RE 069/2020

Acuerdo 73/2020, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "CENTRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO POR LA IMAGEN, S.L." frente a los pliegos del «Acuerdo Marco de homologación del servicio de realización de procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles», promovido por la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación relativo al Acuerdo Marco aludido en el encabezamiento del presente Acuerdo se remitió, para su inserción en el Diario Oficial de la Unión Europea, el día 10 de agosto de 2020, publicación que tuvo lugar el 14 de agosto siguiente. Dicho anuncio fue asimismo publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el día 13 de agosto de 2020. Según figura en los citados anuncios, el plazo para la presentación de ofertas finaliza el día 5 de octubre de 2020.

Se trata de la celebración de un Acuerdo Marco para la homologación de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, sujeto a regulación armonizada y un valor estimado de 16 590 000 euros, IVA no incluido.

El contrato se divide en 20 Lotes.

Segundo.**-** El día 3 de septiembre de 2020 se presentó, a través del Registro del Gobierno de Aragón, escrito de recurso especial en materia de contratación

interpuesto por don M.U.C., en nombre y representación de la mercantil "CENTRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO POR LA IMAGEN, S.L.".

Dicho recurso va dirigido contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del Acuerdo Marco de referencia y, en síntesis, aduce lo siguiente:

1.º Que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el procedimiento es contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación, pues –a su juicio– impone requisitos de admisión de ofertas que excluye a las licitadoras que no dispongan de autorización administrativa previa desde el mismo momento de la presentación de la oferta.

2.º Invoca, asimismo, nulidad del criterio concerniente a la valoración de las mejoras en los criterios de adjudicación de los contratos derivados recogidos en el Anexo XII del PCAP.

Por todo ello, interesa la nulidad de la licitación, solicitando, asimismo, la adopción –como medida cautelar– de la suspensión del procedimiento de licitación en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

Tercero.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación el día 4 de septiembre de 2020, que remitió el día 10 de septiembre siguiente, el expediente y el informe sobre el recurso a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- Con fecha 4 de septiembre de 2020 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la actora la subsanación de la documentación que se acompaña al escrito de recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le

tendría por desistida de su petición. La documentación requerida ha sido aportada por la recurrente el día 8 de septiembre siguiente.

Quinto.- Al no haber finalizado el plazo de presentación de ofertas no se ha llevado a cabo el trámite de audiencia establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "CENTRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO POR LA IMAGEN, S.L." para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

SEGUNDO.- El Acuerdo Marco objeto de licitación versa sobre la homologación de determinados servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros y ha sido convocado por un ente del sector público, mientras que el objeto del recurso lo constituyen los pliegos que rigen la misma, por lo que el acto recurrido es susceptible del recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 44 –apartados 1.b) y 2.a)– de la LCSP y del 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 adelante, LMMCSPA).

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta el mismo.

Como primer motivo postula la recurrente que el PCAP, en concreto el requisito establecido en la cláusula 2.3.2, es contrario al principio de igualdad de trato de los licitadores, pues impone como requisito de admisión de las ofertas disponer de la autorización administrativa a que se refiere el artículo 29 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) –en los términos establecidos en el Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios de Aragón– desde el mismo momento de la presentación de la oferta. Ello supone, según su criterio, que no puedan presentarse a la licitación aquellas licitadoras que no tengan la mencionada autorización.

En apoyo de su tesis cita los Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, y 119/2016, de 7 de diciembre de este Tribunal administrativo.

Por su parte, el informe del órgano de contratación emitido con ocasión del presente recurso defiende que:

«*Como primera cuestión señalar que contar con dicha autorización, no se exige para participar en la licitación.*

La cuestión se incluye dentro del epígrafe de los pliegos relativo a la adjudicación, de manera que no se precisa para la licitación, en ningún caso, la redacción recurrida es la siguiente:

*"**Habilitación empresarial o profesional para la realización de la prestación objeto de contrato.***

Si resulta legalmente exigible como condición de aptitud para contratar, deberá aportarse la documentación que acredite la correspondiente habilitación empresarial o profesional para la realización de la prestación que constituya el objeto del presente acuerdo marco (conforme al artículo 65.2 LCSP).

En aplicación de lo indicado en el párrafo anterior, se deberá aportar Resolución del órgano competente del Departamento de Sanidad de autorización administrativa previa para la instalación y funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios (artículo 29 Ley General de Sanidad), en los términos establecidos en el Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el

reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios de Aragón. Así mismo, se deberá aportar la acreditación de estar inscrita en el Registro de Centros y Establecimientos Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón en los términos recogidos en dicho Decreto."

