

**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 B.C.G., en nombre y representación de la Federación Nacional de Empresarios de Ambulancias (ANEA), 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 26 de octubre tuvo entrada en el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación en el que solicita:

“(1) revoque y anule la Cláusula 3 del PCAP consistente en que el objeto del contrato al que se refiere el pliego consiste en la gestión de un servicio público.

(2) revoque y anule el apartado 6 de la Cláusula 1 del PCAP relativo al presupuesto base de licitación, así como cualquiera otras de los Pliegos que puedan incidir directamente en la determinación del precio del contrato, con objeto de que se proceda por la Administración contratante a efectuar una nueva determinación del precio acorde con las disposiciones previstas en los arts. 87 y 88 del TRLCSP.

(3) revoque y anule el apartado 6 de la Cláusula 1 del PCAP en relación con la no procedencia de gastos de establecimiento, con objeto de que se proceda por la Administración contratante a efectuar una nueva determinación de los gastos de establecimiento acorde con las disposiciones previstas en el TRLCSP.

(4) revoque y anule el apartado 10 de la Cláusula 1 del PCAP relativo a los criterios para la valoración de la oferta económicamente más ventajosa.

(5) revoque y anule el apartado 20 de la Cláusula 1 del PCAP en relación con las penalizaciones por no ser proporcionales ni equitativas.

(6) revoque y anule la cláusula 4.5 del PPT relativa a la obligación de que los “vehículos que presten servicio no podrán superar durante la vigencia del contrato los 5 años de antigüedad, contados desde la fecha de su primera matriculación, debiendo el adjudicatario renovar los vehículos que pudieran verse afectados por dicho límite de antigüedad”.

(7) revoque y anule la Cláusula 23 del PCAP en relación con la prórroga obligatoria para el adjudicatario a discreción de la Administración, acordando en todos los casos instar a la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, como órgano de contratación del Servicio Madrileño de Salud, a:

(1) desistir de la Licitación;

(2) preparar y publicar unos nuevos pliegos de licitación que sean conforme con lo anterior, procediendo a convocar una nueva licitación”.

El recurso alega los siguientes motivos:

1. Respecto de la naturaleza del contrato que en la licitación se ha configurado como gestión de servicios públicos, considera que en realidad se trata de un contrato de prestación de Servicios perteneciente a la categoría 25 del anexo II del TRLCSP.
2. Insuficiencia del presupuesto de licitación. Falta de previsión de revisión de precios.
3. Ilegalidad de la cláusula de prórroga obligatoria.
4. Ilegalidad de la cláusula de cambio de flota.
5. Ilegalidad de los criterios de selección de las ofertas.
6. Irracionabilidad de sanciones por tiempos de respuesta.

Mediante escrito adicional presentado el día 28 de octubre, pone de manifiesto que la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda considera que la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos supone la constitución de una concesión administrativa y ello devenga el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En concreto ha inspeccionado la Resolución de fecha 26 de abril de 2011, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por la que se hizo pública la adjudicación definitiva del contrato de gestión de servicios públicos comprendido en el expediente SUMMA PNGS/04/10 “prestación de transporte sanitario terrestre urbano e interurbano para el traslado no urgente de pacientes”, y consideró que: *“2. Se equiparán a las concesiones administrativas, a los efectos del impuesto, los actos y negocios administrativos, cualquiera que sea su modalidad o denominación, por lo que, como consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares”*, por lo cual ha girado un 4% en concepto de ITP a la empresa adjudicataria. Se trata de una carga más al adjudicatario, que no está siquiera contemplada en el presupuesto de licitación que acentúa la insuficiencia del mismo.

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. Al efecto se consideró interesados a los cinco licitadores que han presentado oferta en el procedimiento y a los demás recurrentes.

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 ANEA es una

asociación empresarial que actúa en defensa de los intereses de sus asociados según se desprende de los Estatutos conforme a los cuales *“La Federación tiene por objeto, representar, defender y coordinar los derechos e intereses económicos y profesionales generales del sector”* del transporte sanitario en ambulancias (artículo 4).

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 de sus asociados y el objeto del contrato. ANEA es una federación nacional de empresas de transporte sanitario y la licitación se refiere precisamente a la prestación de servicios de transporte sanitario, razón por la cual coincide el objeto de la licitación con la actividad de los asociados a ANEA. Se justifica la interposición del recurso por la incorrecta fijación de las condiciones de la licitación y en particular del presupuesto de licitación.

Si la Asociación tiene como finalidad la defensa de los intereses de sus asociados, esos intereses se defienden haciendo valer un recurso frente a unos pliegos conforme a los 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 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 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 interponer 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 pudo tener acceso.

El recurso se interpuso ante el Tribunal el día 26 de octubre de 2015, dentro del 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.

La falta de anuncio previo al órgano de contratación, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, se entiende cumplida con la comunicación de la interposición del recurso que realiza el Tribunal al órgano de contratación el mismo día de la interposición del recurso. La finalidad del anuncio es que el órgano de contratación conozca que contra su resolución se va a interponer el correspondiente recurso y vaya preparando el expediente y su informe que ha de remitir en el plazo de dos días hábiles, lo cual se consigue igualmente cuando el Tribunal reclama, con remisión del escrito de interposición del recurso, el expediente de contratación. Por otro lado el artículo 44.4 permite la subsanación de los defectos observados en la interposición del recurso, para lo cual se deberá requerir al interesado para que lo haga en el plazo de tres días hábiles. Carecería de eficacia que el Tribunal solicitara la subsanación para inmediatamente solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad del anuncio, como hemos señalado, se cumple con la reclamación del expediente, sin que ello suponga indefensión material para el órgano de contratación.

