

Recurso nº 171 y 172/2016

Resolución nº 184/2016

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

En Madrid, a 22 de septiembre de 2016.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por doña P.A.E., en nombre y representación de RTS Servicios de Diálisis, S.L. (RTS) y don P.D.M., en nombre y representación de Baxter, S.L. (Baxter), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Acuerdo Marco para la realización de tratamientos de hemodiálisis y diálisis peritoneal en el ámbito de la Comunidad de Madrid”, tramitado por el SERMAS, número de expediente: AM PA GSP-29/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 12 y 17 de julio de 2016, se publicó respectivamente en el D.O.U.E. y BOCM, el procedimiento de licitación del Acuerdo Marco citado, dividido en cuatro lotes, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 88.715.744 euros.

Segundo.- Con fecha 29 de julio de 2016, tuvieron entrada en el Tribunal los escritos presentados por la representación de las empresas RTS y Baxter, de

interposición de sendos recursos especiales en materia de contratación, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) de la licitación mencionada.

En los recursos alegan que varias cláusulas de los Pliegos vulneran la legislación de contratos en los términos que se analizarán posteriormente.

Igualmente, consideran que el Acuerdo Marco debe licitarse como dos procedimientos independientes ya que tres de los lotes (2, 3 y 4) son suministros y no servicios. En consecuencia solicitan la anulación de los Pliegos y de la convocatoria.

Tercero.- Por la Secretaría del Tribunal, el día 29 de julio de 2016, se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo junto con el informe preceptivo que fue atendido con fecha 13 de septiembre.

Posteriormente, el 15 de septiembre se ha remitido al Tribunal una Resolución de 9 de septiembre de 2016 del Viceconsejero de Sanidad que se denomina de “rectificación de errores materiales u omisiones advertidos” en el PCAP y el PPT del Acuerdo Marco, acompañada de unos Pliegos nuevos. La Resolución mencionada no ha sido objeto de publicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un Acuerdo Marco calificado como gestión de servicios públicos, en la modalidad de concierto.

Sin prejuzgar la correcta calificación del contrato, debemos concluir que resulta competente el Tribunal para resolver, puesto que aplicando tanto las Directivas 2014/24/UE, aplicables a los contratos de servicios como la 2014/23/UE

relativa a la concesión, el presente contrato, que cuenta con un valor estimado de 88.715.744 euros, es susceptible de recurso.

En consecuencia, 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.- El artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de ambos recursos.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de RTS y de Baxter, para interponer recurso especial contra los Pliegos, al tratarse de empresas potenciales licitadoras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Igualmente se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Cuarto.- Los recursos se plantearon en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron puestos a disposición el 12 de julio de 2016, como consta en los anuncios, e interpuestos ambos recursos el día 29 de julio de 2016, están dentro del plazo de quince días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Son varios los motivos de impugnación, por lo que en aras de una mayor claridad, serán analizados separadamente.

1) En primer lugar alegan las recurrentes que, en atención a las prestaciones de cada uno de los lotes que componen el Acuerdo Marco, deberían haberse tramitado dos expedientes diferentes, uno para el lote 1 (Hemodiálisis en centro concertado) y otro para los lotes 2, 3 y 4 (Hemodiálisis peritoneal continua ambulatoria, peritoneal automática o con cicladora y Hemodiálisis domiciliaria), ya que *“la hemodiálisis en centro concertado del Lote 1 es un servicio sanitario mientras que la diálisis peritoneal y la hemodiálisis domiciliaria de los Lotes 2 a 4, no revisten dicho carácter sino que constituyen prestaciones, fundamentalmente, de suministro. Esta no es una cuestión menor pues, como se verá a lo largo de este escrito, la agrupación en un mismo expediente de estos dos tipos de prestaciones genera inseguridad jurídica e incertidumbre en cuanto al régimen del Acuerdo Marco y de los contratos derivados de este”*. A continuación, hacen un análisis de las diferentes prestaciones que son objeto de la licitación, explicando las diferencias que deberían contemplarse en las condiciones previstas para cada una de ellas.

