

Recurso nº 518/2024
Resolución nº 054/2025

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

En Madrid, a 6 de febrero de 2025

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil LINDE MÉDICA, S.L.U., contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado “*Servicios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad de Madrid*”, licitado por la Agencia de Contratación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, del Servicio Madrileño de Salud, dependiente de la Consejería de Sanidad, con número de expediente PA SER 31/2024 (A/SER-028933/2024), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, respectivamente en fechas 25 y 27 de noviembre de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 213.560,75 euros y su plazo de duración será de tres años.

Los pliegos de la licitación fueron publicados coincidiendo con la fecha de convocatoria de la licitación.

En fecha 3 de enero de 2025 se publican el Informe de Insuficiencia de Medios, la Memoria Justificativa de los Criterios de Solvencia, la Memoria Económica, el Informe Justificativo de Necesidad y de División en Lotes y la Memoria Justificativa de las Condiciones Especiales de Ejecución.

A la presente licitación, cuyo plazo de presentación de ofertas terminaba el 9 de enero del 2025, a las 23:59 horas, se presentaron tres licitadores, entre ellos, la recurrente.

Segundo. - El 19 de diciembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto ante el Registro de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo el día 18 de diciembre de 2024, por la representación de LINDE MÉDICA, S.L.U., en el que solicita se anule el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas. En el escrito de interposición del recurso se solicita la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Tras un segundo requerimiento realizado por este Tribunal, el órgano de contratación remitió el expediente y el informe 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 (LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 9 de enero de 2025.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. En el plazo otorgado, se ha presentado escrito de alegaciones por parte de los otros dos licitadores que, junto con la recurrente, han presentado oferta al procedimiento: AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. y OXIMESA, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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. - Especial análisis merece la legitimación de la mercantil recurrente, pues los otros dos licitadores en el procedimiento, en su escrito de alegaciones al recurso, solicitan su inadmisión, al considerar que no ha presentado oferta y no justifica en qué medida los aspectos objeto del recurso podrían afectar a sus derechos e intereses legítimos, más allá de remitirse a una eventual participación en el procedimiento de referencia y limitarse a una defensa genérica de la legalidad. Y ello porque en su recurso apela a su legitimación, recogiendo textualmente:

“...nuestra presentada tiene derecho a la eventual participación en el procedimiento de licitación de referencia, constituyendo las prestaciones del objeto del contrato actividades que desarrolla habitualmente, según resulta del art. 2 de sus Estatutos Sociales.

A mayor abundamiento, nuestra representada no ha presentado oferta al procedimiento de licitación con anterioridad a la interposición del recurso especial.”

Comprueba este Tribunal del examen del expediente, que la recurrente presentó oferta a la licitación a las 14:27 horas del día 9 de enero de 2025, dentro del plazo de presentación de ofertas, mientras que el recurso fue interpuesto, con carácter previo

a la presentación de la oferta, el 18 de diciembre de 2024.

A la vista de lo anterior, se admite la legitimación de la recurrente, teniendo en cuenta no sólo que es licitadora participante en el procedimiento de licitación, por lo que ostenta derechos e intereses legítimos que pueden resultar afectados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP; sino asimismo, que su oferta fue presentada a la licitación con carácter posterior a la interposición del recurso, respetando la regla establecida en el artículo 50 de la LCSP, por la que *“con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente”*.

Asimismo, se comprueba la representación del recurrente firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se interpuso en tiempo y forma, pues el anuncio de convocatoria de la licitación y los pliegos fueron publicados en el Portal de Contratación el 27 de noviembre de 2024, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 19 de diciembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el anuncio y los pliegos, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto. - Fondo del asunto.

Siendo varios los motivos de impugnación, se procede a continuación al examen individualizado para cada uno de ellos, de las alegaciones de las partes y las consideraciones del Tribunal.

Los motivos esgrimidos en el recurso son los siguientes:

I.- El sistema de determinación y pago del precio previsto en la licitación no resulta conforme a Derecho, contraviniendo los pronunciamientos judiciales más recientes con relación a la fijación del precio en licitaciones con análogo objeto contractual.

