

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

En Madrid, a 18 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.T.L., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Transporte Sanitario, (AGETRANS), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Prestación de transporte sanitario terrestre, urbano e interurbano, a cargo del sistema sanitario de la Comunidad de Madrid, para el traslado de pacientes que tengan como destino u origen los servicios de urgencias hospitalarias”, número de expediente: SUMMA PA/GS/01/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Viceconsejería de Sanidad y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud de 24 de septiembre 2015, se convocó procedimiento abierto, mediante tramitación ordinaria para la adjudicación del contrato calificado como gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, cuyo objeto se ha hecho constar. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 7 de octubre.

Segundo.- El 27 de octubre tuvo entrada en el registro de la Gerencia del SUMMA 112 el escrito de la representación de AGETRANS anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación y el 26 presentó ante este Tribunal el recurso anunciado en el que solicita que se declare nulidad del procedimiento de licitación de referencia.

El recurso alega los siguientes motivos:

1. Inadecuada calificación del contrato que se ha configurado como gestión de servicios públicos, que debe calificarse de servicios, lo cual determina la nulidad del procedimiento.
2. Insuficiencia de la dotación presupuestaria que no alcanzaría para cumplir la obligación de renovación de la flota a los cinco años.

Tercero.- El 28 de octubre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 28 de octubre, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones del sindicato Unión General de Trabajadores que apoya la tesis de la asociación empresarial en lo que respecta a la distinción entre contrato de servicios y gestión de servicios públicos, insuficiencia de dotación presupuestaria, falta de previsión de revisión de precios y criterios de selección, mostrando su disconformidad con la aseveración de que los convenios colectivos deben tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al

elaborar el presupuesto de licitación en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto a la competencia del Tribunal cabe dar por reproducido lo dicho en las Resoluciones 181 y 183, de 11 de noviembre, por las que se resuelven sendos recursos interpuestos contra el mismo procedimiento de contratación.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP cabe reconocer legitimación activa para interponer este recurso especial, dado que AGETRANS es una asociación empresarial que actúa en defensa de los intereses de sus asociados según se desprende de los Estatutos de AGETRANS conforme a los cuales *“La Federación tiene por objeto, representar, defender y coordinar por los medios legales adecuados, a todos sus miembros e intereses, ante organismos públicos, privados y particulares y en cualquier ámbito territorial en cuanto se relacionen con sus fines particulares”* entre los que figura *“la defensa de los legítimos intereses de sus miembros o lo soliciten los miembros que componen la federación sea estimado por el órgano correspondiente”* (artículo 5). Pueden ser miembros de la asociación las empresas no vinculadas a entidades, organismos o instituciones públicas o administraciones, dedicadas al transporte sanitario en todo o en parte de su actividad que reúnan determinados requisitos.

Es doctrina administrativa y jurisprudencia consolidada que las asociaciones empresariales de empresas afectadas pueden impugnar pliegos de licitaciones cuando existe una vinculación directa entre el objeto social de sus asociados y el objeto del contrato. AGETRANS es una entidad asociativa profesional, razón por la cual coincide el objeto de la licitación con la actividad de sus asociados. Se justifica la interposición del recurso, en particular, por la insuficiencia del presupuesto de licitación.

Si la Asociación tiene como finalidad la defensa de los intereses de sus asociados no cabe la menor duda de que esos intereses se defienden haciendo valer un recurso frente a un pliego de condiciones en el que están llamados a participar empresarios del ramo profesional en cuestión por considerarlo contrario a derecho pues es lógico pensar que se aseguran mejor los intereses de todos en general si se respeta el Ordenamiento jurídico sin que dicho interés legítimo se difumine por el hecho de que el pliego no favorezca, beneficie o interese a alguno o algunos, pues la Asociación debe defender los de todos en general y desde luego que los defenderá mejor o más equitativamente si lo hace desde la perspectiva de la defensa de los derechos del conjunto. Quien tiene que apreciar si el recurso beneficia en concreto a la defensa de los intereses de todos es el órgano llamado legal o estatutariamente a decidir el ejercicio de las acciones oportunas pero desde el punto de vista del proceso es claro que la legalidad de un pliego de condiciones de un contrato administrativo de obras beneficia o afecta a los intereses que una Asociación de este tipo está llamada a defender y en consecuencia ha de reconocérsele un interés legítimo (Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha núm. 238/2007, de 24 de mayo -RJCA 2007\604-).

