



EB 2018/175

Resolución 27/2019, de 5 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AVERICUM S.L.U. frente a los pliegos del contrato de “Servicios de hemodiálisis ambulatoria en centro de diálisis para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de noviembre de 2018 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AVERICUM S.L.U. (en adelante, AVERICUM) frente a los pliegos del contrato de “Servicios de hemodiálisis ambulatoria en centro de diálisis para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

SEGUNDO: El mismo día de presentación del recurso este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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). Dicha documentación se recibió el día 3 de diciembre de 2018.





TERCERO: No constan en el expediente más interesados que la administración contratante y la mercantil recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa que opera regularmente en el mercado prestando los servicios demandados en el contrato, y la representación de D. F.J.A.C., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial los pliegos que rigen la licitación del contrato.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) El recurrente señala que las cláusulas 21.4.1 y 21.4. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) son nulas de pleno derecho por dos motivos: el primero, porque se establece que se disponga de la autorización administrativa como centro sanitario con anterioridad a la prestación del propio servicio solicitado, y el segundo, porque la obligación de que el centro ofertado esté ubicado en Bizkaia supone una cláusula de territorialidad ilegal. Alega que el pliego exige la terminación y puesta a disposición del servicio de dos centros sanitarios en el momento de presentar la oferta y sin conceder un solo día para su construcción.
- b) La pretensión del recurso consiste en la nulidad de las citadas cláusulas y la anulación del procedimiento de licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega que tanto la exigencia de habilitación como el de la ubicación del centro en el Territorio Histórico de Bizkaia son ajustadas a derecho, ya que, por un lado, la legislación sanitaria vigente exige que dicho centro se encuentre debidamente autorizado para llevar a cabo la prestación y, por otro, la exigencia de una determinada ubicación se encuentra vinculada al objeto del contrato y es proporcional al mismo.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de las dos cuestiones planteadas en el recurso, que son la del momento en el que el licitador debe disponer de la autorización de centro sanitario solicitado en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y la de la legalidad de la exigencia de que el servicio se preste



en un centro ubicado en Bizkaia, debe partir del contenido de los pliegos, en concreto, de las siguientes cláusulas específicas del PCAP:

(...)

21.- SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS.

(...)

21.4.1.- Habilitación empresarial o profesional exigible: Autorización como centro sanitario que cuente con la oferta asistencial U15 Diálisis. La autorización deberá estar disponible en la fecha final de presentación de ofertas. El centro sanitario ofertado deberá estar ubicado en Bizkaia.

21.4.2.- Momento en que se ha de disponer de la habilitación: fecha final de presentación de ofertas

A la vista de todo ello, las apreciaciones del OARC / KEAO son las siguientes:

- a) Sobre la exigencia de disponer de una determinada autorización de centro sanitario

El objeto del contrato según la cláusula específica primera del PCAP consiste en la contratación de servicios de hemodiálisis en los términos que figuran en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, cuya cláusula primera dispone a tal efecto lo siguiente:

1.- OBJETO DEL CONTRATO

1.2 La contratación de prestaciones de tratamiento de hemodiálisis ambulatoria en centro de diálisis para el tratamiento de las personas afectadas por insuficiencia renal con cargo al Sistema Sanitario de Euskadi.

1.2 El adjudicatario deberá prestar todos los servicios, bajo prescripción de los facultativos autorizados por el Departamento de Salud, a los pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi, siendo el ámbito geográfico el correspondiente al área de influencia de las Organizaciones Sanitarias Integradas del área de salud de Bizkaia. Dentro de estas, la Organización Sanitaria Integrada de Barrualde-Galdakao da cobertura sanitaria a municipios del Territorio Histórico de Araba: Amurrio, Artziniega, Aiara, Laudio y Okondo.



El Real Decreto 1030/2016, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluye la diálisis dentro de la cartera de servicios comunes de atención especializada (Anexo III epígrafe 5.2.14) y, en lo que al recurso interpuesto interesa, dispone que la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél (artículo 4.3) y que estos centros, establecimientos y servicios estarán debidamente autorizados conforme a lo establecido en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, la normativa autonómica vigente y, en su caso, la normativa específica que regule su actividad (artículo 4.4).

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, dispone en su artículo 3.1 que Las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas autorizarán la instalación, el funcionamiento, la modificación y, en su caso, el cierre de todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en su ámbito territorial y en el apartado segundo del mismo artículo que La autorización sanitaria de funcionamiento es la que faculta a los centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, de cualquier clase y naturaleza, para realizar su actividad, y se exigirá con *carácter preceptivo* por las Comunidades Autónomas de modo previo al inicio de ésta. La autorización de funcionamiento será concedida para cada establecimiento y para cada centro sanitario, así como para cada uno de los servicios que constituyen su oferta asistencial, debiendo ser renovada, en su caso, con la periodicidad que determine cada Comunidad Autónoma.

Finalmente, el Decreto 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios del Gobierno Vasco, en su artículo 4 sobre la autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, señala que 1.-Todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Decreto, incluidos los servicios integrados en organizaciones cuya actividad principal no sea sanitaria, han de obtener las autorizaciones sanitarias de instalación y de funcionamiento.



