

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

En Madrid, a 21 de junio de 2017.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por doña N.M.S., 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 de “Gestión de servicios públicos 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-25/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 25 de abril, 11 y 15 de mayo de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el BOCM y en el BOE, el anuncio 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 18 de mayo de 2017, 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 19 de mayo de 2017 se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo junto con el informe preceptivo que fue atendido con fecha 12 de junio.

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 la Directiva 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, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (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 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 25 de abril de 2017, como consta en los anuncios, e interpuestos ambos recursos el día 18 de mayo de 2017, 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.

El órgano de contratación en su informe señala que *“sobre esta cuestión ya se pronunció el Tribunal en su Resolución nº 184/2016, Recursos nº171 y 172/2016, y cuyo Fundamento de Derecho Quinto 1) era del siguiente tenor literal: 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 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”.

En efecto el motivo de recurso fue analizado por el Tribunal en su Resolución 184/2016, de 22 de septiembre, con ocasión de un recurso interpuesto por las mismas empresas ahora recurrentes y fue desestimado por las razones anteriormente expresadas.

Por lo tanto debemos considerar que se trata de una cuestión resuelta que no cabe volver a plantear y debe desestimarse este motivo de recurso.

2) Establecimiento a juicio de las recurrentes, respecto del Lote 1 del Acuerdo Marco -consistente en la prestación del servicio de hemodiálisis en centro concertado-, de un requisito de arraigo territorial exigible *ab initio* a todos los licitadores restrictivo de los principios concurrencia, transparencia y no discriminación: *“Dicho requisito no es otro que la necesidad de contar, en el momento de formular la oferta, con un centro*

en el que se esté prestando -esto es, ya en funcionamiento- el servicio de hemodiálisis en el ámbito de la Comunidad de Madrid -ya sea titularidad del licitador o de un tercero con el que haya contratado la prestación del servicio (...) los Pliegos no se limitan a requerir la existencia de un centro en funcionamiento, sino que, además, obligan a que éste se localice en el ámbito de la Comunidad de Madrid, aspecto no considerado en nuestro anterior recurso especial y que, al seguir constando en el PCAP actual, destacaremos aquí”.

El órgano de contratación en su informe alega que *“favorecer la máxima concurrencia es un objetivo deseable tanto para la Administración como para los proveedores, por ello no se ha plantado ningún tipo de limitación geográfica respecto a la ubicación de las Empresas proveedoras de diálisis domiciliarias pero, el carácter vital y urgente de este tratamiento, en sus diferentes modalidades domiciliarias, explica la necesidad de garantizar la existencia de un depósito (propio o contratado a un tercero) debidamente autorizado, que permita la reposición o sustitución inmediata, ante posibles problemas en los equipos y en los líquidos. También este Tribunal se pronunció al respecto en la Resolución nº 184/2016, Fundamento de Derecho Quinto 5): “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””.*

Siguiendo el razonamiento ya expuesto por este Tribunal en su Resolución 184/2016, el tipo de prestación a realizar en el lote 1, servicios de hemodiálisis en centro concertado, impone necesariamente en primer lugar, tener un centro que cuente con los permisos y habilitaciones establecidos por la normativa de aplicación y en segundo lugar, tratándose de pacientes de la Comunidad de Madrid, que dicho centro se localice en el ámbito de la Comunidad de Madrid por evidentes razones de

eficacia, accesibilidad para los pacientes y condiciones semejantes a los tratamientos dispensados en centros propios.

Por ello la exigencia parece razonable y motivada, pudiendo citar en apoyo de dicho criterio, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid, 51/2017 de 8 de febrero, en la que, sobre la exigencia de contar con local dentro de la Comunidad de Madrid, señala que *“la justificación de que se exija la ubicación del local de almacenamiento dentro de la Comunidad de Madrid se ofrece más que razonable atendiendo a que el servicio objeto de contratación es la custodia archivo y gestión de documentación de los órganos judiciales de esa Comunidad”*.

En consecuencia debe desestimarse el recurso por este motivo.

3) Indebida aplicación de la exención del IVA a todo el contrato.

El órgano de contratación en su informe advierte que esta cuestión ya fue resuelta por el Tribunal en la Resolución 184/2016, desestimando el motivo de recurso.