La Federación ha adoptado internamente el acuerdo de proceder con el presente recurso especial. Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 44.2.a) del TRLCSP dispone que:

“a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel 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 de esta Ley”.

El artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo

Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre dispone:

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”.

En este caso el recurso se dirige contra unos Pliegos publicados en el BOCM el 7 de octubre de 2015, anuncio en el que se hace constar que se puede obtener la información y documentación en las dependencias de SUMMA 112 en la dirección de internet del perfil de contratante. En la misma fecha se publicaron en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, poniendo en el mismo los pliegos a disposición de los interesados a los cuales la recurrente pudo tener acceso.

El recurso se interpuso ante el Tribunal el día 26 de octubre de 2015, dentro el plazo de 15 días hábiles que establece el artículo 44.2.a) desde la fecha en que se cumple el requisito de publicidad y puesta a disposición los mencionados Pliegos.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos reguladores de la licitación. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Como primer motivo de recurso se alega nulidad de los pliegos a causa de la inadecuada calificación de la naturaleza del contrato ya que debió calificarse como contrato de servicios y no de gestión de servicio público. No se atribuye ninguna consecuencia en orden a la procedencia del recurso especial en materia de contratación o al régimen jurídico aplicable al contrato.

Tanto el contrato de gestión de servicios públicos como el contrato de servicios pertenecen al grupo de los contratos típicos recogidos en los artículos 6 a 12 del TRLCSP.

La correcta interpretación de la normativa en materia de contratos debe hacerse desde la perspectiva de la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La falta de desarrollo de la figura de la concesión de servicios en el Derecho comunitario hasta la reciente Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, y el mantenimiento en nuestro ordenamiento del contrato de gestión de servicio público, han dado lugar a numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y de los órganos consultivos en materia de contratación, así como a análisis doctrinales, que no procede examinar con carácter exhaustivo.

Las diferentes Juntas Consultivas de Contratación (informes 65/11, de 1 de marzo de 2012 y 12/10, de 23 de julio de 2010, de la Estatal y 2/2014 de 22 de enero de la Junta de Aragón) y por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación en reiteradas ocasiones, ha sido considerar la diferencia entre estas dos figuras contractuales, sobre la base de que el contratista asuma o no el riesgo de la explotación del servicio.

Este riesgo de explotación ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en numerosas sentencias (entre las que señalamos la última de 10 de noviembre de 2011 C-348/10; Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser; Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater; Sentencia

del TJUE de 10 noviembre de 2011, Asunto Norma-A y Dekom) como un riesgo diferente a los riesgos que son inherentes a cualquier contrato público, vinculados a la mala gestión o errores en la apreciación del operador económico a la hora de presentar su oferta.

Según el TJUE, el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como un riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda, el riesgo de insolvencia de los deudores, el riesgo de que los ingresos no cubran los gastos de los servicios prestados o también el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por la irregularidad de la prestación de los servicios.

La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre concesiones en Derecho comunitario, de 12 de abril de 2000 (2000/C-121/02), indica que la remuneración del concesionario debe proceder de la explotación. Aunque la mayor parte de los casos, el origen de las rentas –cobradas directamente al usuario- sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio. El riesgo que depende de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos.

Finalmente la regulación comunitaria aborda la regulación de los contratos de concesión en la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 y se precisa que el derecho a explotar obras o servicios implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial, y se considera que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando *“no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o servicios objeto de la concesión”*.

Como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Recomendación 1/2011, la LCSP incorporó importantes cambios respecto de la tipificación contractual contenida en la regulación anterior, pues se eliminó la categoría del contrato de consultoría y asistencia y se creó el contrato de colaboración público privada, y aunque se mantuvieron las restantes modalidades de contratos típicos, algunas de ellas se delimitaron de manera diferente, como sucede con la amplitud de la configuración del contrato de servicios, lo que debe repercutir en la recalificación de muchos contratos, antes gestión de servicio público o contratos administrativos especiales.