El primer párrafo esta tomado de los pliegos tipo aprobados para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a la adjudicación, el segundo completa las indicaciones específicas para la autorización como centros sanitarios, dentro de un pliego específico, que fue informado por la Dirección General de Servicios Jurídicos, y fiscalizado de conformidad por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El hecho de que la cuestión se regule dentro del epígrafe relativo a la adjudicación, desmonta la primera premisa de la recurrente, y es que contar con la autorización administrativa no se exige para participar en la licitación.

La recurrente alega diversos Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en los que se trata la cuestión de contar con autorizaciones administrativas, pero en los Acuerdos que alega la recurrente la petición de autorización administrativa para ejercer la actividad se exige como criterio de solvencia, lo que no se da en los pliegos recurridos.

La regulación de la autorización administrativa para el funcionamiento de establecimientos sanitarios se regula, en el Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios de Aragón, que se dicta en desarrollo del artículo 39 de la Ley Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, en cuanto a inspección, que indica la necesidad de establecer los criterios en cuanto a procedimiento de autorización para la instalación modificación y cierre de centros y servicios sanitarios en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El artículo 1 del Decreto 106/2004 establece lo siguiente: "El objeto del presente Reglamento es regular la autorización para la instalación, modificación, funcionamiento y cierre de centros y servicios sanitarios, públicos y privados, de cualquier clase o naturaleza, ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón."

El expediente recurrido es un Acuerdo Marco, de los regulados en el artículo 219 de la LCSP, que pueden ser fijados con varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período

determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas.

En el presente supuesto dentro de las condiciones se establece, para la fase de adjudicación el hecho de contar con autorización administrativa para el ejercicio de la actividad, en ningún caso como requisito previo, sino que se solicita en la fase de la adjudicación, con carácter previo a la formalización del contrato.

En el epígrafe 2.3 "Adjudicación", se incluye la cláusula que ahora se recurre, 2.3.2 "Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por los licitadores que haya presentado las ofertas admitidas", con la siguiente redacción:

"Habilitación empresarial o profesional para la realización de la prestación objeto de contrato.

Si resulta legalmente exigible como condición de aptitud para contratar, deberá aportarse la documentación que acredite la correspondiente habilitación empresarial o profesional para la realización de la prestación que constituya el objeto del presente acuerdo marco (conforme al artículo 65.2 LCSP).

En aplicación de lo indicado en el párrafo anterior, se deberá aportar Resolución del órgano competente del Departamento de Sanidad de autorización administrativa previa para la instalación y funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios (artículo 29 Ley General de Sanidad), en los términos establecidos en el Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios de Aragón. Así mismo, se deberá aportar la acreditación de estar inscrita en el Registro de Centros y Establecimientos Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón en los términos recogidos en dicho Decreto."

El epígrafe referido a la adjudicación recoge que documentación corresponde aportar en esta fase por los propuestos como adjudicatarios, que ya fueron admitidos a la licitación, como paso previo.

La obligación de aportar la autorización por tanto no es para los licitadores sino para los propuestos como adjudicatarios.

Para la licitación se aporta la documentación recogida en el epígrafe 2.2.5 "Contenido de las proposiciones", donde no se recoge la aportación de la autorización, puesto que esta se solicita solamente a los propuestos como adjudicatarios.

Tras la admisión de las ofertas, se procede a la clasificación de las ofertas, y a los propuestos como adjudicatarios del acuerdo marco, se les exige en ese momento la aportación de diversa documentación entre la que se encuentra la autorización, porque la acción de homologar supone acordar que el adjudicatario tiene la capacidad de prestar el servicio, mediante la adjudicación posterior del contrato derivado, y esa capacidad, que incluye contar con la autorización, debe comprobarse en la adjudicación.

Al respecto añadir que el contrato derivado, nace de la ejecución del Acuerdo Marco, y se podría dar el supuesto de que solamente hubiera un homologado, en cuyo caso para la prestación del servicio no habría que licitar un contrato derivado, lo cual supondría que se encargará la prestación a un licitador que no ha tenido que acreditar en ningún momento que cuenta con la correspondiente autorización, por lo que es el momento de la adjudicación del Acuerdo Marco cuando debe de solicitarse la autorización.