Efectivamente, tanto en la Resolución citada como en el posterior Acuerdo de 23 de enero de 2017, que resuelve el incidente de ejecución planteado por las recurrentes, se concluye que *“En primer lugar, debe recordarse que el motivo de recurso relativo a la calificación de las prestaciones de los lotes 2, 3 y 4 del contrato fue desestimado, manteniéndose la calificación que había realizado el SERMAS. En segundo lugar, en cuanto a la procedencia de tributar por IVA, igualmente se desestimaba el motivo de recurso, señalándose que “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”*”.

En consecuencia, el recurso debe desestimarse por este motivo.

4) Inexistencia de una previsión estimada de pacientes ni de tratamientos a prestar, lo que impide, a juicio de las recurrentes, formular una oferta económica adecuada y conocer el precio de los contratos derivados del Acuerdo Marco.

Alegan que “leyendo los Pliegos no encontramos elementos suficientes para que se pueda calcular ese “precio cierto que deberá expresarse en euros” al que se refiere el artículo 87 del TRLCSP. Es más, los Pliegos no contienen, ni siquiera de manera aproximada, una previsión de pacientes o de tratamientos a prestar que pueda tenerse en cuenta para determinar un precio”.

El órgano de contratación en su informe manifiesta que “el Acuerdo marco, recoge el precio máximo de las prestaciones a licitar y la estimación del importe de la actividad prevista durante los años de duración de dicho Acuerdo marco en cada uno de los lotes en que se distribuye, información que permite valorar el número de tratamientos estimados/ año para cada uno de los lotes en el ámbito geográfico de la Comunidad de Madrid. Por otra parte, el precio máximo de cada prestación incluye todos los elementos precisos para su ejecución, siendo el importe de la medicación uno de los componentes del precio y, en ningún caso, el más relevante. La determinación del número de pacientes a contratar por cada Hospital y los tratamientos a prestar en cada uno de los lotes, se determinará en los contratos derivados, tal y como se recoge en el PCAP regulador de este Acuerdo marco”.

El PCAP en su cláusula 11.7 determina el presupuesto de cada uno de los lotes y los precios unitarios de cada sesión, dentro de cada uno de ellos.

Por su parte el PPT en el apartado A.1, establece los conceptos incluidos dentro de las tarifas de los pacientes que pueden ser tratados en la Unidad de Hemodiálisis Ambulatoria y las exclusiones.

Parce lógico pensar que las empresas del sector conocen los componentes del precio y que puedan calcular los costes de las sesiones, teniendo en cuenta esos conceptos incluidos y excluidos. Por tanto no se aprecia indeterminación del Pliego en este aspecto y el motivo de recurso debe desestimarse.

5) Indeterminación de la forma de aplicación de los criterios de valoración. Vulneración de los principios de transparencia e igualdad.

Según las recurrentes *“la Cláusula 1.12.2 bajo la rúbrica “Otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas” se refiere a los establecidos en el Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares: “Criterios objetivos de valoración de mejoras ofertadas”. No obstante, en el Anexo II sólo se indica un criterio objetivo evaluable con la fórmula de evaluación automática: la Hemodiafiltración, correspondiente al Lote 1, pero nada se dice respecto de los Lotes 2 a 4. Como es evidente, esto genera una manifiesta inseguridad a los licitadores que desconocen cómo serán ponderados cómo se van a ponderar las ofertas técnicas y a distribuir los puntos de los distintos criterios, y ello a pesar de que el artículo 150.4 del TRLCSP exige que Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos”.*

A la vista del Anexo II en el que se establecen los criterios objetivos de valoración, distintos de la oferta económica, se comprueba que todos son de aplicación automática, otorgándose los puntos si se tiene el criterio y no otorgándose si no se oferta. Es así en la Hemodiafiltración de lote 1 y en todos los demás lotes por lo que no hay inseguridad para las licitadoras.

En aquellos criterios en que consta una puntuación máxima, se han incluido los subcriterios correspondientes, de ahí que el reparto de puntos esté claro. Sin necesidad de ponderación alguna. Por ello procede desestimar el motivo de recurso.

6) Los Pliegos prevén como criterios de valoración requisitos mínimos del Acuerdo Marco, en los siguientes aspectos:

(i) Servicio de exportación de datos.

