de las ofertas dispone que *«deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato»* y esa vinculación no se puede predicar en un contrato cuyo objeto es el servicio de hemodiálisis y donde la exigencia de cercanía al Hospital (fijada en 500 metros) por motivos de mejor respuesta en caso de «incidencias» que aconsejen derivar al Hospital a los pacientes, limita de forma indebida la concurrencia, al ser, notoriamente, una distancia muy escasa. No en vano el TJUE en su sentencia de 27 de octubre de 2005, *Contse,* S.A, ya advirtió de la ilegalidad de criterios de valoración de distancia que limitan de forma indebida la competencia.

Por ello, como se dijo en nuestro Acuerdo 60/2015, *«[...] si los criterios que suponen una limitación al principio de concurrencia, deben ser considerados ilegales, tal y como ha declarado la STJUE de 15 de octubre de 2019, Acoset, al advertir que todo procedimiento de licitación debe generar la concurrencia. Y esto es lo que sucede con el criterio objeto de análisis, pues evidentemente favorece a «grandes» operadores económicos, con capacidad de adscribir ese importante número de equipos, por lo que su directa aplicación comporta un*

indebido cierre del mercado. Conclusión que se constata al ser solo una empresa la que ha presentado oferta a la licitación, lo que es un indicio claro —a modo de las denominadas por la Comisión Europea «banderas rojas»—, de indebida tramitación del procedimiento y de quiebra del principio de eficiencia, al no existir concurrencia de ofertas que permita una adecuada economía de escala».

Además, el sistema de ponderación, sin concreción en la asignación de la puntuación, infringe la obligación de adecuada transparencia (STJUE de 16 de septiembre de 2013, de condena al Reino de España) y la doctrina fijada al respecto por este Tribunal administrativo (por todos Acuerdo 5/2015).

En definitiva, este criterio es ilegal y procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso y, en consecuencia, anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, *EVN AG y Wienstrom GmbH* contra República de Austria TJUE), —que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento, conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello

equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».

En definitiva, como se afirma en nuestro Acuerdo 86/2015, la anulación de un criterio de adjudicación, o de las normas para su valoración, obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

CUARTO.- Se impugna también la exigencia de contar con autorizaciones antes de la celebración del contrato, alegando un incumplimiento de la doctrina de nuestro Acuerdo 52/2013 sobre la no posibilidad de exigir la autorización de centros y servicios sanitarios en Aragón.

Esta alegación no puede prosperar porque los pliegos no contienen ninguna exigencia como la alegada. Los pliegos referencian la obligación legal de contar con las preceptivas licencias de apertura para prestar la actividad. Lo que no puede ser considerado en modo alguno una barrera de entrada, pues la esencia de la prestación licitada es prestar un servicio, de especial interés público, al momento de la formalización. Y para ese momento la empresa adjudicataria debe cumplir con las exigencias legales para prestar la actividad. La carencia previa de instalaciones es, sin duda, una dificultad con la que deben contar cualquier licitador interesado, pero en modo alguno exigir que la empresa prestataria cumpla con las exigencias legales al momento de la adjudicación es una restricción indebida de la competencia.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos

del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por D. Francisco Javier Artiles Camacho en nombre y representación de AVERICUM, S.L.U, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Gestión del servicio de hemodiálisis extrahospitalaria para pacientes del Hospital de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud —Sector de Alcañiz, y anular la licitación por existir un criterio de adjudicación ilegal.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 27/2017, de 17 de octubre de 2017, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

CUARTO.- El Servicio Aragonés de Salud deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.