El informe del órgano de contratación defiende la existencia de riesgo porque la demanda de transporte sanitario está sujeta a múltiples factores, a título de ejemplo, cita hechos recientes como la llegada a España del virus del ébola o del virus de la gripe A, que tienen importantes repercusiones tanto en el número de traslados a realizar como en los medios materiales y en los equipos necesarios para realizar estos traslados. Episodios como los citados repercuten directamente en el incremento de los gastos soportados por el adjudicatario por el uso más intensivo de los medios disponibles, por el mayor consumo de combustible y por la necesidad de adquirir equipos especiales para la protección de los trabajadores o para la desinfección de los vehículos e instalaciones. Todos estos gastos son soportados por el adjudicatario sin posibilidad de repercutirlos a la Administración. Dado que el precio del contrato está determinado a tanto alzado con pagos iguales mensuales, con independencia del número de traslados demandados o de la complejidad técnica de estos traslados, cualquier incremento de los gastos de explotación derivados del incremento de la demanda, que el adjudicatario debe asumir íntegramente por imposición de la cláusula 3 del PPT, repercute de manera directa en la cuenta de explotación de la adjudicataria. Este riesgo, de que los ingresos no cubran los gastos de los servicios prestados, se hace aún más evidente si tenemos en consideración que los pliegos no prevén ningún tipo de mecanismo de compensación que garantice un nivel de beneficios o ausencia de pérdidas al adjudicatario.

Añade el órgano de contratación que los pliegos también trasladan al adjudicatario el riesgo de la responsabilidad por los perjuicios causados por la irregularidad de la prestación de los servicios en una doble vertiente:

1) El apartado 18 de la cláusula 1 del PCAP impone al adjudicatario la obligación de suscribir a su cargo un seguro de responsabilidad civil que garantice los daños ocasionados tanto a terceros como al propio SUMMA 112 por hechos derivados de la prestación del servicio contratado. Esta póliza debe mantenerse en vigor durante el período de ejecución del contrato.

2) El apartado 20 de la cláusula 1 del PCAP establece un régimen de penalidades, entre las que destacan las previstas en los apartados a, b y c, referidos a los tiempos de respuesta en la prestación del servicio y a los servicios no realizados.

Mantiene el órgano de contratación que cualquier incremento en la demanda de traslados, que debe ser asumido por la adjudicataria de acuerdo con lo establecido en la cláusula 3 del PPT, incrementa de una manera directa el riesgo de incurrir en responsabilidad por un perjuicio causado por la irregularidad en la prestación de los servicios, riesgo que es asumido directamente por el adjudicatario por imposición de los pliegos y que se traduce de manera directa en un incremento de los gastos de explotación o en una disminución de los ingresos por aplicación de las penalidades previstas en el pliego.

En el caso analizado la forma de pago implica pagos mensuales por doceavas partes del importe de adjudicación, con independencia del número de servicios prestados, sin que pueda preverse con exactitud el número a prestar, previéndose según la memoria explicativa del presupuesto de licitación unas condiciones de ejecución, de medios personales y materiales y de número de traslados similares a la media del contrato anterior y en cuanto forma parte de la cartera de prestaciones que ha de realizar el SERMAS y permite al licitador evaluar con un amplio margen de seguridad los costes de la prestación durante la vigencia del contrato y los

beneficios a obtener, haciendo nulo o minimizando el riesgo de explotación inherente a la concesión de servicios. La remuneración al prestador no se realiza en función de la explotación, es decir del uso o frecuentación del servicio. Se garantiza un nivel de beneficios o ausencia de pérdidas. No existe la posibilidad de adoptar decisiones de carácter empresarial, por ejemplo para captar usuarios, el pago es a tanto alzado independientemente del número de traslados a realizar. El adjudicatario no sustituye a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la misma para la gestión del servicio de su competencia.

Por otro lado, se limitan las decisiones de carácter empresarial del contratista al concretarse las condiciones de acceso a la prestación, contenido y criterios para la utilización del transporte sanitario, es decir limita la potestad de organización del servicio. La regulación del PPT en relación a cómo han de llevarse a cabo los servicios y la regulación legal del servicio de transporte de pacientes en cuanto antigüedad, características técnicas, equipamiento y medios técnicos es bastante detallada. La imposición de penalidades por retraso en la prestación del servicio es inherente a cualquier contrato y trata de garantizar la calidad del servicio, no dependiendo de factores ajenos sino de la organización del servicio que corresponde al empresario, por lo cual no puede entenderse como riesgo de disponibilidad. Como señala el informe 22/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado “(...) *no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario dependen exclusivamente de que este, sea, en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio, o si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares de calidad en su prestación sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación*”.