El órgano de contratación en su informe, reconoce que en principio las prestaciones de los lotes 2, 3 y 4 podrían ser consideradas suministros pero que *“se determinó que se licitase un contrato de gestión de servicio público para los tratamientos domiciliarios, en lugar de un contrato de suministro de dializadores, como tenían algunos hospitales o como tiene alguna Comunidad Autónoma, para garantizar un control sanitario en la dispensación de medicamentos y productos sanitarios en el domicilio del paciente y un mayor seguimiento y control de los tratamientos de diálisis incrementando, de este modo la seguridad del paciente. Debe haber responsabilidad legal directa de la empresa si existiera un error de dispensación o de funcionamiento de la máquina, puesto que no hay otro personal técnico intermediario. El PPT exige control a la empresa y no sólo de la cadencia de abastecimiento. Es un modelo de prestación sanitaria similar al contrato de gestión*

de servicio público para “Terapias Respiratorias Domiciliarias y otras Técnicas de ventilación Asistida”, en las que existen empresas de servicios que tienen un papel primordial como proveedoras del oxígeno y de los equipos, pero ha sido licitado y adjudicado como contrato de gestión de servicio público porque a la Empresa adjudicataria se le exige, además, la responsabilidad del seguimiento y control del paciente”.

La cuestión ha sido planteada anteriormente, pudiendo citar el Informe 34/13, de 21 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el que se concluye que este tipo de contratos, en los que se administra una terapia ambulatoria, entrarían dentro de del servicio público de asistencia sanitaria, siempre y cuando vayan precedidas de una indicación médica.

En este caso, a la vista del informe y del contenido de las prestaciones y obligaciones de la empresa adjudicataria, recogidos en el PPT para los lotes 2, 3 y 4, se considera que se han incluido actividades y requisitos propios de un contrato de servicios y que exceden del que correspondería a los suministros.

De este modo, en el apartado B.3.1.1 del PPT, relativo a las prescripciones técnicas del servicio de diálisis domiciliaria, especifica que *“la prestación de los servicios objeto del presente contrato, incluirá:*

Instalación de los aparatos, equipos, soluciones y accesorios en el domicilio de los usuarios, necesarios para la realización del tratamiento prescrito por el facultativo especialista de la Red Pública del servicio de Nefrología responsable del adiestramiento y seguimiento clínico del paciente así como las actuaciones encaminadas al control efectivo de su uso, mantenimiento y reposición de los elementos del servicio.

Entrega y reposición periódica o por deterioro y las actuaciones encaminadas al control y mantenimiento, a fin de garantizar las condiciones óptimas del tratamiento. La realización de los controles y pruebas técnicas específicas que sean precisas para garantizar las condiciones óptimas del servicio.

La emisión de informes de mantenimiento por el personal especializado que realice las visitas cuando así le sea demandado por el Servicio de Nefrología correspondiente o por quien designe el órgano de contratación.

La gestión administrativa propia para el cumplimiento de informes, servicio permanente de recogida de avisos, reporte y facturación en los plazos establecidos”.

A ello hay que añadir la exigencia, establecida en el PPT, de contar con un servicio de Telemedicina (apartado B.5.2.6.3 del PPT) y con un servicio de atención al paciente (apartado B.6 del PPT), además e independientemente del servicio técnico de mantenimiento de los aparatos.

Debe concluirse, por tanto, que nos encontramos ante actividades que van más allá de un simple suministro de aparataje, puesto que las prestaciones contempladas se configuran como auxiliares y accesorias de la prestación sanitaria que es el tratamiento a realizar, además se encuentra debidamente motivada la configuración como servicios de los lotes indicados, atendiendo a la conveniencia de un mayor control y supervisión de la prestación.

Por tanto, no se aprecia inconveniente en que se liciten dentro de un mismo Acuerdo Marco, si bien en lotes separados, que además de permitir la concurrencia de diferentes empresas prestadoras, establece distintos requisitos técnicos en función de las especialidades de cada prestación.