1. Alegaciones de la recurrente.

En relación con este motivo, sostiene la recurrente que el objeto de la licitación es una prestación característica de un contrato de servicios de tracto sucesivo, en base a precio unitario, previsto por el artículo 17 de la LCSP; sin embargo, el órgano de contratación ha optado, en el apartado 5 de la Cláusula 1 del PCAP, por determinar el precio del contrato en la modalidad a tanto alzado aplicable a la totalidad de las prestaciones que integran el contrato, sin fijar dichos precios en base a precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, según lo dispuesto en el art. 102.4 LCSP.

Señala que no considera ajustado a Derecho el sistema de determinación del precio, que, de acuerdo con el pliego, es el resultado de multiplicar la cápita base de licitación por el número de titulares de tarjetas sanitarias de salud de la población protegida, que pueda ser subsidiaria de los tratamientos objeto del contrato, multiplicado por el factor de ponderación de morbilidad establecido para cada uno de los lotes, realizándose el pago mensual a cuenta a mes vencido. Y cita, en apoyo de su argumento, la Sentencia, de 21 de marzo de 2024, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección octava, de la Audiencia Nacional (A.N.), que entiende, para un supuesto idéntico, que el sistema de determinación y pago del precio capitativo no se ajusta, dada la naturaleza de las prestaciones de ejecución sucesiva, a lo dispuesto en los artículos 17 y 309 de la LCSP.

Opina que nada impedía al órgano de contratación prever un número estimado de tratamientos a realizar, en base a la información de la que se dispone, estableciendo los correspondientes precios unitarios máximos por terapia y día, a mejorar por los licitadores, procediendo por tanto de forma equitativa a la determinación del presupuesto de licitación, evitando trasladar al contratista la incertidumbre en cuanto al número de tratamientos y el riesgo de demanda que comporta el concepto de cápita.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En contra de lo argumentado por la recurrente, entiende el órgano de contratación que, gozando de discrecionalidad técnica, ha redactado los pliegos atendiendo a las necesidades a satisfacer por el Servicio Madrileño de Salud de la mejor manera posible, ya que, además, la patología respiratoria, como se demostró en la pasada pandemia COVID19, la epidemiología y factores como la incidencia y la prevalencia, son altamente variables, por lo que la sistemática de incorporar por vía capitativa a toda la población protegida es una elemento de mayor corrección, que sólo considerar los servicios realizados, de modo que cabe considerar que la financiación del proveedor es más ajustada que el pago concreto de la inclusión del asegurado en la cartera de prestatarios, ya que estos pueden variar, mientras que, de este modo todo el universo poblacional se encuentra contemplado.

Apunta que la licitación de los servicios de oxigenoterapia ha sido objeto de recurso en los tribunales de recursos especiales y tribunales jurisdiccionales en bastantes ocasiones y la motivación de la A.N. en la sentencia señalada por la recurrente es excesivamente sucinta. Señala que la Resolución del TACRC nº 568/2020, antecedente de la que ha conocido la SAN, contiene una extensa fundamentación del sistema de determinación del precio por “cápita”, señalando que *“un precio referido a paciente (repetimos, mediante el ajuste, según incremento o decremento del resultado de multiplicar la cápita por población protegida, de las terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior) es en efecto un precio unitario referido, como exige*

el art. 309 LCSP a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo”.

3. Alegaciones de los interesados

Por parte de AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., se alega que los artículos 309.1 y 102.4 de la LCSP permiten la posibilidad de que el órgano de contratación, discrecionalmente, fije el precio en base a unidades de ejecución, o a tanto alzado si no considerase conveniente su descomposición, sin que puedan los tribunales sustituir dicha discrecionalidad, como recoge la Resolución del TACRC 360/2022. Y que, en el presente caso, el órgano de contratación ha decidido estipular un precio capitivo en base a la población protegida, a tanto alzado, sin que la recurrente haya alegado arbitrariedad o error ostensible en su determinación.

