

INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CON REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS DE LICITACIÓN DE UN CONTRATO DE SERVICIOS DE TRANSPORTE SANITARIO

Expediente: UM/038/22

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 10 de mayo de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 21 de abril de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea, por parte de una empresa de servicios sanitarios, reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra las cláusulas de licitación de un contrato de servicios de transporte sanitario relativas al plazo de inicio de ejecución, la exigencia de equipamientos integrados en los vehículos fuera del estándar habitual del mercado, al criterio de valoración de la antigüedad de los vehículos, a la duración

del contrato y al período de amortización de los vehículos. Concretamente, dichas cláusulas se refieren a la contratación del servicio de transporte sanitario urgente y programado para la provincia de Sevilla del Servicio Andaluz de Salud (expediente núm.136/2021)¹.

El reclamante considera que dichas cláusulas favorecen a la empresa que actualmente presta el servicio de transporte sanitario en perjuicio de los restantes licitadores, constituyendo una vulneración de los artículos 3, 5 y 9 de la LGUM.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Son objeto de reclamación una serie de cláusulas y apartados referidos a la contratación del servicio de transporte sanitario urgente y programado para la provincia de Sevilla del Servicio Andaluz de Salud (expediente núm.136/2021).

Concretamente, y, por un lado, se reclama el plazo de inicio de la ejecución de los servicios contenido en la cláusula 7.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP)², en conexión con los apartados 7.1.1³ y 19.3 del Cuadro Resumen del Contrato⁴ y apartado 4.25 del Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas⁵. Así, el PCAP no determina la fecha de inicio de la prestación del servicio, quedando la cuestión relegada al momento en que se formalice el contrato con la empresa adjudicataria, por lo que las empresas licitadoras no

¹ https://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/apl/pdc_sirec/perfiles-licitaciones/detalle-licitacion.jsf?idExpediente=413124.

² En la cláusula 7.5.2 PCAP se dice que: *En el caso de compromiso de disposición con empresa proveedora se presentará el acuerdo con la empresa proveedora de los vehículos por el que la persona licitadora obtendrá la disposición efectiva de los mismos en el momento de inicio de la prestación del servicio.*

³ 7.1.1. *Fecha de inicio del contrato: La que se establezca expresamente en el documento de formalización del contrato como inicio efectivo de la prestación.*

⁴ En este apartado se exige el compromiso de adscripción de disponibilidad de las ambulancias del servicio de transporte (urgente y programado) así como de un centro de coordinación y gestión del servicio licitado.

⁵ 4.25. *Mobiliario integrado, con múltiples espacios para el alojamiento de material fungible, de todos los equipos electro médicos con sus soportes, ampulario e inmovilizadores. También dispondrá de un lavabo para higiene de manos, con puerta en la parte inferior para alojar el depósito de residuos.*

podrán conocer, ni tan solo de manera aproximada, el plazo del que dispondrán para iniciar la prestación del servicio hasta que les sea adjudicado el contrato. Lo anterior ha de ponerse en relación con el tiempo de fabricación y entrega de los vehículos, el plazo para su conversión en ambulancias, así como la necesidad de obtener una certificación sanitaria de las autoridades competentes. En este caso, además, se exige un requisito técnico a las ambulancias (lavamanos del apartado 4.25 del Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas) no requerido en otras comunidades autónomas.

Por otro lado, son objeto de reclamación los criterios de valoración de la antigüedad de los vehículos, de la duración del contrato y los criterios de amortización de la compra de los vehículos contenidos en las cláusulas 2.2.1⁶, 2.2.2⁷, 3.3.1, 3.3.2 y 7.4.1 del PCAP en relación con los apartados 7.2⁸, 8.3, 8.4 y 14.3. del Cuadro Resumen del contrato. Según la reclamante, los criterios de valoración de la antigüedad de los vehículos, además de no permitir la selección de la oferta con una mejor relación calidad-precio, favorecen particularmente la posición del actual adjudicatario del servicio. Así, la cláusula 7.4.1. del PCAP⁹ y, en idéntico sentido, el apartado 14. 3 del Cuadro Resumen, dan la misma valoración a los vehículos nuevos (adquiridos y fabricados expresamente para el servicio) que a aquellos vehículos que tienen una antigüedad inferior a 5 años, lo que desincentiva la adquisición de ambulancias nuevas por los licitadores.

La duración del contrato (4 años más una prórroga de un año) produce también el efecto de desincentivar y obstaculizar la entrada de nuevos licitadores.