En consecuencia, debe desestimarse este motivo de recurso.

2) Indeterminación de los Pliegos, pues al no fijarse el presupuesto por lotes no es posible determinar el cumplimiento o no de los requisitos de solvencia.

Alegan las recurrentes que “De acuerdo con la Cláusula 1.9 del PCAP, para la acreditación de la solvencia económica, “los licitadores acreditarán un importe anual de volumen de negocio en los tres últimos ejercicios igual o superior al presupuesto

máximo anual de los Lotes a los que concurren"...Del mismo modo, para la acreditación de la solvencia técnica y profesional los licitadores "deberán acreditar que durante el año de mayor ejecución de los últimos cinco años se han realizado trabajos de igual o similar naturaleza a los procesos convocados por un importe anual mínimo correspondiente al 70% del presupuesto estimado del lote/s a los que presente oferta". El problema radica en que ni en el PCAP ni en el Pliego de Prescripciones Técnicas ("PPT") se indica cuál es el presupuesto estimado de cada lote. Esta no es una cuestión baladí sino que por el contrario es sumamente relevante pues la acreditación de la solvencia es esencial a efectos de la admisión de la oferta y, en la forma en que están redactados los Pliegos, los potenciales licitadores al Acuerdo Marco de referencia, entre ellos mi representada, no pueden determinar si cumplen o no con la solvencia técnica requerida".

También se alega que no existe una previsión estimada del número de pacientes ni de los tratamientos a prestar, lo que impide formular una oferta adecuada.

El informe emitido, respecto a esta cuestión argumenta que *"debemos aclarar que el presupuesto máximo anual de los lotes a los que concurre cada Empresa es el resultado de multiplicar las sesiones anuales ofertadas por esa Empresa, en cada lote, por la tarifa máxima anual recogida en el PCAP para cada lote. La solvencia que tienen que acreditar va directamente ligada a la oferta que realiza cada Empresa, para garantizar su capacidad de asumir ese volumen de actividad. Así como el importe del seguro de responsabilidad civil exigido en este contrato".*

El órgano de contratación parte de un error en este caso, el presupuesto de licitación no puede confundirse con el importe de la oferta. Se trata de dos conceptos diferentes.

Al igual que se ha fijado un presupuesto máximo de la licitación, debería haberse fijado un presupuesto máximo para cada lote, para que los licitadores

supieran en que tope gasto se ha de calcular la oferta, puesto que el precio unitario varía sensiblemente si la previsión del número de servicios es una cifra u otra, aunque dicha cifra pueda ser orientativa. De esta forma podrían conocer el número de pacientes previsto, dividiendo el presupuesto del lote por los precios unitarios.

No olvidemos que el artículo 87 del TRLCSP obliga a los órganos de contratación a cuidar que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, por lo que ese precio debe figurar necesariamente en el PCAP, tanto el total como el referido a cada lote que se licita.

Respecto de la solvencia, cabe señalar que el requisito debe ser igual para todos los licitadores y como se indica en el PCAP, debe referirse al presupuesto máximo anual de los lotes a los que concurren.

Si el presupuesto del lote lo determina la empresa licitadora de acuerdo con su oferta, a cada una se le exigiría un importe diferente, vulnerándose además del secreto de la proposición hasta la apertura pública, el principio de igualdad que debe regir la contratación y el sentido de los artículos 75 a 79 del TRLCSP, que se refieren al objeto del contrato, en este caso debe entenderse a lote al que se licita.

En consecuencia, debe estimarse el motivo de recurso debiendo anularse el PCAP y el procedimiento de licitación y debiendo elaborarse nuevos Pliegos que establezcan, además del presupuesto total del Acuerdo Marco, el presupuesto de cada lote al que se refiere el criterio de selección de la solvencia económica, financiera y técnica.

La estimación del recurso por este motivo conlleva la anulación de los Pliegos y del procedimiento por lo que no procedería entrar a analizar los restantes motivos de los recursos. No obstante, ya que se han de elaborar nuevos Pliegos y que se ha preparado una corrección de errores de los publicados, entendemos necesario

pronunciarnos sobre los demás motivos alegados, a fin de evitar el posible planteamiento de nuevos recursos.