Por otro lado, señala que la Sentencia de la A.N. citada no resuelve un supuesto idéntico al aquí analizado, pues en aquel caso, a diferencia del que nos ocupa, no se había justificado la falta de aplicación de la regla general del precio fijado por unidades de ejecución.

Por su parte, el otro licitador en el procedimiento, OXIMESA, S.L.U., entiende, en la misma línea, que la Memoria Económica justifica específicamente la elección de este sistema de determinación del precio, teniendo en cuenta la población ajustada en función del índice de morbilidad, siendo así un precio referido a componentes de la prestación o unidades de ejecución, siendo ésta la diferencia con el caso analizado por la Sentencia citada, por lo que tampoco se transfiere el riesgo operacional al contratista, tal como señala la Resolución del TACRC número 0568/2020, de 30 de abril.

4. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes, la cuestión se centra en determinar si en un contrato de servicios de tracto sucesivo, resulta ajustado a Derecho el sistema de determinación de precios previsto en los pliegos, a tanto alzado, en virtud del componente “cápita”.

Establece el PCAP en su Cláusula 1, apartado 5, que el presupuesto de licitación asciende a 128.136.450 euros, calculado a partir de una Cápita base de licitación de 5,018472, que constituye el importe máximo que puede ser recogido en la cápita ofertada por los licitadores

Dispone el mismo apartado lo siguiente:

“El precio anual del contrato es el resultado de multiplicar la cápita de licitación por el número de titulares de Tarjetas Sanitarias de Salud de la población protegida (Lote/s adjudicados), que pueda ser subsidiaria de los tratamientos objeto del contrato, multiplicado por el factor de ponderación de morbilidad establecido para cada uno de los lotes.

Precio anual del contrato (por Lote) = Clic x (nº de TISpp1 + nº de TISpp0) / 2 x Fpm
Clic = Cápita de licitación

TISpp1 = número de titulares de Tarjetas Sanitaria de Salud de la población protegida en el ámbito correspondiente a 31 de diciembre del año anterior

TISpp0 = número de titulares de Tarjetas Sanitaria de Salud de la población protegida en el ámbito correspondiente a 31 de diciembre del año a regularizar

Fpm = Factor de ponderación de morbilidad establecido para cada uno de los lotes.”

Por su parte, el apartado 22 de la misma cláusula determina el sistema de pago siguiente:

“El precio anual del componente caputivo del contrato será el resultado de multiplicar la cápita ofertada por el adjudicatario, actualizada al alza o la baja según corresponda por la media entre el año anterior y el inmediatamente anterior al mismo, del número de titulares de Tarjetas Sanitarias de Salud de la población protegida (Lote/s adjudicados), multiplicado por el factor de ponderación de morbilidad establecido para cada uno de los lotes.

Precio anual del contrato (por Lote) = Cadj x (nº de TISpp1 + nº de TISpp0) / 2 x Fpm

Cadj = Cápita adjudicación

TISpp1 = número de titulares de Tarjetas Sanitaria de Salud de la población protegida en el ámbito correspondiente a 31 de diciembre del año anterior

TISpp0 = número de titulares de Tarjetas Sanitaria de Salud de la población protegida en el ámbito correspondiente a 31 de diciembre del año a regularizar

Fpm = Factor de ponderación de morbilidad establecido para cada uno de los lotes

Complementariamente se actualizará el importe anual del contrato, si procede, de acuerdo con las condiciones definidas en el apartado 23 de esta Cláusula 1."

A su vez, el apartado 23 incorpora variaciones del importe anual del contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 102.6 de la LCSP, introduciendo como elementos moduladores el incremento/decremento por variación del número de pacientes en tratamiento, y, en el caso de los tratamientos en apena de sueño, por el índice de adherencia al tratamiento.

Vista la regulación que de la cuestión hacen los pliegos, debe señalarse que la LCSP contempla distintas posibilidades de formulación del precio de los contratos, señalando el artículo 102.4 de la LCSP que 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.

Por su parte, el artículo 309.1 de la misma Ley, dispone:

"El pliego de cláusulas administrativas establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades".