Tras la adjudicación del Acuerdo Marco, ya surgen derechos y obligaciones entre las partes, es decir comienza la ejecución de este, independientemente de que luego se tramiten o no contratos derivados, por lo que es necesario para homologar, acreditar que se cuenta con capacidad para la prestación del servicio.

El recurrente alega que al tratarse de un Acuerdo Marco, la ejecución comienza con la adjudicación de los correspondientes contratos derivados, pero el requisito de contar con la autorización es un requisito para la adjudicación y futura formalización, dentro de un ámbito en el que ya se traba una relación de sujeción especial con la firma del Acuerdo Marco, entre Administración y Adjudicatario, que debe acreditar que cuenta con la autorización, es decir con una capacidad ampliada para la prestación de servicios sanitarios, de forma previa a la licitación de los contratos derivados, pero en ningún caso para licitar al Acuerdo Marco, ya que no se trata de un requisito de solvencia».

A la vista de lo expuesto, procede entonces acudir a la regulación contenida en el apartado 5º de la cláusula 2.3.2 del PCAP, que ha quedado transcrita, cuyo tenor se cuestiona.

Asimismo, se debe tener en cuenta el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) cuyo tenor literal es el que sigue:

«3. CONDICIONES GENERALES Y OBLIGACIONES QUE DEBEN CUMPLIR LAS EMPRESAS ADJUDICATARIAS HOMOLOGADAS.
3.1. Cumplimiento de la normativa vigente

El adjudicatario homologado dispondrá de la correspondiente autorización de funcionamiento por parte del Departamento de Sanidad y estará inscrito en el Registro de Centros y Establecimientos Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón.»

Pues bien, este Tribunal –en el meritado Acuerdo 52/2013– ya tuvo ocasión de analizar la incidencia del Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, en el ámbito de la contratación pública; en el Fundamento de Derecho Tercero del citado Acuerdo, a propósito de la autorización sanitaria –en sus diversas versiones– regulada por dicha norma autonómica, se afirmaba lo siguiente:

«*El órgano de contratación introduce como requisito de solvencia en el Anexo II del PCAP la exigencia de autorización administrativa para la oferta asistencial de varias actividades sanitarias, entre ellas nefrología y diálisis, en los términos del Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios de Aragón (BOA nº 53, de 10 de mayo de 2004). En concreto, la incluye en relación a "la descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa". Exige, además, la disposición de dicha autorización con carácter previo, al ser considerada como un requisito de solvencia técnica.*

Sin embargo, el artículo 78 TRLCSP, que regula la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios –y que resulta aplicable en este caso–, establece unos medios tasados para acreditar la solvencia técnica o

profesional, y a juicio de este Tribunal, en ningún caso resulta admisible introducir dicha exigencia de autorización administrativa, vinculada a la prestación de un servicio sanitario, como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional del empresario, en un apartado, el apartado c) del artículo 78 TRLCSP, con el que no guarda ninguna relación.

La acreditación de la solvencia técnica o profesional, opera de manera distinta de la acreditación de la solvencia económica y financiera, para la que el propio artículo 75.2 TRLCSP permite, por razones justificadas, su acreditación por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación.

(…)

Este Tribunal entiende que se trata de tres cuestiones totalmente distintas: así, una cuestión es la habilitación empresarial o profesional a que se refiere el artículo 54.2 TRLCSP, relativo a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trate y que funciona como requisito de capacidad; otra cuestión es la solvencia técnica o profesional, pensada para acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión; y una tercera sería, en este caso, la autorización administrativa exigida a los centros y servicios sanitarios.

En relación a los requisitos de solvencia, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, en el sentido de entender que siempre deberán tener relación directa con el objeto del contrato, ser proporcionales al mismo y no discriminatorios.

Además, y tal y como manifiesta el recurrente en su escrito de fecha 27 de agosto de 2013, el mismo centro gestor (Servicio Aragonés de Salud), para la prestación de un servicio de similar naturaleza en el Sector de Alcañiz –servicio de hemodiálisis extrahospitalaria para pacientes del Hospital de Alcañiz– no exige dicha autorización administrativa, si bien resulta obvio que el prestador deberá contar con ella, en aplicación del Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento que regula la

autorización de centros y servicios sanitarios en Aragón, en el momento inmediatamente anterior al inicio de la actividad».