3) Indeterminación de las compañías con las que se ha de suscribir el seguro de responsabilidad civil. Cláusula 1.20 del PCAP.

Se alega que el listado de esas compañías no se ha incluido en el PCAP.

De acuerdo con la cláusula mencionada es el adjudicatario el que debe suscribir el seguro, con compañías previamente aceptadas por el órgano de contratación, sin embargo no se justifica en modo alguno la restricción impuesta a la contratación solamente con determinadas compañías de seguros, cuando no se ve el inconveniente de admitir la contratación con cualquier empresa de seguros, debiendo cubrir la póliza en todo caso las condiciones mínimas, establecidas en el PCAP.

En consecuencia, debe estimarse este motivo de recurso.

4) La cláusula 1.28 del PCAP establece lo siguiente: *“Número mínimo y máximo de empresarios con los que se concluirá el Acuerdo Marco.*

Mínimo: En caso de que no exista un mínimo de tres licitadores que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación, el Órgano de contratación desistirá del concurso, iniciando un nuevo proceso de licitación

Máximo: Todos los licitadores admitidos que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación”.

Alegan las recurrentes que *“esta cláusula genera inseguridad jurídica en la medida en que de la lectura de la misma no puede saberse si el mínimo de tres licitadores es exigible por cada lote o para todo el Acuerdo Marco en su conjunto.*

Se trata de una cuestión relevante ya que para los Lotes 2 y 3 sólo existen en el mercado dos empresas que reúnan todas las condiciones tanto de solvencia como exigidas por el PPT lo que, dependiendo de la interpretación de la Cláusula 1.28 en cuestión, podría dar lugar a la necesidad de convocar una nueva licitación para todo el Acuerdo Marco y no solo para aquellos concretos lotes en los que no concurren tres empresarios”.

El órgano de contratación sostiene que *“El PCAP contempla la posibilidad de limitar a un único proveedor la adjudicación de un procedimiento derivado, con carácter excepcional y previa autorización de los Servicios Centrales si el volumen de pacientes es pequeño o el número de Empresas ofertantes es insuficiente (corrección de erratas)”.*

Debemos señalar que la cláusula no se refiere a la adjudicación de los contratos derivados sino a la del propio Acuerdo Marco. En este sentido, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 196.2 del TRLCSP que establece que *“cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios el número de éstos deberá ser al menos de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.”*

Esto significa que el Acuerdo Marco puede concluirse con un solo ofertante, siempre que cumpla los requisitos establecidos, por lo que no cabe desistir del procedimiento ya que no se dan las causas previstas en el artículo 155 del TRLCSP.

En cuanto a los contratos derivados, se han de adjudicar a un solo proveedor por lo que la mención del órgano de contratación a su carácter excepcional no parece procedente.

En todo caso, debe estimarse el motivo de recurso y modificarse la cláusula impugnada, adecuando su redacción a lo que establece el TRLCSP, respecto al mínimo de licitadores.

5) Vulneración del principio de libre concurrencia, al obligar a tener centro en funcionamiento para poder licitar al lote 1, Hemodiálisis en centro concertado.

El órgano de contratación argumenta que *“para garantizar las prestaciones definidas por la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, a la que tienen derecho todos los españoles en condiciones de igualdad, es imprescindible que las prestaciones que se concierten por insuficiencia de medios por el Servicio Madrileño de Salud garanticen las mismas condiciones de calidad y seguridad que la ofertada en los centros propios. Por este motivo se definen pormenorizadamente en el PPT los requisitos que debe cumplir las empresas para asegurar la calidad de los servicios y se solicita, mediante la solvencia técnica, certificación de que se han atendido pacientes de similares características (en el sistema público o privado), para intentar garantizar que la empresa tiene práctica clínica en la atención de estos pacientes. Intentando preservar así la seguridad del paciente, que en el caso de la diálisis es un paciente frágil con unos porcentajes elevados de morbilidad y mortalidad.”*

Teniendo en cuenta el objeto del acuerdo marco y el tipo de prestaciones que han de realizarse, resulta evidente la exigencia de tener un centro abierto, requisito de solvencia y capacidad y exigencia que ha sido habitual en este tipo de contratos que parten de la base de que el adjudicatario viene realizando prestaciones análogas, por lo que evidentemente tiene que tener un centro abierto.