De este modo, la Ley atribuye al órgano de contratación la facultad de elegir entre ambas posibilidades, siendo necesario el cumplimiento de los requisitos previstos en el caso de optar por la fijación del precio en un tanto alzado.

Como señala la Resolución del TACRC nº 360/2022 de 17 de marzo: *“Como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el órgano de contratación disfruta de un amplio grado de discrecionalidad técnica en los aspectos referentes a la determinación del precio del contrato.”*

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha optado por un sistema de determinación del precio a tanto alzado, recogiendo la Memoria económica del contrato que para estimar el presupuesto del contrato son varias las circunstancias que se han tenido en cuenta, entre las que se encuentran el crecimiento sostenido de los pacientes, circunstancias que han motivado la decisión de licitar un contrato capitativo que incorporase mecanismos que ayuden a aminorar el impacto económico que puedan ocasionarse como resultado de desviaciones motivadas por incrementos de la demanda, asegurando un esfuerzo en mejorar la calidad del servicio y la viabilidad del contrato en términos de equilibrio económico.

La Memoria incluye asimismo un análisis detallado de los costes de personal, gastos operativos directos (compra de dispositivos médicos, consumibles, reparaciones, instalaciones, fármacos, logística, gastos generales y beneficio industrial).

En cuanto al régimen de pagos, señala que la Administración determinará la cuantía de la regularización anual del contrato, que se hará efectiva, al alza o a la baja, en los tres meses siguientes. Y que el precio anual del contrato será el resultado de multiplicar la cápita ofertada por el adjudicatario, por la media entre el año anterior y el inmediatamente anterior al mismo, del número de titulares de Tarjetas Sanitarias de Salud de la población protegida, multiplicado por el factor de ponderación de morbilidad establecido para cada uno de los lotes, cuestiones que recoge igualmente el PCAP.

Recoge la Sentencia de la Audiencia Nacional 1890/2024, de 21 de marzo, citada por la recurrente lo siguiente:

“3. (...) En efecto, en contratos de tracto sucesivo, cuando no es posible fijar desde el inicio el número concreto y determinado de servicios, terapias, sesiones o tratamientos que deban atenderse durante la ejecución del contrato, la fijación del precio a tanto alzado, aunque sea determinado, puede producir un desequilibrio de las prestaciones recíprocas. Por ello resulta del todo punto razonable que se determine el precio del contrato en función de las unidades de ejecución efectivamente realizadas y solo cuando ello no sea posible o sea desaconsejable, situaciones que deberán justificarse, podrá acudirse al sistema de fijación de precio a tanto alzado. Por ello resulta del todo punto razonable que se determine el precio del contrato en función de las unidades de ejecución efectivamente realizadas y solo cuando ello no sea posible o sea desaconsejable, situaciones que deberán justificarse, podrá acudirse al sistema de fijación de precio a tanto alzado.

4. En el presente caso, los pliegos imponen al adjudicatario, como es lógico, la realización de todos los servicios que le demanden los facultativos del Ingesa. Sin embargo, la fijación del precio de tales servicios se establece a tanto alzado, sin justificar la inaplicación de la regla general, por lo que esa falta de motivación determina, sin más, la estimación del recurso.

(...)

10. A ello debe añadirse que no se justifican las razones por las que se obvia la regla general relativa a la fijación de precio concreto para cada unidad ejecutada y se opta por un sistema de fijación de precio a tanto alzado.

11. En definitiva, tal y como sostiene la recurrente el sistema de determinación de precios establecidos en los pliegos, implica una transferencia del riesgo para el adjudicatario, que es incompatible con lo dispuesto en el artículo 309.1 y concordantes de la Ley 9/2017.”

Coincide este Tribunal con la recurrente en la idea de que el contrato objeto de licitación es un contrato de servicios de tracto sucesivo, en el que no se determina un número concreto de pacientes beneficiarios del servicio contratado o de sesiones a contratar. Sin embargo, a diferencia del supuesto que centra el análisis de la AN, en el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha determinado de forma específica y concreta los motivos por los que opta por este sistema de determinación del precio a tanto alzado y un sistema de retribución mediante una cantidad fija por año en lugar de abonar individualmente los servicios prestados, corrigiendo el desequilibrio de las prestaciones recíprocas mediante el incremento o decremento por variación del

número de pacientes en tratamiento, cumpliéndose, a juicio de este Tribunal, lo establecido en el artículo 309 LCSP, por lo que se considera ajustado a Derecho el sistema de determinación del precio y del pago previsto.