También se analizó dicha cuestión en el Acuerdo de este Tribunal administrativo 72/2019, de 24 de junio, en el que se llegaba a la misma conclusión y en el que se decía: «*de una parte, al tratarse de un Acuerdo Marco cuya naturaleza de sistema dinámico de contratación –más que un procedimiento en puridad per se para contratar–, ello implica que, en atención de los intereses en juego, las reglas de su adjudicación hayan de modularse (también en lo concerniente a la aptitud de los licitadores) en pro del principio de concurrencia –que en el momento de la licitación del Acuerdo Marco debe ser asimismo tenido en cuenta, además del de igualdad de trato, invocado por la recurrente– y sea, con ocasión de la adjudicación del contrato derivado, cuando tales reglas se apliquen con todo el rigor, habida cuenta que su carácter dinámico ha de entrañar, necesariamente, cierta flexibilidad en su implementación. Y, de otra, los parámetros legales no han variado en la norma ahora en vigor; al contrario, la regulación sustantiva contenida en la misma al respecto permanece invariable en los vigentes preceptos correlativos a los aludidos en dicho Acuerdo 52/2013: artículos 65 `Condiciones de aptitud´, 87 `Acreditación de la solvencia económica y financiera´ y 90 `Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios´ de la LCSP*».

Así, se concluía que la exigencia de la citada autorización regulada en el mencionado Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, será precisa en el momento que comience la ejecución del contrato derivado, pero no antes.

Pues bien, en el presente caso y aunque el informe emitido por el órgano de contratación a resultas del presente recurso – en consonancia con la regulación contenida en el apartado 3.1 del PPT- argumenta que la exigencia de la autorización a que alude la cláusula 2.3.2 –apartado 5º– del PCAP, es en el momento previo a la adjudicación del contrato, al señalar que: «*En el presente*

supuesto dentro de las condiciones se establece, para la fase de adjudicación el hecho de contar con autorización administrativa para el ejercicio de la actividad, en ningún caso como requisito previo, sino que se solicita en la fase de la adjudicación, con carácter previo a la formalización del contrato.», el tenor literal de la mencionada cláusula se contradice con lo razonado con el órgano gestor, puesto que, por un lado, en el PCAP la aportación de dicha autorización viene configurada como requisito de aptitud o capacidad para acceder a la licitación y como tal, dicho requisito debe concurrir al tiempo de presentar las ofertas a la licitación, tal y como establece el artículo 140.4 de la LCSP.

Y de otro lado, tal autorización se ha equiparado a la habilitación profesional regulada en el artículo 65.2 de la LCSP, precepto que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) –en un criterio que este Tribunal comparte– ha tenido ocasión de analizar en su Resolución 376/2018, de 13 de abril en la que se afirma que: «(…) *resulta que esa habilitación profesional o autorización especial se integra en lo que el TRLCSP* (actual LCSP) *denomina aptitud para contratar, que se incardina en la materia más amplia de "capacidad y solvencia del empresario", por lo que la habilitación profesional, que se concreta en el inscripción en un Registro mercantil o profesional (Anexo XI de la Directiva), o la autorización especial empresarial o la pertenencia a una determinada organización son circunstancias atinentes a la persona del profesional o al empresario para poder ejercer la profesión o desarrollar la actividad, pero en modo alguno se refiere a aquellas otras autorizaciones que legalmente sean precisas con carácter sectorial en la ejecución o desarrollo de una concreta actividad económica o productiva, y menos aún, a las autorizaciones de apertura o de funcionamiento de instalaciones o establecimientos, que solo son exigibles para la ejecución del contrato, lo que es otra cuestión ajena a la que se plantea en este recurso*».

Así las cosas, asiste razón a la recurrente en el presente motivo en cuanto a que la aportación y la disposición de la autorización en cuestión debe producirse en el momento que comience la ejecución del contrato derivado tal y como se ha razonado anteriormente, por cuanto no se trata de una habilitación profesional si no que se trata de una autorización concerniente al desarrollo de la prestación del servicio que se pretende contratar.

Por ello, al estimarse este motivo de recurso, este Tribunal administrativo considera que el párrafo Tercero –que recoge la autorización en cuestión– del apartado 5º de la cláusula 2.3.2 del PCAP no es conforme a Derecho y, en tanto tiene un efecto limitativo a la concurrencia, procede su invalidación, así como la anulación de la licitación debiéndose retrotraer las actuaciones al momento anterior a la aprobación del meritado pliego.

Aunque la estimación de este motivo de recurso haría innecesario este análisis —pues del mismo se deriva la nulidad de la licitación—, este Tribunal considera necesario, en aras al principio de congruencia y de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, pronunciarse sobre el otro motivo del recurso aducido por la actora.