Por lo tanto, no existe duda alguna de que la autorización requerida por la cláusula específica 21.4.1 del PCAP es una exigencia legal, de derecho necesario, relacionado con la capacidad del licitador para prestar el servicio, cuya finalidad es impedir que las entidades del sector público contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar la actividad de la que se trate. En este sentido, nos encontramos ante un requisito de aptitud del contratista (artículo 65.2 LCSP).

Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, el momento decisivo para apreciar la concurrencia de la autorización es el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, y ello con independencia del momento en que deba presentarse la acreditación correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 131/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de noviembre de 2016, nº de procedimiento 543/2015, ES:TSJPV:2016:3715). Todo ello concuerda, además, con las disposiciones de la Directiva 2014/24, que facultan al poder adjudicador a exigir a los operadores económicos a que demuestren estar en posesión de la autorización especial para poder prestar el servicio cuando, como en el supuesto que nos ocupa, dicha autorización fuera necesaria (artículo 58.2 párrafo segundo), habilitando al poder adjudicador a que esta circunstancia sea prevista como un criterio de selección para poder participar en el procedimiento de adjudicación (artículo 58.1).

Por ello, la cláusula impugnada al solicitar que la autorización deberá estar disponible en la fecha final de presentación de ofertas no incurre en infracción alguna, por lo que el motivo alegado no puede ser estimado.

Finalmente, cabe señalar que no resultan de aplicación al supuesto de este recurso especial las conclusiones del Acuerdo 52/2913 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón por dos razones: la primera, que el régimen jurídico de ambos contratos es diferente, ya que entre el dictado del acuerdo invocado y el presente recurso ha entrado en vigor la Directiva



2014/24 y la LCSP y la segunda, que el objeto del recurso es diferente, mientras que el Acuerdo 42/2013 se recurría la adjudicación del contrato y el pronunciamiento se debía basar en un clausulado firme, consentido por los licitadores y el poder adjudicador, en el que la autorización sanitaria era solicitada como un medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional, en el recurso ahora planteado se impugnan las bases de la licitación y se solicita un pronunciamiento sobre el ajuste a la legalidad del momento de la solicitud de la autorización especial.

b) Sobre la exigencia de que el centro esté ubicado en Bizkaia

Considera la recurrente que la exigencia de que el centro sanitario se encuentre ubicado en Bizkaia es una cláusula de territorialidad ilegal. Por el contrario, el poder adjudicador piensa que, en el presente caso, el arraigo territorial está vinculado al objeto del contrato y su exigencia es proporcional al mismo.

Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es la asistencia sanitaria y, en concreto, la prestación de unas terapias esenciales para la salud de pacientes



especialmente vulnerables de las Organizaciones Sanitarias Integradas de Bizkaia para que sean realizadas en condiciones semejantes a los tratamientos dispensados en los centros del poder adjudicador. Este OARC/KEAO entiende que la medida adoptada es adecuada a la finalidad que persigue, el que las condiciones de acceso al servicio prestado mediante el contrato sean similares a las prestadas en la propia red pública, ya que se consigue que las condiciones de acceso al servicio sean equivalentes en cuanto a cercanía de los centros a los domicilios de los pacientes, tiempos de llegada a los centros, posibilidad de utilización del transporte público, eficiencia en la utilización del transporte sanitario programado, en suma, que las personas enfermas que van a recibir dichas prestaciones sanitarias no se vean obligadas a realizar largos desplazamientos de ida y vuelta que pudieran penalizar su salud. De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito se deba cumplir imperativamente, no en un concreto término municipal, sino en cualquiera de los 112 que componen el Territorio Histórico de Bizkaia ya que, como se ha manifestado anteriormente, la ubicación del centro asistencial es sumamente relevante para la realización del objeto de contrato, sin que dicha exigencia pueda calificarse como arbitraria o injustificada, dado que se encuentra motivada e incardinada en la necesidad que el contrato quiere satisfacer.

Por el contrario, las alegaciones del recurrente sobre una posible discriminación son genéricas y de mera legalidad pues, siendo manifiesta la necesidad de que el servicio se debe prestar tras haberse obtenido la correspondiente autorización de la administración sanitaria, que la competencia de su expedición corresponde a las Comunidades Autónomas y que el recurrente es un operador económico conocedor de tales cuestiones por ofertar en el mercado los servicios objeto del contrato, en ningún punto del recurso especifica el daño concreto que le causa el poder adjudicador con la prescripción recurrida. En especial, no alega que disponga de un centro autorizado que cumpla con los principios de proximidad y accesibilidad que deben regir la prestación del servicio, ni cualquier otra circunstancia relevante de la que se derive un perjuicio cierto, no hipotético, de la aplicación de la cláusula impugnada. No puede ser considerada como tal, por absurda, la



afirmación de que no se concede un plazo para la construcción de un centro, ya que no se demanda la ejecución de obra alguna, sino la prestación de un servicio que ha de ser ejecutado conforme a unas exigencias legales por razón del colectivo al que va destinado.

En definitiva, la exigencia de que los centros asistenciales se encuentren ubicados en Bizkaia es una condición de ejecución del contrato que no contraviene los principios generales de la contratación pública. Por todo ello, este motivo impugnatorio debe desestimarse.

c) Conclusión

A la vista de lo anterior, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AVERICUM S.L.U. frente a los pliegos que han de regir el contrato de “Servicios de hemodiálisis ambulatoria en centro de diálisis para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.



TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko otsailaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de febrero de 2019