Cierto es que, como se verá en el análisis del siguiente motivo de impugnación, dicha memoria no constaba publicada en el Portal de Contratación a fecha de interposición del recurso, pero sí constaba en el expediente, siendo los efectos de la falta de publicación los que se examinan a continuación.

II.- Falta de memoria justificativa del contrato y de la concreta justificación relativa a determinados extremos del expediente de contratación.

1.- Alegaciones del recurrente.

Señala el recurrente que el expediente de contratación no incorpora la memoria justificativa de los extremos indicados en el artículo 116.4 LCSP. Se incumple, por ello, la obligación de publicidad de la información relativa a los contratos prevista por el artículo 63.3.a) de la LCSP, en relación a la información relativa a los contratos, pues en la publicación de la licitación en el perfil del contratante del órgano de contratación, incluida en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid no consta la publicación de tal memoria justificativa.

A juicio de la recurrente esta circunstancia comporta un vicio de nulidad de pleno derecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por haberse iniciado el procedimiento de licitación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Admite que el órgano de contratación ha procedido a incluir determinadas justificaciones, en diferentes apartados de la cláusula 1ª del PCAP de características de la licitación, tales el presupuesto base de licitación, la solvencia técnica, los criterios

de adjudicación del contrato o la garantía provisional; si bien, esta justificación es dispersa y en gran parte, insuficiente.

2.- Alegaciones del órgano de contratación.

Reconoce el órgano de contratación la falta de publicación de la memoria a fecha de emisión de su informe al recurso.

Manifiesta que el PCAP permite identificar los elementos sustanciales de la licitación, sin que exista indefensión ni impedimento para concurrir a la licitación.

No obstante, señala que va a proceder a publicar en el perfil del contratante las memorias que obran en el expediente (memorias relativas a los criterios de adjudicación, a las condiciones especiales de ejecución, a la solvencia, a la necesidad del contrato, a la insuficiencia de medios y al contenido económico del contrato).

Añade que no existe causa de anulabilidad alguna relativa a la falta de publicación de documentos como los indicados, pues la única causa de nulidad de los pliegos que reconoce la LCSP por falta de publicación de un documento de la licitación, es la de no incorporación al perfil del contratante del anuncio de licitación.

3.- Alegaciones de los interesados.

Tanto AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., como OXIMESA, S.L.U. alegan en sus escritos que basta con acudir al Perfil del contratante para comprobar que, efectivamente, constan publicados en el mismo no sólo la Memoria Justificativa general del contrato, sino distintas memorias justificativas específicas relativas a los criterios de solvencia, al régimen económico del contrato, a la necesidad y división en lotes y a los criterios de adjudicación, esto es, relativas a todos y cada uno de los aspectos que el recurrente afirma no haber sido objeto de la oportuna justificación;

siendo todos estos documentos de fecha anterior a la publicación del anuncio de licitación.

Opinan que ni el artículo 63, ni el 116 de la LCSP, que son los preceptos cuya infracción se denuncia en el recurso, exigen que la publicación de tales documentos deba ser simultánea a la del anuncio de licitación, sino únicamente que existan y se publiquen.

Y señalan que los tribunales administrativos competentes en materia de recursos contractuales han concluido que la falta de publicación de la memoria justificativa no constituye vicio de nulidad, apoyando su argumento, respectivamente en la Resolución del TACRC nº 951/2019, de 14 agosto y Resoluciones del mismo Tribunal nº 1141/2018 y 425/2020.

4.- Consideraciones del Tribunal.