CUARTO.- A continuación, postula la recurrente –como segundo motivo de recurso– que, el criterio de adjudicación relativo a las mejoras en los contratos derivados que regula el Anexo XII del PCAP del Acuerdo Marco, se encuentra regulado de forma insuficiente puesto que no se concretan los criterios a aplicar, ni se fijan las reglas de ponderación o subcriterios. Considera que no es admisible que tales criterios se fijen *a posteriori* por el órgano de contratación, calificando dicha actuación de arbitraria.

Refiere en apoyo de su tesis una serie de Resoluciones del TACRC, que versan acerca de la concreción de las mejoras en cuanto a criterio de adjudicación.

Por su parte, el informe del órgano de contratación emitido con ocasión del presente recurso refiere que: «*El Anexo XII de los pliegos administrativos tiene la siguiente redacción:*

"ANEXO XII CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DERIVADOS QUE REQUIERAN NUEVA LICITACIÓN

El órgano de contratación de la unidad peticionaria correspondiente establecerá en cada licitación la ponderación de criterios que considere más adecuada. Los criterios de adjudicación que podrán tenerse en cuenta para la adjudicación de los contratos derivados del presente acuerdo marco de homologación serán los siguientes, no pudiendo tenerse en cuenta otros distintos:

1 – PRECIO:

Los precios homologados en la adjudicación del acuerdo marco tendrán carácter de máximos (para cada contratista correspondiente) y limitarán los ofertados en los contratos derivados, los cuales podrán ser mejorados a la baja en el correspondiente procedimiento de licitación.

Este criterio debe utilizarse de forma obligatoria en la adjudicación de los contratos derivados.

- *El precio homologado en el Acuerdo Marco correspondiente al lote que se licita se ponderará como mínimo en un 60% de la puntuación otorgada a este criterio.*
- *El precio ofertado para el contrato derivado se podrá ponderar como máximo en un 40% de la puntuación otorgada a este criterio.*

2 – VALOR TÉCNICO DE LA OFERTA HOMOLOGADA:

La puntuación obtenida en el acuerdo marco de homologación en la valoración técnica de las proposiciones (criterios de adjudicación 2 a 5 del Anexo XI) permanecerá inalterable, pudiendo ser ponderada en el porcentaje que determine el órgano de contratación derivado.

3 – REDUCCIÓN DE LOS TIEMPOS DE ESPERA:

Se podrá valorar la reducción de los tiempos de espera para la citación, realización de la prueba y/o emisión del informe que mejoren los previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas o los propuestos por la empresa en su oferta homologada en el acuerdo marco.

4 – DISTANCIA DEL CENTRO CONCERTADO AL HOSPITAL DE REFERENCIA:

Se podrá valorar la distancia, en kilómetros, entre el centro concertado y el hospital de referencia, cuando implique reducción de costes y/o tiempo en el traslado de pacientes ingresados o en el desplazamiento desde domicilio de pacientes externos, o suponga mejoras sensibles en la confortabilidad de los usuarios. (EXCEPTO PARA EQUIPOS MÓVILES)

5 – RAZONES ASISTENCIALES BASADAS EN CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LA OFERTA HOMOLOGADA:

Se podrá valorar la existencia de circunstancias pura y exclusivamente clínicas o asistenciales, basadas en características técnicas (materiales o personales) de las ofertas homologadas, que determinen que la prueba o

procedimiento para un o unos pacientes concretos o una tipología concreta de pacientes debe preferentemente realizarse con unos determinados centros concertados, pero no con otros de los homologados.

6 – OTRAS MEJORAS O SERVICIOS COMPLEMENTARIOS:

Se podrán valorar otras mejoras o servicios complementarios directamente relacionados con la realización de las pruebas o procedimientos diagnósticos, que supongan una mayor calidad técnica de la prestación. Los aspectos cualitativos a valorar deberán ser suficientemente especificados por el órgano de contratación derivado en cada licitación, determinando los requisitos, límites, modalidades y características de las mejoras (artículo 145.7 LCSP).

La ponderación máxima atribuida a este criterio no podrá superar el 2,5% de la puntuación máxima total.

La ponderación atribuida al criterio 1 "Precio" no podrá ser inferior al 30% de la puntuación total, ni superar el 49%.

La ponderación atribuida al criterio 2 "Valor técnico de la oferta homologada", de ser utilizado, no podrá ser inferior al 18% de la puntuación total.