Esta exigencia no supone aquí vulneración de la libre competencia como tampoco lo es con carácter general, exigir una solvencia técnica determinada, por lo que el motivo debe desestimarse.

6) Existencia de gastos de primer establecimiento.

Según las recurrentes, a pesar de que la cláusula 1.7 del PCAP indica que no existen gastos de primer establecimiento sí que existen para el lote 1 puesto que la prestación de este servicio sanitario requiere la ejecución de unos gastos que calcula en la construcción de una clínica para 100 pacientes, en 4 turnos, y que detallan en su escrito.

Evidentemente, si un empresario quiere dedicarse “ex novo” a la prestación de servicios sanitarios, deberá empezar por construir una clínica con todos los requisitos exigibles, pero eso en ningún caso tendrá la consideración de gastos de primer establecimiento en el sentido indicado, sino de gastos propios del inicio de cualquier actividad empresarial. Es obvio que, en este caso, la situación es otra y que no hay gastos de primer establecimiento.

Por otro parte, la cuestión en nada afecta al planteamiento del recurso, puesto que lo que se discute es si nos encontramos ante un contrato de servicios o de suministros.

Por ello procede desestimar el motivo de recurso.

7) Nulidad de la Cláusula 42 del PCAP al suponer una modificación del acuerdo marco no prevista en el PCAP

La cláusula mencionada establece lo siguiente:

“Con el fin de obtener mejoras en las ofertas y promover la competencia entre las empresas, si el Órgano de Contratación lo estima conveniente, transcurrido dos años desde el inicio de su ejecución, podrá solicitar a los adjudicatarios del Acuerdo Marco:

- Que se oferten nuevos precios o descuentos en los precios unitarios de adjudicación, en función de la cantidad de tratamiento a ejecutar -economía de

escala-, o por cualquier otra circunstancia posible. Las nuevas ofertas se presentarán en el modelo establecido en el Anexo I a este Pliego.

- Incluir nuevas técnicas de ejecución de los tratamientos del acuerdo marco o nuevos tratamientos del tipo de los adjudicados o similares a los mismos, cuando concurren motivos de interés público o por incorporación de una nueva tecnología.

Esta actualización de precios y medios de ejecución de los tratamientos se producirá por Resolución del Órgano de Contratación, en la que se especificará el motivo de la convocatoria y el procedimiento de valoración a seguir y exigirá la conformidad de los adjudicatarios.”

El órgano de contratación en su informe reconoce que la cláusula fue informada desfavorablemente por el Servicio Jurídico y que *“este párrafo tuvo que ser eliminado del PCAP publicado. Los términos del informe fueron los siguientes:*

“La cláusula 42, Solicitud de mejoras, implica, en nuestra opinión de un lado una alteración de las condiciones previstas en el acuerdo Marco que supondrían una modificación del contrato, cuya realización no está prevista en el Pliego -Cláusula Primera, apartado 20-; y de otro, el incumplimiento del régimen previsto en el TRLCSP para el citado instrumento al permitir celebrar contratos con empresarios distintos de los preseleccionados”.

Comprueba el Tribunal que a pesar de lo indicado, la cláusula aparece recogida en el PCAP publicado, por lo que, coincidiendo con el criterio expuesto en el Informe del Servicio Jurídico, debe anularse y estimarse el motivo del recurso.

8) Indebida exención del IVA, ya que se argumenta que la diálisis domiciliaria no es un servicio sanitario y lleva IVA.