Comprueba este Tribunal que constan publicados en fecha 3 de enero de 2025, fecha posterior a la interposición del recurso y anterior a la fecha final del plazo de presentación de ofertas, los siguientes documentos: Memoria justificativa del contrato, Informe de Insuficiencia de Medios, Memoria Justificativa de Criterios de Solvencia, Memoria Económica, Informe Justificativo de Necesidad y División en Lotes y Memoria Justificativa de las Condiciones Especiales de Ejecución.

Se comprueba igualmente que la fecha de su emisión es anterior a la convocatoria de la licitación, por lo que obraban en el expediente, a disposición de los licitadores en uso de la posibilidad prevista por el artículo 138.3 de la LCSP, que dispone que *“Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las*

proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto.”

Como señalan los interesados en sus alegaciones, los artículos 63 y 116 de la LCSP, no exigen que la publicación de tales documentos deba ser simultánea a la del anuncio de licitación.

Tampoco la falta de publicidad de dichos documentos supone causa de nulidad, pues esta consecuencia jurídica está prevista únicamente en la LCSP para la ausencia de publicación del anuncio de licitación, por lo que no puede estimarse la pretensión de nulidad de los pliegos por este motivo.

No obstante lo anterior, considera conveniente este Tribunal que la publicación de la documentación preparatoria del contrato estuviese a disposición de los potenciales licitadores desde el anuncio de la convocatoria de la licitación.

III.- La valoración de la experiencia del licitador, contemplada en el criterio de adjudicación 1.2.2, resulta contraria a derecho,

1.- Alegaciones del recurrente.

Entiende la recurrente que el criterio de adjudicación 1.1.2 y los subcriterios en que se divide, se refieren específicamente a la experiencia propia del licitador en la implantación de diferentes programas y servicios en otros Hospitales, y no del personal específicamente propuesto para la ejecución del contrato, incumpliendo lo establecido en el artículo 145.2.2º LCSP, que permite la valoración de la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, “siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”, pero en modo alguno la experiencia previa de la entidad licitadora que debería exigirse, en su caso, únicamente como solvencia técnica.

Añade que dicho criterio de adjudicación carece de motivación suficiente en el expediente de contratación, tanto en una inexistente memoria justificativa ex artículo 116.4 LCSP, como en el propio PCAP, en el que el órgano de contratación se limitó a incluir al inicio del apartado 10º de la cláusula primera (características del contrato) una explicación genérica mediante la cual pretendía justificar la globalidad de los criterios de adjudicación, sin que dicha explicación resulte suficiente.

Alega que es doctrina constante de los tribunales de recursos la nulidad de aquellos pliegos que hayan previsto como criterios de adjudicación la experiencia previa de la empresa licitadora, citando como ejemplo resoluciones de este Tribunal números 251/2024, de 20 junio, y 126/2022, de 31 de marzo.

2.- Alegaciones del órgano de contratación.

Señala el órgano de contratación que el artículo 145.2. 2º de la LCSP permite que se incluya como criterio de adjudicación la experiencia del personal adscrito al contrato siempre que quede demostrado y debidamente justificado por el órgano de contratación que dicha experiencia se traducirá en una mejora de la calidad del servicio, mejora que debe ser significativa.

Apunta que la doctrina de los tribunales de contratación respalda que, para que sea válida la valoración de la experiencia como criterio de adjudicación, es necesario que el criterio se aplique de modo diferente a los requisitos de solvencia y que se justifique en el expediente de contratación cómo la experiencia del contratista puede influir en la calidad del servicio, lo cual acontece en este caso.

3.- Alegaciones de los interesados.

AIR LIQUIDE considera que la Memoria Justificativa del contrato realiza una justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación y que la

experiencia y cualificación del personal del licitador es susceptible de ser evaluada como criterio de adjudicación, en la medida en que redundará en una mejora de la calidad del servicio contratado, en línea con lo exigido por el citado artículo 145 LCSP.

OXIMESA alega que la experiencia se puede valorar como criterio de adjudicación cuando afecte a la ejecución efectiva del contrato y su calidad, como sucede en este pliego, en que se valora la experiencia concreta en la implantación de servicios íntimamente ligados al objeto del contrato.