“El apartado B.3.1.9 del PPT establece la obligación -en calidad de requisito técnico mínimo- de que la empresa adjudicataria se comprometa a “facilitar la exportación de los datos cuando lo requiera el Servicio Madrileño de Salud para su integración en los sistemas de información comunes de que disponga el Hospital o la Consejería” (página 28). Y, al mismo tiempo, el Anexo II del PCAP recoge como criterios evaluables con un máximo de 5 puntos -en el caso de los Lotes 2 y 3- y de 4 puntos -en el del Lote 4- cada uno, la “oferta de integración de la información clínica del paciente en Historia Clínica Nefrología del hospital de referencia” y la “oferta de integración de la información clínica del paciente en Historia Clínica Nefrología, a través de descargas automáticas” (páginas 50 y 51).

Resulta evidente que el ofrecimiento de un mismo servicio -la exportación de datos para su integración en los sistemas de información- se contempla en los Pliegos tanto como requisito técnico como criterio de valoración”.

El órgano de contratación en su informe aduce que “no existe colusión entre las exigencias recogidas como requisito mínimo y como mejora. El apartado B.3.1.9 recoge la necesidad de que la Empresa exporte los datos para que el Servicio Madrileño de Salud pueda integrarlos en sus sistemas de información. En el Anexo II se considera mejora la integración, por parte de la Empresa, de los datos clínicos en la Historia Clínica del paciente”.

Constata el Tribunal que el apartado B.3.1.9 del PPT recoge un compromiso de facilitar la exportación de los datos cuando lo requiera el Servicio Madrileño de Salud, para su integración en los sistemas de información comunes de que disponga el Hospital o la Consejería. Está configurado como un requerimiento de carácter general.

Por el contrario, lo que se valora en el Anexo II es la oferta de integración de la información en la Historia Clínica del paciente y la oferta de integración de esa misma información mediante descargas automáticas.

No se aprecia por tanto que se haya valorado un requisito mínimo y debe desestimarse el motivo de recurso.

(ii) Servicio de telemedicina domiciliaria.

“El apartado B.5.4 del PPT recoge un requisito mínimo relativo a la prestación del servicio de telemedicina domiciliaria, aplicable a la hemodiálisis domiciliaria -Lote 4 del Acuerdo Marco-, en los siguientes términos (página 37): La telemedicina domiciliaria es una prestación que deberá proveer el adjudicatario como requisito en la hemodiálisis domiciliaria para aquellos pacientes a los que se lo indique el nefrólogo y podrá prestar como mejora en los pacientes de diálisis peritoneal domiciliaria.

Una mención que se concreta en el apartado B.5.4.2 del PPT, que se refiere a las dos modalidades en que dicho servicio puede prestarse, describiendo a la primera como “servicio de televisita en los horarios establecidos entre el servicio de nefrología y el paciente por prescripción médica (requisito)” y a la segunda como “telemedicina a tiempo real, que implica la visualización y monitorización en el hospital de referencia del proceso de hemodiálisis domiciliaria por prescripción médica (mejora)” (página 38). Y, a su vez, el Anexo II del PCAP contempla, en el caso del Lote 4, como criterio evaluable con un máximo de 12 puntos, la “telemedicina en tiempo real (apartado B.5.4 PPT)” (página 51)”.

El órgano de contratación en su informe no se refiere a esta cuestión.

Examinada la redacción del apartado B.5.4 del PPT el Tribunal aprecia que existe una confusión en los términos empleados. Se dice que la Telemedicina es un requisito en la hemodiálisis domiciliaria y una mejora en la diálisis peritoneal domiciliaria. Sin embargo, ninguno de los dos términos coincide con la denominación

de los lotes del contrato, que son: Diálisis peritoneal continua ambulatoria, lote 2, Diálisis peritoneal automática con cicladora, lote 3 y Hemodiálisis domiciliaria, lote 4.

Por su parte el apartado B.5.4.2, se refiere a las modalidades de la telemedicina y precisa:

Servicio de Televisita *“(requisito)”*.

Telemedicina a tiempo real (...) *“proceso de hemodiálisis domiciliaria por prescripción médica (mejora)”*.