Finalmente la existencia de un seguro de responsabilidad civil no es más que otro indicador de la limitación de responsabilidad del empresario en la prestación del servicio. El riesgo y ventura que atribuye al contratista el artículo 277 del TRLCSP a la modalidad de concesión del contrato de gestión de servicios públicos no es sino la

concreción de lo dispuesto con carácter general en el artículo 215. Y la obligación de indemnización por daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio prevista en el artículo 280.c) del TRLCSP el correlato del artículo 214.

La ausencia de transferencia de riesgo determina la calificación como contrato de servicios en el ámbito de la Directiva 2014/18/CE. Esta Directiva distingue a su vez, por un lado, los contratos del anexo II A considerados como “sectores prioritarios”, a los que somete a un régimen de publicidad, plazos de presentación de ofertas y normas de adjudicación, que se corresponden con los servicios sujetos a regulación armonizada en nuestro TRLCSP, y por otro lado los comprendidos en el anexo II B que sujeta solo a los preceptos relativos a la determinación de las prescripciones técnicas y publicidad de las adjudicaciones.

Por otro lado la Directiva 89/665/CEE regula el recurso contractual, que es el referente del recurso especial en materia de contratación, otorgándole un ámbito objetivo igual al de la citada Directiva 2004/18/CE. Por ello cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de servicios en las categorías sujetas a regulación armonizada, debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación o naturaleza se reputen distintas en el TRLCSP.

En consecuencia de acuerdo con la legislación y jurisprudencia europea citadas, no cabe duda de que el contrato objeto del recurso tiene naturaleza de servicios. Debemos ahora analizar su *nomen iuris* en el TRLCSP. La regulación de los servicios ha de transponerse a la legislación nacional distinguiendo los sujetos a regulación armonizada y los servicios no prioritarios para los cuales los Estados tienen libertad de regulación.

Por influencia de la normativa europea, la transposición del derecho comunitario la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público incorporó la Directiva 2004/18/CE y una nueva definición del contrato de servicios que abarca ahora un nuevo contenido ampliado respecto de la definición anterior,

incluyendo prestaciones que con la normativa de contratación administrativa anterior se tipificaban como gestión de servicios públicos y otros calificados como administrativos especiales en la medida en que tengan como objeto alguna de las actividades que detalla el Anexo II del TRLCSP. Sin duda hubiera sido más adecuado, desde el punto de vista de la seguridad jurídica una correcta transposición a la normativa nacional del derecho comunitario incorporar la mismas denominaciones y definiciones del derecho comunitario, evitando así la necesidad de la labor realmente dificultosa de acudir a la vía interpretativa para la identificación de los conceptos en la terminología tradicional del derecho nacional que se mantiene pero con un contenido diferente.

El TRLCSP incorpora los contratos del anexo II A de la Directiva 2004/18/CE mediante la regulación de los contratos sujetos a regulación armonizada, cumpliendo los requisitos de la citada directiva y admitiendo la posibilidad de su impugnación a través del recurso especial en el artículo 40.1.a). En cuanto a los contratos de los sectores no prioritarios o categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, el derecho nacional regula los contratos no sujetos a regulación armonizada y mantiene la figura de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto. El hecho de que la legislación interna califique como conciertos contratos que en la normativa europea se consideran servicios es irrelevante, pues lo fundamental es que se cumplan los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18 y cada estado es libre para configurar la preparación, adjudicación y ejecución de los servicios no prioritarios como le parezca más oportuno siempre que se respeten los principios generales de los Tratados de la UE.

El objeto del contrato corresponde al código 85143000-3 “servicio de ambulancias”, del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), aprobado por el Reglamento 2195/2002/CE de 5 de noviembre. Dicho código se integra en la categoría 25 “servicios sociales y de salud” del anexo II del TRLCSP y se corresponde con el apartado de “servicios no prioritarios”, por lo cual solo está muy parcialmente sujeto a la Directiva 2004/18, de contratos públicos, y en la misma medida a la directiva 89/665/CEE de recursos. La ampliación de la posibilidad de

recurso especial en materia de contratación ha sido voluntariamente asumida por el legislador español al incluir, en el artículo 40.1.b) del TRLCSP, entre los supuestos de contratos susceptibles del recurso, los servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II. Por tanto el concepto o definición del contrato de servicios ha de ser idéntica tanto si se trata de “servicios prioritarios” como si no y de si su denominación es esa o concierto. Cualquier contrato oneroso que tenga por objeto la realización de alguna de las prestaciones enumeradas en el Anexo II de la Directiva 2014/18/CE debe calificarse como contrato de servicios a los efectos de procedencia de la interposición del recurso especial.