4.- Consideraciones del Tribunal.

Acudiendo al PCAP, el criterio de valoración impugnado valora lo siguiente:

“1.2.2. Prestación del servicio de atención al paciente e instalaciones. 7 puntos”

A su vez, este criterio, se divide en los siguientes subcriterios:

“1.2.2.1. Experiencia en implantación de un Programa de atención y control de pacientes altamente dependientes. 1 punto

1.2.2.2. Experiencia en el establecimiento de puntos hospitalarios de apoyo a TRD (PHA-TRD). 2 puntos

1.2.2.3. Experiencia en implantación de un Programa de mejora de la adherencia en los pacientes en TRD. 1 punto

1.2.2.4. Experiencia en la implantación de Programas de telemonitorización. 1 punto

1.2.2.5. Experiencia en integración de los sistemas de gestión clínica. 2 puntos”

Contempla el artículo 145.2.2 LCSP como criterio cualitativo de adjudicación *“La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.”*

La justificación incluida en el documento denominado “MEMORIA JUSTIFICATIVA DE ELECCIÓN DE PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE TERAPIAS RESPIRATORIAS DOMICILIARIA Y OTRAS TÉCNICAS DE VENTILACIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID” refiere, en todos los subcriterios, a la experiencia desarrollada por la empresa, no concretamente del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, motivando su inclusión en base a la siguiente justificación:

“Para garantizar el mejor servicio posible cada compañía debe aportar toda su experiencia y conocimiento a través de la definición de un detallado plan de gestión asistencial. Dicho plan es el eje del desarrollo del servicio y es primordial debido a lo cual debe tener un peso específico relevante y debe ser valorado en su conjunto. Las tendencias tanto de La Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica (SEPAR) como del sector se están orientando hacia los planes asistenciales individualizados a partir de una población estratificada, es decir cada tipo de paciente precisa una estrategia diferenciada en cuanto a medios, frecuencias y características de las intervenciones para conseguir la máxima adherencia a la terapia y consecuentemente, al éxito en su plan de tratamiento.”

De lo anterior puede desprenderse como conclusión que el citado criterio no se ajusta a lo estipulado en el artículo 145.2 LCSP, pues valora la experiencia del licitador y no del personal adscrito al contrato.

Como señalamos en nuestras Resoluciones 126/2022, de 31 de marzo, y 251/24, 20 junio “cabe configurar como criterio de adjudicación la experiencia del personal que el licitador adscriba a la ejecución del contrato, pero siempre que quede demostrado y debidamente justificado por el órgano de contratación que dicha experiencia se traducirá en una mejora de la calidad del servicio, mejora que debe ser significativa. Fuera de esos supuestos, no cabe utilizar la experiencia como criterio de adjudicación, quedando limitada su consideración como requisito de solvencia técnica.”

En consecuencia, el criterio de adjudicación no se considera ajustado a Derecho, procediendo su anulación.

IV.- La brevedad / “material imposibilidad” del periodo de transición previsto en el pliego de prescripciones técnicas no se acomoda a los principios de concurrencia e igualdad de trato, favoreciendo al prestador actual del servicio en clara vulneración de lo dispuesto en el art. 40.b) LCSP

1.- Alegaciones del recurrente.

Considera la recurrente insuficiente el periodo transitorio de 30 días para la implantación del servicio que prevé el PPT, a efectos de garantizar la continuidad y calidad del servicio, atendiendo al impacto en la continuidad asistencial, el riesgo de ingresos hospitalarios evitables, el tiempo necesario para la logística, la limitación en cuanto a recursos humanos, la capacidad de producción limitada de equipos y fungibles, limitaciones logísticas o limitaciones administrativas.

Y añade que un plazo tan breve favorece al actual prestador del servicio, incurriendo tal previsión en la causa de anulabilidad prevista en el art. 40 b) LCSP para todas aquellas cláusulas que otorguen ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2.- Alegaciones del órgano de contratación.