El órgano de contratación aduce que *“Como se ha aclarado en la consideración primera, la prestación que va a contratar el Servicio Madrileño de Salud no es un suministro de líquidos o equipos, es la prestación sanitaria de hemodiálisis y diálisis peritoneal domiciliaria, por lo tanto, el contrato de referencia es*

un contrato de gestión de servicio público de la asistencia especializada de un territorio determinado y, al igual que al resto de servicios sanitarios, está exento de IVA tal y como recoge el artículo 20 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

A la vista del objeto del contrato, en los términos expuestos anteriormente, debemos concluir que se trata de un servicio sanitario o análogo, por lo que en principio estaría exento de IVA, si bien cabe señalar que la Dirección General de Tributos del Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto por lo que habrá de estarse al criterio que se haya mantenido.

Por ello debe desestimarse el motivo de recurso.

9) Establecimiento de criterios de adjudicación que aparecen contemplados como requisitos mínimos en el PPT.

Se alega por las recurrentes que *“el apartado B.8 del PPT establece la obligación de que la empresa adjudicataria disponga de un servicio de información y atención al paciente las 24 horas del día, incluidos festivos y, a su vez, el Anexo II del PCAP recoge como criterio evaluable con un máximo de 7 puntos el hecho de ofrecer un servicio de atención al paciente de 7 días a la semana y las 24 horas del día. A mayor abundamiento, la telemedicina (monitorización y videoconferencia) también aparece en el PPT (apartado B.5.4) como un requisito mínimo, por lo que todos los licitadores están obligados a proveerla, a pesar de que también se recoge como criterio de valoración en el Anexo II del PCAP con una puntuación de hasta 7 puntos”.* En otras palabras, los requisitos mínimos del PPT constituyen criterios para determinar la solvencia técnica de los licitadores y es conocida la distinción entre criterios de solvencia y criterios de adjudicación.

El órgano de contratación se refiere confusamente en su informe a esta cuestión, indicando que *“Se ha solicitado la corrección de errores en las mejoras*

sustituyendo “servicio de atención al paciente” por “servicio técnico” y “24 horas” por “12 horas” en el caso de hemodiálisis domiciliaria”.

El Tribunal comprueba que, como señalan las recurrentes, el Anexo II de criterios objetivos incluye para los lotes 2, 3 y 4 el otorgamiento de 7 puntos para la oferta de telemedicina, siendo contemplada como requisito mínimo en el apartado B.5.4 del PPT, por lo aparece configurado como exigencia para los lotes 2, 3 y 4.

No pudiendo establecerse un criterio de valoración que tiene la consideración de mínimo exigible, debe estimarse el motivo de recurso y modificarse el Anexo II del PCAP para que se valore una mejora de lo exigido en el PPT.

Lo mismo cabe decir respecto del servicio de atención al paciente 7 días a la semana y las 24 horas del día, respecto de los lotes 2 y 3 y que se contempla en el PPT apartado B.6. Debe modificarse el correspondiente apartado del Anexo II.

En este punto cabe advertir que la modificación del Anexo que indica el informe del órgano de contratación, no es en absoluto suficiente para que pueda incluirse el criterio relativo al servicio de atención al paciente, puesto que no se aprecia la diferencia que pueda existir entre un “servicio de atención al paciente” y un “servicio técnico de atención al paciente”.

Consecuentemente, el recurso debe estimarse por este motivo.

10) Se impugna el Apartado 2 del PPT. Ámbito geográfico de asistencia y remisión de pacientes, el cual aparece redactado del siguiente modo:

“La empresa adjudicataria se obliga a atender a todos aquellos pacientes que les sean remitidos de los hospitales adscritos al Servicio Madrileño de Salud y pacientes desplazados de otras comunidades autónomas o de otros países que, en virtud de los convenios existentes, deban ser tratados por el Servicio Madrileño de Salud. No obstante, en el supuesto de que la enfermedad de la persona asistida, sea

responsabilidad de un tercero en virtud de normas legales o reglamentarias, seguros públicos o privados, el importe de la asistencia sanitaria prestada por el adjudicatario a dicho paciente, no podrá ser facturado con cargo al Servicio Madrileño de Salud”.

