

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don D.M.E., en nombre y representación de la Federación de Servicios de Prevención Ajenos -ASPA-, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que han de regir el procedimiento de licitación del contrato de “Servicios relativos a la colaboración en materia de vigilancia de la salud laboral y asistencia sanitaria a los trabajadores de la Universidad Complutense de Madrid”, expediente nº 2016/000173 P-31/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de diciembre de 2016, se publicó en el BOE el anuncio por el que se hace pública la licitación de contrato de servicios mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios. Su plazo de ejecución es de dieciocho meses, prorrogable por igual periodo con una duración máxima de tres años. El valor estimado del contrato asciende a 360.000 euros.

Segundo.- El 13 de enero de 2017, ASPA interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación ante este Tribunal contra el PCAP solicitando que

“procedan a dictaminar la adecuación normativa de los apartados recurridos y, en su caso, las consecuencias de la misma”.

El mismo día de presentación del recurso se requirió al órgano de contratación para que, de acuerdo con el artículo 46.2 del texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de noviembre (en adelante TRLCSP), remitiera el expediente e informe preceptivo, lo que se verificó el 18 de enero de 2017. El órgano de contratación en su informe, defiende la adecuación a derecho de los pliegos impugnados. En consecuencia solicita la desestimación del recurso.

Tercero.- Concedido el trámite de alegaciones previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP ha presentado escrito PREMAP Seguridad y Salud, S.L.U., solicitando que se desestime el recurso interpuesto por ASPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- De acuerdo con lo establecido en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo del plazo iniciará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se dispone en el artículo 158 del texto refundido.

Habiéndose publicado la convocatoria el día 22 de diciembre de 2016 en el BOE y puesto los pliegos a disposición de los licitadores el día anterior, el recurso presentado el día 13 de enero de 2017, se interpuso en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra el PCAP de un contrato de servicios susceptible de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- Se acredita la legitimación activa de ASPA al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

En los Estatutos de la Federación se establece, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que ASPA es de carácter estatal y su ámbito profesional el sector de los servicios de prevención ajenos, y en cuanto a sus fines, el artículo 3 de los citados Estatutos, establece entre otros *“Defender de los derechos de las entidades representadas, en especial frente a la competencia desleal”*.

Quinto.- En cuanto al primer motivo del recurso, se impugna el PCAP por ser el presupuesto y en consecuencia el crédito reservado para su financiación insuficiente para la cobertura de costes, al no considerar el IVA, ya que no todas las actividades incluidas en el objeto del contrato se encuentran exentas de tributación. Por lo tanto se debería desglosar el importe exento de IVA de aquellas otras actividades que tributan al 21%.

El punto 3 de la carátula del PCAP, fija el Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara, señala: *“Exento de IVA (Ley 37/92 de 28/12/92, art. 20, aptdo. 2 y 3)”*.

Afirma la recurrente que el Pliego de Prescripciones Técnicas en el apartado IV, Requisitos Específicos, comprende actuaciones de vigilancia de la salud tanto en su aspecto individual (reconocimientos médicos) como colectivo, además de aspectos que no estarían incluidos y no concreta en el artículo 3 del RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización

de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. Al efecto adjunta el criterio de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo, de fecha 2 de octubre de 2013.