⁶ 2.2.1. *El plazo de duración del contrato y de la ejecución de la prestación será de **48 meses** según lo indicado en el **apartado 7 del cuadro resumen**. El periodo de vigencia se computará a partir del inicio efectivo de la prestación de lo cual se levantará acta para constancia en el expediente y en el contrato.*

⁷ 2.2.2. *Los contratos tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que, en aplicación del apartado segundo del artículo 29 de la LCSP, acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables y salvo las excepciones previstas en el mencionado artículo 29 apartado 4º de la LCSP (...) La prórroga de **12 meses** se recoge, en el **apartado 7.2 del cuadro resumen**, y se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.*

⁸ 7.2. *Prórroga: Si 7.3. En su caso, duración de la prórroga: 12 meses*

⁹ *En este criterio se valorará la antigüedad de la flota de vehículos ofertada por los licitadores.*

*La puntuación se calculará según la siguiente fórmula: Puntuación = (número de vehículos con antigüedad igual o inferior a 5 años)*15/(número de vehículos ofertados)*

Conforme a las cláusulas 2.2.1. y 2.2.2. del PCAP, en relación con el apartado 7 del Cuadro Resumen, la duración del contrato, incluyendo la eventual prórroga por 1 año, será de 5 años. Sin embargo, si se estima que la vida útil de un vehículo de transporte sanitario es de 10 años, los licitadores que inviertan en flota nueva no habrán amortizado su inversión a la finalización del contrato. En este sentido, la Orden PCM/282/2022, de 6 de abril, por la que se modifica la Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de transporte sanitario por carretera, ha extendido, con carácter extraordinario, hasta el 31 de diciembre de 2022 la vigencia de todas aquellas ambulancias cuya vida útil (establecida normativamente en 10 años) finalizase a partir del 1 de enero de 2022.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS DE TRANSPORTE SANITARIO EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.*

La actividad ahora analizada, esto es, la prestación de servicios de transporte sanitario está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2¹⁰ y lo han señalado tanto esta Comisión en su Informe UM/048/14 de 20 de octubre de 2014¹¹ como la SECUM en sus informes 28/14035 de 26 de noviembre de 2014¹² y 26/1632 de 20 de mayo de 2016¹³.

¹⁰ *“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”*

¹¹ <https://www.cnmc.es/node/345756>.

¹² https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0028_TRANSPORTE_TRANSPORTE_SANITARIO_POR_CARRETERA.aspx.

¹³ https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/26_0050_CONTRATACION_PUBLICA_Transporte_sanitario.aspx.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

IV.1.- Consideraciones generales

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio .

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos: *“«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”*.

Debe señalarse de antemano que en el presente supuesto, debido a las características del servicio licitado, concurriría la razón imperiosa de interés general de salud pública.

Finalmente, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

IV.2.- Análisis de la no fijación de un plazo de inicio para la ejecución del contrato y de la exigencia de requisitos técnicos adicionales a los vehículos de transporte sanitario distintos al estándar habitual de mercado.

Con relación a la no fijación de un plazo de inicio para la ejecución del contrato, el artículo 35.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), prevé, como uno de los requisitos contractuales:

La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.

En la cláusula 2.2.1 del PCAP se señala que:

*El plazo de duración del contrato y de la ejecución de la prestación será de **48 meses** según lo indicado en el **apartado 7 del cuadro resumen**. El periodo de vigencia se computará a partir del inicio efectivo de la prestación de lo cual se levantará acta para constancia en el expediente y en el contrato.*

Y en el apartado 7.1.1 del Cuadro Resumen del Contrato se indica que:

7.1.1. Fecha de inicio del contrato: La que se establezca expresamente en el documento de formalización del contrato como inicio efectivo de la prestación.

En este caso, los pliegos del contrato no determinan la fecha de inicio de la ejecución de la prestación objeto del contrato, cuya fijación se difiere al momento de la formalización del contrato entre las partes.

Sin embargo, de la documentación aportada por la reclamante no puede concluirse que la indeterminación de la fecha inicial de ejecución del contrato en el PCAP favorezca o no al actual adjudicatario del servicio o a las empresas que eventualmente cuenten con los medios necesarios para la prestación del servicio, ni que constituya una vulneración de los principios de la LGUM.

Respecto a la exigencia de requisitos técnicos adicionales a los habituales del mercado, denunciada por la entidad reclamante y que, concretamente consiste en la exigencia de un lavamanos (apartado 4.25 del Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas), dicha exigencia respondería a la discrecionalidad técnica reconocida a la Administración licitante por el TACRC en el Fundamento Sexto¹⁴ de su Resolución núm.917/2019 de 1 de agosto de 2019 (recurso 777/2019, sobre transporte sanitario) para la fijación del objeto del contrato y sus prestaciones y se basaría en la razón imperiosa de interés general consistente en la protección de los derechos de los destinatarios de los servicios de transporte sanitario (pacientes usuarios). La tutela de los destinatarios de los servicios licitados ha sido considerada como razón imperiosa de interés general, entre otros, en el apartado 1 de las conclusiones del anterior Informe de esta Comisión UM/060/21 de 15 de septiembre de 2021¹⁵.

En relación con la licitación de servicios de transporte sanitario, el TACRC, ha admitido la exigencia de disponibilidad de vehículos en las condiciones exigidas por la autoridad licitante (Resoluciones núm.748/2017 de 05 de septiembre de 2017 – recurso 622/2017- y núm.504/2021 de 30 de abril de 2021 -recurso 124/2021), inclusive con las autorizaciones sanitarias requeridas (Resolución núm.590/2020 de 14 de mayo de 2020, recurso 341/2020).