Interpretando conjuntamente estos apartados con el Anexo II del PCAP de criterios de valoración, debemos concluir que la televisita, como modalidad del servicio de telemedicina domiciliaria, es un requisito obligatorio para los lotes 2 y 3 y por tanto no puede puntuarse, en aplicación de los criterios objetivos, mientras que la telemedicina en tiempo real se configura como una mejora en el lote 4 y puede ser objeto de puntuación.

En consecuencia, se estima parcialmente este motivo de recurso, respecto de los lotes 2 y 3.

La estimación parcial del recurso en este punto conlleva la anulación de los Pliegos y de la licitación de esos dos lotes. El órgano de contratación, si se mantienen las necesidades deberá elaborar nuevos Pliegos que corrijan la contradicción señalada entre el actual PCAP y PPT, aclare los requisitos exigidos para cada lote y determinen en consecuencia los criterios de adjudicación que se consideren adecuados, teniendo presente que no puede ser objeto de valoración los requisitos exigidos en el PPT.

7) Respecto de los Lotes 2, 3 y 4 del Acuerdo Marco, alegan las recurrentes que se establece un requisito de arraigo territorial exigible *ab initio* a todos los licitadores, a todas luces restrictivo, de los principios de libre concurrencia e igualdad.

”Dicho requisito no es otro que la necesidad de contar, en el momento de formular la oferta, con una infraestructura de almacenamiento y distribución en el territorio de la Comunidad de Madrid. La Cláusula 1.10 del PCAP, relativa la “habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato”, en cuyo tercer párrafo puede leerse lo siguiente:

Para los lotes 2, 3 y 4: se requiere la autorización de la “Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios” como Laboratorio Farmacéutico Fabricante o laboratorio titular de autorización de distribución y acrediten la disponibilidad de una infraestructura, propia o contratada, de almacenamiento y distribución en el territorio de la Comunidad de Madrid. Como vemos, el PCAP no se limita a requerir la existencia de una determinada infraestructura, sino que, además, obliga a que ésta se localice en el ámbito de la Comunidad de Madrid”.

El órgano de contratación en su informe expone que *“favorecer la máxima concurrencia es un objetivo deseable tanto para la Administración como para los proveedores, por ello no se ha plantado ningún tipo de limitación geográfica respecto a la ubicación de las Empresas proveedoras de diálisis domiciliarias pero, el carácter vital y urgente de este tratamiento, en sus diferentes modalidades domiciliarias, explica la necesidad de garantizar la existencia de un depósito (propio o contratado a un tercero) debidamente autorizado, que permita la reposición o sustitución inmediata, ante posibles problemas en los equipos y en los líquidos”.*

Cabe alegar sobre este asunto que las exigencia esgrimidas por el órgano de contratación, permitir la reposición o sustitución inmediata de equipos y líquidos, para establecer la exigencia establecida, son razonables y lógicas y que podrían haberse satisfecho indicando que se consideraba suficiente que la ubicación permita asegurar la inmediatez del suministro sin más especificación.

Sin embargo hay que tener en cuenta que se trata de un Acuerdo Marco cuyo ámbito geográfico es la Comunidad de Madrid, y que los lotes que analizamos son de atención domiciliaria, es decir, los pacientes pueden ser de cualquier lugar de la Comunidad, esto dificulta la posibilidad de establecer para la ubicación de la

infraestructura una distancia máxima desde un punto concreto u otro criterio de proximidad que parece razonable exigir.

A todo ello cabe añadir que se ha establecido de manera amplia la exigencia, permitiendo una infraestructura propia o contratada y que no hay evidencias de que suponga perjuicio para las licitadoras, por lo que procede desestimar el recurso por este motivo.

8) Exigencia de contar con un seguro de responsabilidad Civil.

Alegan las recurrentes que “según establece el apartado 19 de la cláusula 1 del PCAP se requiere al adjudicatario la suscripción de un seguro de responsabilidad civil con terceros. Sin embargo, el PCAP no hace referencia alguna a una diferenciación entre el tipo de seguro requerido en función de los lotes (...). Desde el punto de vista jurídico, es imposible que la responsabilidad civil que se pueda derivar para el adjudicatario de una infracción cometida en el marco de los lotes 2 a 4 pueda alcanzar la responsabilidad civil que nazca como consecuencia del desarrollo de la actividad descrita en el lote 1”.