Justifica el órgano de contratación la brevedad del periodo transitorio por la precaria situación contractual vigente, pues el contrato anterior se extinguió una vez vencido su plazo de duración, incluidas las prórrogas, por lo que el contrato que se licita resuelve la ejecución de una prestación sin contrato tramitado conforme a las normas de contratación administrativa.

3.- Alegaciones de los interesados.

AIR LIQUIDE alega que la recurrente no acredita, ni tan siquiera indiciariamente, las razones por las que el periodo de treinta días establecido en el pliego es insuficiente, limitándose a realizar afirmaciones completamente genéricas que no van acompañadas de prueba de ningún tipo, por lo que en modo alguno pueden prevalecer sobre el criterio discrecional del órgano de contratación.

Considera que el periodo transitorio, por su excepcionalidad, debe ser lo más breve posible, en la medida en que una vez adjudicado y formalizado el nuevo contrato la ejecución del mismo por parte del nuevo adjudicatario debe ser inmediata.

Por su parte, OXIMESA apunta que la Memoria Económica refiere que, dadas las características de las prestaciones de que se trata, que no permiten que en ningún momento los pacientes dejen de recibir asistencia, se establece un período transitorio para que las nuevas empresas se hagan cargo progresivamente de la instalación en su totalidad de los equipos de los pacientes del ámbito territorial del lote que se le adjudique, lo que no favorece, por su brevedad, al actual prestador.

4.- Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes, procede transcribir la regulación del periodo transitorio previsto por el PPT, objeto de controversia. En orden a garantizar de forma prioritaria la atención continuada de todos los usuarios del servicio, el PPT establece unas condiciones especiales de transitoriedad, previendo un periodo de 30 días para la asunción total de terapias, en el siguiente supuesto:

“En el supuesto de que en un determinado Lote, el adjudicatario fuese distinto del que hasta la fecha venía desempeñándolo, se establece un período transitorio de treinta días naturales, desde la formalización del Contrato hasta la total asunción de las Terapias correspondientes al Lote/s adjudicado/s para que la nueva Empresa se haga cargo progresivamente de la instalación en su totalidad, de los Equipos de los

pacientes del ámbito territorial del Lote y al mismo tiempo la Empresa saliente realice la retirada de su Equipo inmediatamente después”.

Debemos partir de la existencia de un amplio grado de discrecionalidad por parte del órgano de contratación a la hora de configurar el objeto del contrato atendiendo a sus necesidades de contratación y de definir las características técnicas de los contratos, sin que quepa, como ya señalamos en nuestra Resolución 92/2023, de 2 de marzo, la sustitución de esta discrecionalidad técnica por el criterio subjetivo del licitador.

Ahora bien, esta discrecionalidad técnica encuentra su límite en el respeto a los principios que rigen la contratación pública, establecidos en el artículo 1 del LCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación, igualdad de trato entre licitadores y salvaguarda de la libre competencia, de forma tal que las prescripciones técnicas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

A juicio de este Tribunal, el periodo transitorio no otorga ventaja al actual prestatario, sino de contrario, pretende facilitar que licitadores distintos del actual prestatario del servicio, que resulten adjudicatarios del mismo, puedan ejecutar el contrato en idénticas condiciones, siendo la determinación de la duración de dicho periodo una facultad discrecional del órgano de contratación, cuya presunción de acierto no ha sido desvirtuada en las alegaciones de la recurrente.

Se desestima, por tanto, la pretensión de anulación de esta cláusula del PPT.

Sexto. - Solicita el órgano de contratación en su informe la valoración de la imposición, por parte de este Tribunal, de multa al recurrente por su temeridad procesal en la interposición de este recurso, circunstancia que no aprecia este Tribunal, habida cuenta de la estimación de una de sus pretensiones.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

Primero. - Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil LINDE MÉDICA, S.L.U., contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado “*Servicios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad de Madrid*”, licitado por la Agencia de Contratación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, del Servicio Madrileño de Salud, dependiente de la Consejería de Sanidad, con número de expediente PA SER 31/2024 (A/SER-028933/2024), anulando el criterio de adjudicación 1.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Segundo. - Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. - 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto. - De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el 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 59 de la LCSP.

EL TRIBUNAL