¹⁴ *Aplicando al presente supuesto la doctrina establecida por este Tribunal, debe entenderse que corresponde al órgano de contratación, en este caso a la entidad MAZ, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 11, la determinación del objeto del contrato, ponderando las necesidades suscitadas y apreciando discrecionalmente el interés público a satisfacer, precisando, en base a todo ello, cuáles son las prestaciones que deben configurar ese objeto.*

¹⁵ <https://www.cnmc.es/node/390547>.

IV.3.- Análisis de los criterios de valoración de la antigüedad de los vehículos, de la duración del contrato y los criterios de amortización de la compra de los vehículos

Con relación a la valoración de la antigüedad de la flota de vehículos de transporte sanitario ofertada por cada licitador, la cláusula 7.4.1. del PCAP¹⁶ y, en idéntico sentido, el apartado 14. 3 del Cuadro Resumen, dan la misma valoración a los vehículos nuevos (adquiridos y fabricados expresamente para el Servicio) que a aquellos vehículos que tienen una antigüedad inferior a 5 años:

*En este criterio se valorará la antigüedad de la flota de vehículos ofertada por los licitadores. La puntuación se calculará según la siguiente fórmula: Puntuación = (número de vehículos con antigüedad igual o inferior a 5 años)*15/(número de vehículos ofertados)*

En aras a una mejor observancia del principio de proporcionalidad del artículo 5 LGUM, cabría pensar en que se hubiesen establecido distintos subtramos para una más ajustada valoración de la antigüedad de los vehículos, como fue el caso analizado de la Resolución del TACRC núm.555/2019, de 23 de mayo de 2019 (recurso 185/2019). En dicho supuesto, la autoridad licitante distinguía entre vehículos con antigüedad inferior a un año, los situados entre 1 y 2 años, entre 2 y 3 años, etc.

Con relación a la duración del contrato, en los dos primeros incisos del artículo 29.4 de la LCSP se prevé que:

*Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva **tendrán un plazo máximo de duración de cinco años**, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.*

***Excepcionalmente**, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera **antieconómica**, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser*

¹⁶ *En este criterio se valorará la antigüedad de la flota de vehículos ofertada por los licitadores. La puntuación se calculará según la siguiente fórmula: Puntuación = (número de vehículos con antigüedad igual o inferior a 5 años)*15/(número de vehículos ofertados)*

justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

Debe señalarse que la regla general aplicable es la del inciso primero (plazo máximo de 5 años, incluidas las prórrogas) y la excepción, que debe estar debidamente justificada, es la prevista en el inciso segundo, habiéndolo declarado así expresamente el Fundamento Octavo de la Resolución del TACRC 1132/2021 de 09 de septiembre de 2021 (Recursos 569 y 620/2021)¹⁷. Ello es así por la necesidad de someter los contratos públicos, periódicamente, a la libre concurrencia, según se desprende del propio artículo 29 LCSP párrafo 1:

*La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y **la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas**, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos*

V. CONCLUSIONES

- 1) El no establecimiento en el PCAP de una fecha o momento inicial para la ejecución del contrato no implica por sí mismo un favorecimiento de los intereses del actual adjudicatario del contrato ni de otros licitadores que ya dispongan de los vehículos exigidos en el contrato, ni en general una vulneración de los principios de la LGUM.
- 2) La exigencia de un lavamanos como requisito técnico adicional a los habituales del mercado respondería a la discrecionalidad técnica reconocida a la Administración para la fijación del objeto del contrato y sus prestaciones (Resolución del TACRC núm.917/2019 de 1 de agosto de 2019) y se basaría en la razón imperiosa de interés general consistente en la protección de los derechos de los destinatarios de los servicios de transporte sanitario (pacientes usuarios). La tutela de los destinatarios de los servicios licitados ha sido considerada como razón imperiosa de interés general, entre otros, en el anterior Informe de esta Comisión UM/060/21 de 15 de septiembre de 2021.

¹⁷ A título meramente ilustrativo, cabe señalar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria núm.244/2021 de 11 de mayo de 2021 (recurso 346/2019) rechazó el informe pericial presentado por una empresa licitadora recurrente en el que se venía a señalar que, una vez finalizado el contrato de seis años licitado, el valor residual de los vehículos era “escaso” y que no podrían reutilizarse a causa de su uso “intensivo” (Fundamento Sexto).

- 3) Aunque es cierto que, en aras a una mejor observancia del principio de proporcionalidad del artículo 5 LGUM, podían haberse establecido distintos subtramos para valorar más ajustadamente la antigüedad de los vehículos, como fue el caso analizado de la Resolución del TACRC núm.555/2019, de 23 de mayo de 2019 (recurso 185/2019), en lo que respecta a la duración del contrato (cinco años en total, inclusive prórrogas), ésta responde a la necesidad de someter periódicamente los contratos públicos a concurrencia (art.29.1 LCSP) siendo ésta la regla general del artículo 29.4 LCSP y habiéndolo declarado así expresamente el Fundamento Octavo de la Resolución del TACRC 1132/2021 de 09 de septiembre de 2021 (Recursos 569 y 620/2021).