Es preciso analizar el régimen jurídico previsto para este tipo de servicios en el derecho interno. Inicialmente hay dos figuras que le podrán dar cobijo como son el contrato de gestión de servicios públicos, regulado en el artículo 8 y el tipo “servicios”, regulado en el artículo 10. La inserción de la figura del concierto recogida en el artículo 277 c) del TRLCSP dentro del concepto comunitario de contrato de servicios está resuelta, cuando concorra el requisito de la inexistencia de transmisión de riesgos en los términos de la legislación y jurisprudencia. No obstante, el TRLCSP prevé un régimen jurídico propio, que no se opone a las Directivas comunitarias y que está vigente, por lo que procede su aplicación.

La singularidad que supone que la misma prestación pueda incardinarse en dos figuras contractuales diferentes obedece a que la regulación del contrato de gestión de servicio público en el TRLCSP está basada en la idea, tradicional en el Derecho Administrativo español, de que el rasgo fundamental de este contrato es su vinculación con un servicio público definido en sentido estricto y previamente dotado de un régimen jurídico que lo configure, sin que sea imprescindible la transferencia del riesgo que pide el derecho europeo para la concesión, la cual puede darse en algunas modalidades y no en otras. Los requisitos que establecen las directivas comunitarias para este tipo de contratos “no prioritarios”, se cumplen en la normativa nacional tanto en la figura del concierto como en la de servicios.

La regulación como contrato de servicios de la categoría 25 o como gestión

de servicios no tiene consecuencias en cuanto a publicidad o plazo de presentación de proposiciones, pues al no tratarse de una de las categorías (1 a 16) sujetas a regulación armonizada, no se aplica la Directiva 2004/18/CE, pero sí tiene consecuencias bien diferentes en cuanto a los actos preparatorios del expediente de contratación, la exigencia de solvencia o clasificación, la duración del contrato, la regulación de las prórrogas, régimen jurídico de su preparación, efectos y extinción.

Consecuentemente la tipificación del contrato que figura en el PCAP como gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto se ajusta al TRLCSP y debe aplicarse el marco normativo del mismo.

En sentido similar se han pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales en su Resolución 267/2013 de 10 de junio y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la Resolución 2/2015 de 16 de enero, en ambos casos sobre contratos relativos al transporte sanitario.

Sexto.- En segundo lugar se plantea como motivo del recurso la insuficiencia del presupuesto de licitación desde el momento inicial y desde el momento en que al quinto año es necesaria la renovación de la flota de ambulancias.

A estos efectos, el TRLCSP, dispone en el artículo 87.1, en relación al precio del contrato:

“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”.

Por su parte el artículo 88.2 establece que:

“La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato”.

Y finalmente, el artículo 88.5:

“En los contratos de suministro o de servicios que tengan, un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

a) EL valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.

b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses.

La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”.

El apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP indica que el presupuesto base de licitación es de 82.860.480,00 euros. La distribución para cada anualidad completa asciende 20.715.120 euros. La cláusula 7.2 del PPT recoge la obligación del convenio colectivo de subrogarse en el personal que presta el servicio actualmente.

El Anexo 1 contiene un listado del personal a subrogar, en la cual se indica la retribución anual de los mismos. La suma de los importes consignados en dicho Anexo asciende a aproximadamente 19.000.000 euros (redondeando al alza). Es decir, siendo el presupuesto anual de la licitación de 20.715.120 euros, el aproximadamente 19 millones de euros serían necesarios para abonar las nóminas

de los trabajadores que el adjudicatario debe subrogar, quedando un margen de casi dos millones de euros anuales.

Según la recurrente el contratista, por el presupuesto estipulado, debe afrontar la compra inicial -al menos del parque mínimo establecido y requerido-, y a los cinco años de duración del contrato, volver a adquirir los mismos vehículos, disponiendo tan solo de una anualidad para su completa amortización o disposición para otro contrato.