Según las recurrentes “esta es sin duda una condición abusiva pues obliga al adjudicatario a atender a todos los pacientes remitidos por los hospitales pero solo permite facturar por aquellos pacientes adscritos al SERMAS. Es decir, el adjudicatario estaría facilitando un tratamiento de manera gratuita. Es responsabilidad del SERMAS y no del adjudicatario exigir el reembolso del precio de los tratamientos suministrados a aquellos pacientes derivados de terceros sin que pueda exigirse al adjudicatario que atienda a dichos pacientes sin contraprestación alguna pues ello supondría un enriquecimiento injusto en favor de la Administración o del tercero que deba reembolsarle estos tratamientos al SERMAS”.

El órgano de contratación informa que “no pueden derivarse pacientes en los que exista un tercero obligado al pago ni el Servicio Madrileño de Salud puede pagar prestaciones ajenas al objeto del contrato, de aquí la obligatoriedad de la empresa de verificar el aseguramiento del paciente antes de iniciar el tratamiento”.

Es cierto que la redacción del apartado es confusa y puede llevar a considerar que corresponde a la adjudicataria la comprobación, no solo de la adecuada derivación del paciente por los Hospitales del SERMAS, sino del correcto aseguramiento que habilita para recibir la prestación.

Ello no es así y resulta claro de la redacción dada, al Apartado A.2 del PPT, referente al lote 1: Elementos para el desarrollo del servicio. Flujos de información entre los proveedores y los servicios de nefrología de los hospitales de referencia, el cual determina:

“El Hospital remitirá a la empresa adjudicataria de este concurso público los pacientes en hemodiálisis que cumplan los criterios de derivación que previamente se hayan consensuado.”

Igualmente, el apartado B.1, relativo a los lotes 2, 3 y 4, aclara cuáles son los pacientes que pueden ser tratados en diálisis domiciliaria:

“Serán tratados los pacientes con insuficiencia renal crónica que, a juicio de los Servicios de Nefrología de los Hospitales del Sistema Sanitario Público Madrileño, cumplan los requisitos necesarios para poder realizar diálisis en su domicilio. La prescripción de la diálisis y el seguimiento de los pacientes será realizado de forma exclusiva por los facultativos de los Servicios de Nefrología de los hospitales del Sistema Sanitario Público Madrileño”.

Por tanto resultan contradictorias las cláusulas citadas, con la previsión del apartado 2 del PPT.

De la interpretación conjunta de ambos Pliegos, debe concluirse que las empresas adjudicatarias deben controlar la efectiva derivación de los pacientes, en los términos expuestos, sin que en aplicación del Acuerdo Marco, deban prestar asistencia a aquellos pacientes que no aporten la documentación correspondiente.

En consecuencia, debe estimarse el motivo de recurso y en aras de una mayor claridad y para evitar contradicciones, modificarse la redacción del apartado 2, recogiendo la obligación de la adjudicataria de comprobar la efectiva derivación del paciente por los servicios competentes para ello. En igual sentido debe modificarse la cláusula 3 del PCAP.

Sexto.- El órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa a las recurrentes *“dada la patente falta de fundamento del recurso”*.

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*.

En el presente caso, no solo se ha estimado el recurso por varios de los motivos esgrimidos sino que el propio órgano de contratación ha reconocido defectos en la redacción de los Pliegos lo que le ha llevado a preparar una modificación de los mismos.

Por todo ello, este Tribunal considera que no se dan los requisitos para la interposición de la multa establecida en el 47.5 del TRLCSP.

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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales interpuestos por doña P.A.E., en nombre y representación de RTS Servicios de Diálisis, S.L. (RTS) y don P.D.M., en nombre y representación de Baxter, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Acuerdo Marco para la realización de tratamientos de hemodiálisis y diálisis peritoneal en el ámbito de la Comunidad de Madrid”.

Segundo.- Estimar ambos recursos, anulando el procedimiento de contratación convocado y los pliegos que lo rigen, que deberán modificarse en los términos expuestos en los fundamentos de esta Resolución.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- 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.