Opone el órgano de contratación que todas las actividades objeto del contrato están exentas de dicho impuesto ya que se refieren al diagnóstico, prevención y tratamiento de enfermedades, (incluido análisis clínicos y exploraciones radiológicas) a personas físicas, como parte de un colectivo y la asistencia se presta por profesionales médicos y sanitarios. Por lo cual quedan comprendidas en el ámbito de la Resolución de 2 de agosto de 2012, de la Dirección General de Tributos, sobre el tipo impositivo aplicable a determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios en el Impuesto sobre el Valor Añadido, que se dictó a la vista del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad y de fomento de la competitividad que establece, con efectos desde el 1 de septiembre de 2012, modificaciones, entre otros, en los artículos 90 y 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En primer lugar conviene recordar que no corresponde a este Tribunal determinar qué actividades están sujetas o exentas de IVA, limitándose su actividad de control a evaluar si las condiciones de la licitación se ajustan a la normativa contractual. El tipo de IVA aplicable viene determinado por la legislación tributaria y no por la de contratación pública. El tipo impositivo y el cumplimiento de los deberes formales e inherentes al devengo no dependen de la voluntad del licitador ni del órgano de contratación, sino de la aplicación de la normativa tributaria cuya disconformidad en vía administrativa han de resolver los tribunales económico-administrativos. Es decir este Tribunal debe controlar el cumplimiento formal de los requisitos fiscales tal como se regulan en la normativa de contratación pública, pero sin que pueda pronunciarse sobre la adecuación a la normativa tributaria. Esta diferencia de funciones se pone de manifiesto en la propia argumentación del recurso cuando señala que *“según el criterio de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (...)”*.

Según dispone el artículo 87 del TRLCSP “1. *En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

2. *El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”*

Por tanto, los órganos de contratación deben reservar crédito suficiente para afrontar el pago del precio que corresponda al contratista, incluido el IVA que deba soportar y repercutir, siendo una cuestión de carácter presupuestario que corresponde fiscalizar a los órganos que en cada ámbito tengan encomendada esa función, de acuerdo con el régimen jurídico que les resulte de aplicación. Tal y como afirmaba el Tribunal de Contratos Administrativos de Aragón en su Acuerdo nº 92/2015, de 5 de octubre de 2015 “*El presupuesto del contrato es el importe máximo limitativo del compromiso económico para la Administración, que debe ser objeto de la autorización del gasto, de acuerdo con el artículo 109 TRLCSP y se corresponde con el presupuesto de licitación, añadiendo el IVA correspondiente, puesto que esta cantidad también forma parte del gasto que el contrato va a suponer para la entidad contratante.*”

Cuestión distinta es si fijado un tipo impositivo (o la exención) este es discutido, para lo cual el Tribunal puede controlar la obligatoria consignación en el PCAP. En el caso concreto la recurrente invoca de forma genérica e imprecisa el

incumplimiento de la obligación de consignar de manera separada el tipo de las distintas prestaciones, pero ni concreta cuales son las prestaciones que no están exentas de IVA, ni la norma infringida, por lo que el motivo de recurso debe desestimarse.

Sexto.- El segundo motivo del recurso, consiste en la exigencia de un Diplomado Universitario en Fisioterapia como requisito de solvencia técnica.

Por otra parte, en el punto 5, apartado e) relativo a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional requerida se establece:

“Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

Criterios de selección (apartado e):

Se deberá aportar copia de la titulación y currículum vitae del personal responsable de la ejecución del contrato. Al menos un licenciado en Medicina, especialista en Medicina del Trabajo; un diplomado universitario en Enfermería, especialista en Enfermería del Trabajo; un diplomado universitario en Fisioterapia.

Concreción de las condiciones de solvencia:

De acuerdo con el artículo 64.1 del TRLCSP, se exige a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación: Sí.

De acuerdo con el artículo 64.2 del TRLCSP, además de acreditar su solvencia, o en su caso, clasificación, los licitadores deben comprometerse a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello: Sí

(Se deberá cumplimentar el modelo que figura como ANEXO A de la presente carátula e incluirlo en el Sobre nº 1 Documentación administrativa)”.

Considera la recurrente que siendo esa actividad sanitaria (fisioterapia) no comprendida en el objeto de los servicios de prevención ajenos, no están obligados a contar con fisioterapeutas entre sus efectivos, y su exigencia como requisito de

solvencia resulta restrictiva de la competencia y desproporcionada al no estar vinculada al objeto del contrato.

Alega que según el art. 4.2 del RD 843/2011, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, y la Guía para su aplicación que ha elaborado la Dirección General de Empleo, *“Existen ciertas especialidades cuya actividad básicamente sería incompatible con la pertenencia a un servicio de prevención, por lo que no estaría justificada su participación en estos servicios sanitarios (pediatría, geriatría, especialidades quirúrgicas). La justificación de la prestación de servicio de médicos especialistas distintos a los médicos del trabajo se encuentra en la idoneidad de la especialidad médica concreta para la realización de la actividad sanitaria del servicio de prevención de acuerdo con los riesgos asociados al trabajo”*. Por lo que entiende que pudiera considerarse como criterio de adjudicación, pero no como requisito de solvencia.