El órgano de contratación aduce que “en relación con el seguro de responsabilidad civil con terceros, los argumentos que motivan esta solicitud ya están recogidos en el apartado primero en el que se explica la diferencia entre un contrato de suministros y el objeto de este Acuerdo Marco que es la gestión del servicio público de diálisis, tanto en domicilio como en centros sanitarios. Respecto a la cuantía del seguro, el motivo de mantener el mismo importe para las Empresas que licitan al lote 1 y las que licitan a los lotes 2, 3 y 4 se debe a que en el lote 1 el número de adjudicatarios actuales que prestan sus servicios para los Servicios Sanitarios de la Comunidad de Madrid es alto, mientras que, actualmente, únicamente existen dos proveedores que lo hagan para las terapias domiciliarias, concentrando cada uno de ellos un elevado número de pacientes. Es por ello por lo que, para cubrir las posibles responsabilidades que se pudieran derivar en la ejecución de los lotes 2, 3 y 4 del contrato, en el que pocos proveedores tratan a un

número de pacientes muy alto, se hace necesario que la cuantía del mismo sea elevada. En consecuencia, se estima que queda claro que no se vulnera el principio de proporcionalidad”.

Las recurrentes alegan únicamente que la asimilación de cuantías del seguro de responsabilidad civil es contraria al principio de proporcionalidad pero no incluyen datos ni argumentos que permitan comprobar esa aseveración. Correspondiendo al recurrente la carga de la prueba, en este caso debe desestimarse el motivo de recurso.

9) No pueden incluirse en un mismo lote diferentes alternativas terapéuticas.

Alegan las recurrentes que “de acuerdo con el PPT (apartados B.5.1.4 Modalidades y B.5.2.6.2. Tipo de líquido empleado del PPT), se incluyen en un mismo lote diferentes alternativas terapéuticas, con el consiguiente potencial impacto en la salud de los pacientes si, debido a la adjudicación de este procedimiento, hubiera que realizar una conversión de las prescripciones de diálisis peritoneal de los pacientes a medicamentos y sistemas de administración de proveedores diferentes, no disponiendo todos del mismo tipo de medicamentos (y siendo algunos de ellos, como las bolsas de solución de Icodextrina o de aminoácidos, ambas sin glucosa en su composición para beneficio de los pacientes, exclusivas de un solo proveedor). Asimismo, al tener estos medicamentos diferentes indicaciones terapéuticas, esta situación podría derivar en que no se pudieran tratar determinadas situaciones clínicas en grupos de pacientes concretos en los que, debido a su estado de salud, sí aplicarían algunas de esas indicaciones diferenciales. Siendo esto una cuestión que atenta contra el interés público que subyace bajo la celebración de cualquier contrato del sector público y, en concreto, contra la salud del paciente, los Pliegos deben ser anulados”.

El órgano de contratación respecto de esta cuestión explica que *“no puede incluirse en un mismo lote diferentes alternativas terapéuticas. El AM en este punto permite el uso, además de las soluciones convencionales de glucosa (Stay.safe,*

Dianeal...), el uso de soluciones de diálisis “biocompatibles”, dentro de este término se engloban aquellas soluciones de glucosa con pH neutro, y con baja concentración en productos de degradación de la glucosa (por ejemplo Balance, Bicavera, BicaNova, Physioneal (Baxter), Gambrosol Trio 10, Gambrosol Trio 40...), así como las soluciones que en vez de glucosa utilizan como agente osmótico: aminoácidos, o icodextrina (Nutrineal y Extraneal, ambas de Baxter, como recoge en sus alegaciones). La inclusión de este punto, es imprescindible para evitar el monopolio en la prestación del servicio y sus posibles consecuencias económicas. En cuanto a los beneficios clínicos de las soluciones biocompatibles sobre las convencionales están recogidas en la Revisión Cochrane: “Líquidos de Diálisis biocompatibles para la diálisis peritoneal”. Cochrane Database Syst Rev. 2014 Mar 27;(3):CD007554. doi: 10.1002/14651858.CD007554.pub2”.

La explicación del informe parece razonable y la redacción del PPT está motivada debidamente, por lo que procede desestimar el recurso por este motivo.