Según el informe del órgano de contratación el presupuesto base de licitación, que figura en apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP, se ha determinado a tanto alzado por los recursos humanos y materiales puestos a disposición del contrato para el dimensionamiento del servicio según las condiciones y requisitos establecidos en el PPT. En la Memoria Económica Justificativa del Presupuesto se mantiene prácticamente el mismo despliegue de recursos que en el anterior contrato y los mismos parámetros de calidad, con la única excepción de que se incrementa una ambulancia no asistencial de clase A1, polivalente con adaptación para transporte psiquiátrico o uso convencional y dotada con ayudante, con 8 horas de disponibilidad efectiva al día. Con estas premisas el presupuesto de licitación se ha calculado según el siguiente detalle:

- Al mantenerse prácticamente el despliegue actual, se ha tomado como punto de partida principal el importe de la última anualidad del contrato que se pretende renovar, que asciende a 20.628.637,23 euros anuales.
- La incorporación de una ambulancia no asistencial de clase A1 se ha valorado en un importe de 86.492,85 euros al año, calculando la parte proporcional correspondiente a una modificación que se inició el 10 de abril de 2014.
- Sumando estos dos importes (20.628.637,23 euros + 86.492,85 euros), y redondeando para evitar decimales en la distribución de anualidades, se ha calculado que una anualidad del contrato ascendería a 20.715.120 euros.

Argumenta la recurrente que según sus cálculos el contrato supone una insuficiencia anual de 1.641.787 euros, resultante de incluir los gastos de:

- El personal a subrogar según los datos facilitados por los pliegos, ya suman un 90,2% de la licitación, lo hemos dividido en operativo y de estructura, incluyendo en esta jefes de tráfico y Oficiales de administración.
- Las partidas de combustibles, reparaciones y mantenimiento, compras, servicios y tributos están basadas en la dilatada experiencia de nuestra empresa con más de 10 años en el sector.
- Los vehículos deben ser renovados a los 5 años según exigencia de los pliegos, ya que cabe la posibilidad de una prórroga de 2 años, por tanto incluimos costes de renting.
- Del mismo modo hacemos una estimación conservadora de costes de estructura de un 2% sobre los ingresos.
- Es importante reseñar, que no se incluyen intereses de factoring en esta proyección.
- En otras compras entran conceptos como: oxígeno, fungibles, repuestos, reparaciones de equipos y limpieza de vehículos.
- En otros servicios incluimos, informática, prevención, notaria, seguros, suministros, viajes, peajes, vestuario, correos, material oficina y varios.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

Los convenios colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de conocimiento (aunque no la única), a efectos de determinar el valor de mercado. La Resolución nº 151/2012 de ese Tribunal, que estimó el recurso especial por considerar que el presupuesto de licitación era insuficiente, en un caso en que el principal coste era el de personal.

Lo fundamental es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, ó 292/2012, de 5 de diciembre), siendo forzoso reconocer en esta materia un amplio margen de estimación a la Administración.

En el caso que nos ocupa los costes de personal, como se desprende del listado de personal a subrogar se aproxima, sin llegar, a 19.000.000 euros. Por tanto, en principio, el presupuesto de licitación cubre íntegramente los costes laborales (salarios y costes sociales). Cabe añadir que el PPT no exige un número determinado de efectivos, sino que en el apartado 7.1 indica que la empresa adjudicataria dispondrá del personal necesario para atender las obligaciones necesarias derivadas del presente contrato.

Ciertamente el personal no es el único parámetro a tener en cuenta para determinar la suficiencia del presupuesto de licitación. Es posiblemente el parámetro con más peso, pero las empresas necesitan invertir también en otros medios.

El precio del contrato se ha determinado a tanto alzado conforme al coste del servicio actual y las previsiones del número de servicios para la licitación. Descontando los costes de personal quedan aproximadamente dos millones de euros respecto del presupuesto de licitación anual, es decir, unos siete millones para otros la duración total del contrato.

Además, el presupuesto se ha fijado teniendo en cuenta el valor del contrato actualmente vigente y con los parámetros del artículo 88.5 del TRLCSP, que es una de las formas legalmente admisibles.

En consecuencia debe desestimarse el motivo de recurso.

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.- Desestimar recurso especial, interpuesto por don M.T.L., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Transporte Sanitario, (AGETRANS), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Prestación de transporte sanitario terrestre, urbano e interurbano, a cargo del sistema sanitario de la Comunidad de Madrid, para el traslado de pacientes que tengan como destino u origen los servicios de urgencias hospitalarias”, número de expediente: SUMMA PA/GS/01/15.

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.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación acordada por este Tribunal el 28 de octubre.

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.