La ponderación conjunta atribuida a los criterios de adjudicación relacionados con la calidad de la prestación (criterios 2 a 6), deberán representar al menos el 51% de la puntuación máxima asignable en la valoración de las ofertas.

Cuando se produzca empate entre ofertas se aplicarán los criterios de desempate previstos en la cláusula 2.3.1 de este Pliego."

Según indica la alegación la introducción de mejoras como criterio de adjudicación de los contratos derivados exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o en su caso en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. Considera que se deja al arbitrio del Órgano de Contratación la determinación de las mismas, su puntuación, o el establecimiento de nuevos criterios que no se sabe si serán todos, alguno o ninguno de ellos, ni se sabe que ponderación tendrán.

El anexo XII de los pliegos administrativos, que la recurrente pone en cuestión, establece una enumeración de los criterios que se podrán utilizar en los contratos derivados, pero dejando abierta la ponderación de los mismos y la definición concreta al derivado, si bien establece límites y condiciones al establecimiento y ponderación de los criterios, debido a que el contrato derivado es otra licitación, basada en el Acuerdo Marco que este no trata de definir de forma cerrada puesto que luego será cada sector sanitario, como Órgano de Contratación de cada uno de los derivados quien defina las necesidades concretas y determine la ponderación aplicable a su contrato derivado, en función de sus concretas necesidades y circunstancias.

En apoyo de esta posibilidad hay que hacer referencia a lo indicado en el artículo 221.5 de la LCSP que establece lo siguiente:

"Cuando en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 anterior, para la adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco procediera una nueva licitación, esta se basará, bien en los mismos términos aplicados a la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, bien, en otros términos. En este último caso, será necesario que dichos términos hayan sido previstos en los pliegos de contratación del acuerdo marco y se concreten con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado.

Por otra parte, si los pliegos del acuerdo marco no recogieran de forma precisa la regulación aplicable a los contratos basados, esta deberá necesariamente incluirse en los documentos de licitación correspondientes a dichos contratos basados."

Esto acredita la posibilidad de que, en la contratación de los derivados, se pueda, de forma acorde con el Acuerdo Marco, establecer otros términos, y en este caso la concreción de los criterios y su ponderación.

La recurrente alega que la definición concreta de ponderaciones y criterios en el derivado supone una situación de indefensión, lo cual no resulta correcto puesto que la licitación de los derivados, puede ser recurrida, por tratarse de una nueva licitación, y en este sentido el artículo 44.1.b) de la LCSP establece dentro de los actos recurribles, los procesos de licitación de contratos basados en un Acuerdo Marco con la siguiente redacción:

"1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:
a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos."

En caso de no llegar a estos umbrales económicos, que en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón están rebajados, la vía de oposición sería el recurso administrativo ordinario.

El objetivo del Acuerdo Marco ha sido establecer unos límites a la ponderación de los contratos derivados de él, pero sin llegar a determinar de forma cerrada todos los aspectos, cuestión que ampara la LCSP, teniendo en cuenta las distintas necesidades y circunstancias de los Sectores Sanitarios, y considerando el hecho de que esta opción no supone en ningún caso indefensión para los licitadores del contrato derivado puesto que pueden acudir a la vía de los recursos igualmente.

Las diferentes situaciones, y características de los Sectores Sanitarios aconseja que cada Sector tenga margen para definir, mediante la elección de criterios y su ponderación, las características de la prestación de servicios en su Sector. Los sectores de Zaragoza capital, que cuentan con una buena red de centros sanitarios pueden preferir mejoras que impliquen una reducción de los tiempos de espera, y otros Sectores con peor cobertura y en un entorno rural, como el Sector de Barbastro, pueden primar la distancia al centro concertado, para evitar desplazamientos de los pacientes.

En definitiva, cerrar desde el Acuerdo Marco los criterios y su ponderación no permitiría atender situaciones diferentes, y se trata de una posibilidad amparada por la LCSP, que distingue que el Acuerdo Marco y el derivado como licitaciones distintas.

Con respecto al último de los criterios definidos en el Anexo XII:

"6 – OTRAS MEJORAS O SERVICIOS COMPLEMENTARIOS:

Se podrán valorar otras mejoras o servicios complementarios directamente relacionados con la realización de las pruebas o procedimientos diagnósticos, que supongan una mayor calidad técnica de la prestación. Los aspectos cualitativos a valorar deberán ser suficientemente especificados por el órgano de contratación derivado en cada licitación, determinando los requisitos, límites, modalidades y características de las mejoras (artículo 145.7 LCSP).