10) El Certificado ISO 9001 se exige como criterio de valoración y no como requisito de solvencia técnica. *“Y ello, cuando lo cierto es que la presentación de certificaciones de calidad ha de entenderse siempre como un requisito de solvencia técnica tal, y nunca como un criterio de adjudicación”.*

El órgano de contratación argumenta que *“la jurisprudencia señalada por la recurrente hace referencia a contratos En los contratos de gestión de servicio público las certificaciones de calidad no tienen como finalidad acreditar la capacidad técnica del proveedor (requisito de solvencia). No es obligatorio por Ley que los servicios de Hemodiálisis, como cualquier otro de los múltiples servicios clínicos y centrales del ámbito sanitario cumplan la Norma ISO 9001. Si se solicitara como requisito de solvencia se podría estar bloqueando el principio de concurrencia, e incluso se podría estar dirigiendo la adjudicación a determinadas empresas, por ello en solvencia se exige que el centro de diálisis tenga un Plan de Calidad. Constituye claramente una mejora en cuanto a la calidad del servicio de Hemodiálisis tener*

acreditado por órgano externo su Plan de Calidad, es decir tener una acreditación por Norma ISO del Servicio de Hemodiálisis, no de la técnica propiamente dicha”.

Es cierto que la Norma ISO 9001 se refiere a niveles de calidad y aquí se concreta en el servicio de hemodiálisis, objeto del lote 1 del contrato.

Como señalaba la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Informe 56/04, de 12 de noviembre, *“la calidad y por tanto su mejora, es uno de los criterios objetivos que menciona expresamente en su artículo 87 la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo el criterios de las Directivas comunitarias entonces vigentes y ahora reflejados en el artículo 53, apartado 1 a) de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicio. Por lo tanto los criterios de calidad y mejora de la calidad pueden figurar como criterios de adjudicación en los respectivos pliegos”.*

En este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en su Informe 6/03, de 28 de mayo, que sobre la posibilidad de valorar la aportación de una certificación ISO 9001, expone que *“las normas de calidad y las empresas que expiden sus certificados no suelen garantizar los productos sino que analizan los procesos de las empresas en la elaboración de éstos o en la prestación de los servicios, avalándolas en cuanto a sus resultados, lo que sin duda, repercute de alguna forma en la concreta oferta que las empresas en posesión de estos certificados realizan en una licitación”.* Admitiendo la posibilidad de valorar el soporte de calidad certificado por normas ISO cuando afirma: *“En línea con lo apuntado, esta Junta Consultiva entiende que es más oportuno que las características de calidad (medioambiental o de otro tipo) de los procesos productivos o de gestión de las empresas sean operativos y deban acreditarse en la fase selectiva de las empresas que se han de considerar aptas para licitar (solvencia), y no en la fase de adjudicación de los contratos donde sólo deberían jugar los elementos que inciden directamente en la determinación de la mejor oferta*

como la más ventajosa económicamente, eludiendo aquellos criterios que entrañan una enorme dificultad para su evaluación desde este punto de vista.

No obstante, ello no empece a la forma de valoración del criterio del caso que se plantea por el Alcalde de Santanyí en cuanto a su validez como criterio de adjudicación (...).

Actualmente el artículo 67.2 a) de la Directiva 2014/24/UE establece que entre los criterios de adjudicación del contrato se podrán incluir, entre otros, la calidad, incluido el valor técnico de la prestación.

En este caso, la calidad valorada se refiere a la prestación y no a la empresa por lo que debemos considerar que es admisible su inclusión como criterio de adjudicación y debe desestimarse el motivo de recurso.

Sexto.- El órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa a las recurrentes *“por temeridad y mala fe en la presentación 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, se ha estimado el recurso parcialmente por uno de los motivos esgrimidos. Por lo que este Tribunal considera que no se dan los requisitos para la imposición 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 3.5 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 N.M.S., en nombre y representación de RTS Servicios de Diálisis, S.L. 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 “Gestión de servicios públicos 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-25/2017.

Segundo.- Estimar parcialmente ambos recursos, respecto de los lotes 2 y 3, anulando los Pliegos y la licitación, respecto de esos dos lotes, en los términos expresados en los Fundamentos de Derecho de la presente 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.