El órgano de contratación sostiene que es coherente con el objeto del contrato y con los riesgos asociados al trabajo en ese organismo, que *“si el servicio de prevención que licite no cuenta con un Fisioterapeuta podría recurrir a los medios de otra empresa especializada, o incluso comprometerse a contratar uno si resulta adjudicatario”*. Advierte que siendo la actividad de la Universidad *“básicamente de oficina o de docencia, y esta circunstancia, en sí misma, determina que la gran mayoría de las enfermedades relacionadas con dicho servicio se produzcan en relación con dolencias que pueden, y deben ser tratadas por profesionales en Fisioterapia, como podrían ser dolencias musculares y óseas relacionadas con la prestación laboral en oficinas”*.

Comprueba el Tribunal que el punto 1 del PCAP define el objeto del contrato consistente en *“la prestación de los servicios relativos a la colaboración en materia de vigilancia de la salud laboral y asistencia sanitaria a los trabajadores de la UCM, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares”*. Y añade el PPT en su apartado I que *“La Vigilancia de la Salud deberá*

ser específica, orientándose en función de los riesgos laborales y se deberá optar por los reconocimientos o pruebas, que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo, bajo la dirección del Servicio Médico del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid”.

Entre las actividades a realizar enumeradas en el apartado IV del PPT consta: *“Prevención y tratamiento de lesiones osteomusculares, a través de talleres de escuela de espalda y tratamientos fisioterapéuticos, con la participación de un fisioterapeuta especialista en la materia y con dedicación a tiempo completo en las instalaciones de la UCM. El 70% en el Campus de Ciudad Universitaria y el 30% en el Campus de Somosaguas.”*

En consecuencia, el requisito de solvencia está relacionado con los riesgos asociados al trabajo en la Universidad, y queda justificado por el órgano de contratación en su informe, por lo que se considera proporcional, adecuándose a los requisitos del artículo 62.2 del TRLCSP de vinculación y proporcionalidad con el objeto del contrato.

Cabe añadir que tanto el TRLCSP (art. 63) como la Directiva 24/2014/UE, sobre contratación pública, admite el recurso a las capacidades de otras entidades cuando proceda, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ella.

En consecuencia procede desestimar el recurso por este motivo.

Séptimo.- La cláusula I del PCAP en su punto 9 en relación con los criterios de adjudicación del contrato establece se otorgarán hasta 30 puntos a *“otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas”*, de los cuales hasta 12 puntos se otorgan por ofertar otras especialidades sanitarias con médicos propios acreditados y documentados de forma diferente de la Medicina/Enfermería del Trabajo, ajustándose a la siguiente fórmula de baremación:

De 1 a 3 Especialidades.....	2 puntos
De 3 a 6 Especialidades.....	6 puntos
Más de 6 Especialidades.....	12 puntos

Invoca el recurrente la prohibición del 4.2 del RD 843/2011, por la que los SPA están obligados a contar con profesionales que sean médicos o enfermeros de empresa y solo permite, con carácter subsidiario, la participación de otros profesionales sanitarios pero siempre en función de su capacitación y respecto de especialidades sanitarias muy concretas en función de los riesgos laborales a prevenir.

Por su parte el órgano de contratación reitera los argumentos de idoneidad, legalidad y oportunidad de contar con un mayor número de especialidades, estando además permitida la posibilidad de subcontratar, para prestaciones accesorias. Afirma que el hecho de acreditar mayor número de especialidades no implica o impide que puedan contribuir o colaborar en la prestación otros profesionales sanitarios y que se acredite correctamente su capacitación.

En relación a la posibilidad de establecer un criterio de adjudicación como el impugnado, procede comprobar si se respeta en su formulación lo dispuesto en la normativa de contratación pública.