La ponderación máxima atribuida a este criterio no podrá superar el 2,5% de la puntuación máxima total."

Señalar que esta redacción es idéntica a la que da el artículo 145.7 de la LCSP, lo cual acredita la posibilidad de incluir otras mejoras y servicios complementarios, en la licitación de los derivados, con las lógicas limitaciones referidas a que sean previamente determinadas y por supuesto que estén relacionadas con el objeto del contrato, lo cual debe ser determinado en la licitación de cada uno de los derivados, no obligando la norma a su definición cerrada en el Acuerdo Marco».

Es decir, que la controversia se centra en la redacción del criterio de las mejoras que figura en el Anexo XII del PCAP, y que se ha transcrito con ocasión de la reproducción del informe emitido por el órgano de contratación en el presente recurso.

Una vez expuestos los términos del debate, procede –en primer lugar– traer a colación la Resolución 1375/2019, de 2 de diciembre, del TACRC y las que en ella se citan, en cuanto a la naturaleza del acuerdo marco y la relación entre

sus pliegos rectores y las condiciones que se puedan establecer en el documento de licitación. Así, nuestro homólogo señala que:

«…*"Los acuerdos marco no son contratos, sino un sistema de racionalización de la contratación, cuyas características esenciales han sido resumidas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal (JCCAE), así en su informe 36/2010 de 28 de octubre de 2011, por lo tanto, el acuerdo marco no es en sí mismo un contrato ni un procedimiento de contratación o adjudicación, sino un sistema por el cual las Administraciones Públicas pueden racionalizar la contratación. Ello no supone que no le resulten de aplicación las normas propias de los procedimientos de adjudicación establecidas en el TRLCSP y ello por establecerlo así expresamente el artículo 197 del TRLCSP, así si bien no es un procedimiento de adjudicación, se ha de sujetar a las mismas normas jurídicas que cualquier otra licitación.*

El acuerdo marco supone la licitación de un determinado servicio, suministro u obra mediante un procedimiento que se articula en dos fases: una primera en la que se elegirán uno o varios licitadores y se definirán los elementos esenciales del contrato y una segunda fase donde se concretarán definitivamente las prestaciones a contratar y se elegirá definitivamente al adjudicatario con quien se formalizará el contrato en caso de que se hubiera celebrado con varios. A través de ambos procedimientos se irán perfilando entonces los elementos esenciales de la licitación. Así aunque en el acuerdo marco puedan no estar completamente definidas las prestaciones que van a ser objeto de contratación, sí es necesario que los términos esenciales del contrato se encuentren fijados de una forma suficientemente determinada, pues de lo contrario se vulneraría el principio de libre concurrencia, y ello porque los contratos derivados basados en el acuerdo marco se celebran en un régimen de licitación restringida y por lo tanto es fundamental que los elementos esenciales del mismo hayan quedado definidos en el acuerdo marco y no puedan sufrir modificaciones sustanciales, pues de otro modo los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia se verían comprometidos.

En fin, tanto el artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE como el artículo 198.4 TRLCSP admiten implícitamente que en los acuerdos marcos celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos determinantes de la adjudicación de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio acuerdo marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes.

Ahora bien, lo cierto es que una cosa es los "términos" del contrato y otra los "criterios de adjudicación". En este sentido, no puede obviarse que el artículo 198.4.e) TRLCSP afirma que, en la nueva licitación que en tales casos ha de convocarse para la adjudicación de los contratos derivados, el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco, y en el mismo sentido, el artículo 32.4.d) de la mentada Directiva afirma que los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco. De esta forma, parecería inferirse que, si bien en los acuerdos marco suscritos con una pluralidad de empresarios es dable diferir el concreto detalle, precisión o definición de los términos de los contratos a la nueva licitación que, para la adjudicación de los contratos derivados, ha de convocarse, los criterios de adjudicación de éstos han de resultar debidamente detallados en los propios pliegos rectores del acuerdo marco. De cuanto antecede se deduce que el principio de transparencia y el de no discriminación exigen que en el acuerdo marco figuren detallados, según acabamos de indicar, los criterios que hayan de servir para la adjudicación de los contratos basados en él. Ahora bien, esto no puede ser interpretado en el sentido de no permitir una cierta flexibilidad a los órganos de contratación en el momento de precisar las condiciones en que deban ser adjudicados los tales contratos».

En este sentido, y en cuanto a los criterios de adjudicación de los contratos derivados que deben figurar en los pliegos que rigen un acuerdo marco, la Resolución 664/2019, de 20 de junio, del TACRC indica que:

«*En relación con los criterios de adjudicación, también hemos señalado que de los criterios detallados en el acuerdo marco puede llevarse a cabo una cierta concreción en los contratos derivados, si bien que, en aras de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar determinados previamente en el acuerdo marco, pero, es propio de la naturaleza de éste, que el órgano de contratación disponga de un cierto margen de discrecionalidad para poder elegir de entre los recogidos en él, aquellos que sean más adecuados a las características precisadas para los productos a adquirir y atribuirles la ponderación o preferencia que mejor se acomode a la satisfacción de las necesidades que busca cubrir mediante el contrato derivado*».

Por último, la Resolución 132/2013, de 5 de abril, del TACRC concluye lo siguiente: «(…) *necesariamente debe llevarnos a permitir que sobre los criterios detallados en el acuerdo marco pueda llevarse a cabo también una cierta concreción. Claro está que, en aras de "los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato" a que alude el expositivo 11 de la Directiva citada, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar determinados previamente en el acuerdo marco, como ya hemos dicho, pero, es propio de la naturaleza de éste, que el órgano de contratación disponga de un cierto margen de discrecionalidad para poder elegir de entre los recogidos en él, aquellos que sean más adecuados a las características precisadas para los productos a adquirir y atribuirles la ponderación o preferencia que mejor se acomode a la satisfacción de las necesidades que busca cubrir mediante el contrato derivado. En este sentido, el Tribunal acoge plenamente el criterio sostenido en la Resolución 148/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad Autónoma de Madrid cuando dice: "Este Tribunal entiende que si la ley permite acuerdos marco en que sea precisa una nueva licitación, cuando no todos los términos estén previstos en el mismo, deben poder aplicarse aquellos criterios de adjudicación que expuestos en el acuerdo marco, estén relacionados con el aspecto concreto del suministro que se quiera concretar, sin que sea posible por definición establecer a priori, cuáles de entre*

los posibles criterios expuestos han de utilizarse". Claro está que la elección de qué criterios de adjudicación van a ser utilizados en cada caso y cuál es la ponderación o preferencia que debe atribuirse a cada uno de ellos debe hacerse en todo caso con exquisita observancia de las exigencias que derivan del principio de igualdad de trato entre los distintos licitadores. No obstante, es así mismo claro, que la apreciación de si se ha observado o no esta exigencia no puede hacerse más que en el momento en que, de conformidad con lo que prevé el artículo 198.4 del TRLCSP, deben concretarse los términos de la nueva licitación. Y es en este preciso momento, cuando si alguno de los licitadores considerase que se ha producido infracción del ordenamiento jurídico al precisar tales condiciones, podrá impugnar en los términos previstos legalmente, el establecimiento de las mismas"».

Pues bien, en el presente caso, y siguiendo la doctrina recién expuesta, se comprueba como en el PCAP regulador del Acuerdo Marco se incluyen los criterios de adjudicación del contrato derivado, entre los que figura el de las mejoras –que es objeto de impugnación–. Si bien, por la propia naturaleza del Acuerdo Marco y las exigencias que debe cumplir el pliego que regule su celebración, se puede concluir que, efectivamente, la regulación que contempla el PCAP respecto del criterio de las mejoras para el contrato derivado, no es contraria al ordenamiento jurídico pues, de un lado, su redacción tal y como apunta el órgano de contratación, es transcripción del artículo 145.7 de la LCSP que no contraviene, por tanto, dicha norma legal y, además de otro, al encontrarnos ante el PCAP regulador de un Acuerdo Marco, es conforme a Derecho que en dicho pliego se expongan los criterios de adjudicación del contrato derivado –entre los que figura el criterio de las mejoras–, sin perjuicio de que dicho criterio junto con los demás que figuren en la nueva licitación, deban concretarse, atendiendo en todo caso a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de no discriminación, pudiendo ser objeto de nueva impugnación las reglas fijadas para adjudicar dicho contrato derivado, en caso de que algún interesado estime que éstas vulneran tales principios.

A la vista de cuanto se ha expuesto, cabe concluir que procede el rechazo de este motivo de recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por "CENTRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO POR LA IMAGEN, S.L." frente a los pliegos del «Acuerdo Marco de homologación del servicio de realización de procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles», promovido por la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud que deberá proceder a cuanto se expone en el Fundamento de Derecho Tercero del presente Acuerdo.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la

interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.