En el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, respecto de los criterios de adjudicación de los contratos se establece:

“La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.”

Y el artículo 150.1 del TRLCSP:

“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”

La cuestión se centra en la elección de la *“proposición más ventajosa”*, basándose para ello la administración contratante precisamente en dichos criterios de adjudicación, gozando inicialmente de cierto grado de discrecionalidad a efectos de determinar los concretos criterios aplicables a cada procedimiento en función de la particularidades de cada contrato y justificándolo en el expediente (mandato del artículo 109.4 del TRLCSP).

No consta en el expediente informe de justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación y la ponderación atribuida a que se refiere el mencionado artículo 109.4.

El artículo 4.2 del RD 843/2011, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, establece lo siguiente: *“El personal sanitario debe contar con la cualificación necesaria para el desempeño de sus competencias profesionales: los médicos deberán ser especialistas en medicina del trabajo diplomados en medicina de empresa. Los enfermeros deberán ser especialistas en enfermería del trabajo o diplomados en enfermería de empresa. Podrán participar en*

el servicio sanitario otros médicos o enfermeros especialistas en posesión del título oficial, en función de la capacitación asociada a su especialidad o disciplina, cuyo tiempo de trabajo contará a efectos de dotación de recursos de los servicios sanitarios del servicio de prevención.”

Esto es, dicho artículo establece como requisito de cualificación principal que los profesionales sean médicos o enfermeros de empresa y permite, con carácter subsidiario, la participación de otros profesionales sanitarios pero siempre en función de su capacitación.

Al efecto señala la Dirección General de Empleo en su Guía para la aplicación del RD 843/2011:

“La participación de otros especialistas se encuentra asociada a la capacitación que los mismos tengan según su especialidad y su relación con los riesgos laborales a que están expuestos los trabajadores de la empresa que atiende el Servicio de Prevención y de las necesidades que generan en cuanto a procedimientos y recursos sanitarios. Estos especialistas formarán parte del servicio de prevención con una vinculación contractual de las mismas características que se exige a los especialistas en medicina del trabajo. Existen ciertas especialidades cuya actividad básicamente sería incompatible con la pertenencia a un servicio de prevención, por lo que no estaría justificada su participación en estos servicios sanitarios (pediatría, geriatría, especialidades quirúrgicas). La justificación de la prestación de servicio de médicos especialistas distintos a los médicos del trabajo se encuentra en la idoneidad de la especialidad médica concreta para la realización de la actividad sanitaria del servicio de prevención de acuerdo con los riesgos asociados al trabajo.”

Ni el PCAP ni el de PPT contempla ninguna especialidad médica diferente a las de medicina del Trabajo y Fisioterapia, ni identifica otras actividades o riesgos laborales que deban ser objeto de asistencia sanitaria especializada para su prevención y/o tratamiento.

Los criterios de adjudicación han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta. En nada se justifica cómo ofertar de cualesquiera especialidades sanitarias, diferentes a la medicina/enfermería o la fisioterapia, afecta a una mayor calidad o eficacia del servicio.

No estando justificada la relación con el objeto del contrato la valoración de otras especialidades medicas diferente de las propias del SPA, con la salvedad de la Fisioterapia referida anteriormente, resulta desproporcionado y carente de vinculación con el objeto del contrato otorgar puntuación por oferta un mayor número de especialidades de manera ilimitada (más de 6), debiendo estimarse el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación formulado por don D.M.E., en nombre y representación de la Federación de Servicios de Prevención Ajenos -ASPA-, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que han de regir el procedimiento de licitación del contrato de “Servicios relativos a la colaboración en materia de vigilancia de la salud laboral y asistencia sanitaria a los trabajadores de la Universidad Complutense de Madrid”, expediente nº 2016/000173 P-31/16, procediendo anular el apartado 9 de la carátula del PCAP en los términos indicados, lo que determina la anulación del PCAP y, en consecuencia, el procedimiento de adjudicación que, de persistir las necesidades que lo justifican, deberá iniciarse de nuevo.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.