Quinto.- El órgano de contratación ha calificado el contrato como gestión de servicios públicos, en la modalidad de concierto.

Como primer motivo de recurso se alega indebida calificación de la naturaleza del contrato ya que debió conceptuarse como contrato de servicios y no de gestión de servicios públicos. Por dicha razón alega la recurrente que la cláusula 3 del PCAP resulta ilegal.

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 predecirse 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 cuanto a cómo han de llevarse a cabo los servicios y la regulación legal del servicio de transporte de pacientes en relación con la 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 concurra 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.

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 I contiene un listado del personal a subrogar, en el 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 esto hace que el contrato sea económicamente inviable. El coste de personal supone el 95% del presupuesto de licitación. Con dicho presupuesto es completamente impracticable cubrir el coste del resto de medios con los que hay que contar.

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 calculó que una anualidad del contrato ascendería a 20.715.120 euros.

Argumenta la recurrente que el vigente Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de Madrid (publicado en el B.O.C.M. Núm. 112, de 13 de mayo de 2013) prevé cláusulas de revisión salarial, y así ha sido durante los últimos años. De esta forma, si los importes de las nóminas de los trabajadores a subrogar se ajustaran anualmente durante los próximos 4+2 años de contrato, el porcentaje que representa el coste laboral sobre el presupuesto de licitación llegaría a ser del 100% o incluso lo superaría. Recuerda que la licitación no prevé la actualización de los precios. Ello implica que el importe máximo del concurso (82.860.480 euros) no cubre las necesidades del personal, vehículos, combustible, locales, administración y demás para la realización de las prestaciones previstas en los Pliegos. Y ello sin considerar siquiera ningún posible beneficio industrial o costes financieros. El Anexo 1 del PPT contempla la subrogación de personal que a día de hoy tiene la categoría de camillero. Sin embargo, el Real Decreto 836/2012 prevé en su artículo 4 que todo el personal que vaya en una ambulancia asistencial de clase B tiene que ser conductor o conductor con funciones de ayudante, y el personal que vaya en una ambulancia asistencial de clase C tiene que ser conductor o enfermero. Ello implica que todo el personal que a día de hoy figura para ser subrogado como camillero, deberá ser formado y elevado de

categoría a conductor, lo cual implicará un incremento de sus emolumentos, y con ello el coste salarial se incrementará de nuevo.

Añade que además de los costes salariales la prestación de los servicios requiere contar con 96 ambulancias operativas en todo momento (lo que implica que el número real disponible debe ser superior, para tener siempre 96 operativas), equipos de telecomunicaciones, locales para las oficinas y que sirvan de bases para guardar las ambulancias, combustible, mantenimiento, repuestos y reparaciones de los vehículos y de las instalaciones de telecomunicaciones, etc. Cada ambulancia tipo B tiene un precio medio de 65.000 euros (IVA incluido) por lo que el coste de invertir en dichas ambulancias asciende a 1.755.000 euros. Cada ambulancia tipo A1 tiene un precio medio de 45.000 euros (IVA incluido) por lo que el coste de invertir en dichas ambulancias asciende a 2.970.000 euros. Y cada ambulancia tipo A1 Psiquiátrica a un precio cada una 55.000 euros (IVA incluido) por lo que el coste de invertir en dichas ambulancias asciende a 115.000 euros. A estos efectos es preciso indicar que la prestación de servicios de transporte sanitario está exenta de IVA, razón por la cual las empresas de transporte sanitario no pueden deducir el IVA que soportan, de tal forma que el IVA es para ellas un coste. De esta forma en el momento de inicio de la prestación de los servicios, la inversión mínima requerida es de 4.840.000 euros. Y esto es únicamente para disponer de las 96 ambulancias. Los importes indicados son sólo en el momento inicial, sin perjuicio de la obligación de renovar toda la flota a los 5 años siendo un contrato de 4+2 con prórroga obligatoria y que hace que se tenga que contabilizar doblemente. El Pliego exige que el adjudicatario tenga siempre operativas 96 ambulancias. Para poder cumplir con ello, el adjudicatario debe tener un número superior de ambulancias con el objeto de hacer frente a posibles accidentes de los vehículos o reparaciones de los mismos. Por otro lado, los Pliegos exigen que el adjudicatario ofrezca un equipamiento de telecomunicaciones en todas las ambulancias. Los equipos requeridos por el pliego tienen un precio por ambulancia de 6.000 euros IVA incluido. El coste total de ello es de 660.000 euros. El importe total de todo lo indicado, dice, asciende a 6.240.000 euros.

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, 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 de 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, queda aproximadamente dos millones de euros respecto del presupuesto de licitación anual, es decir, unos siete millones para otros la duración total del contrato.

Según la recurrente los gastos de adquisición de las nuevas ambulancias (4.840.000) y de equipamiento de telecomunicaciones (660.000) requieren un mínimo de 6.240.000 euros, con lo que el presupuesto quedaría deficitario o insuficiente. No obstante, presupone que el único medio de adquisición de los vehículos es la compra, cuando el mercado ofrece múltiples formas de adquisición de los vehículos: compra, renting, leasing, etc., siendo estas últimas las formas más habituales en el sector, y pueden acomodarse a las obligaciones impuestas en el pliego. Este planteamiento también olvida otros aspectos económicos relevantes, como puede ser el potencial valor residual de los vehículos susceptibles de sustitución, pues si la vida útil de una ambulancia está fijada normativamente en 10 años, a la finalización del periodo de adscripción a la prestación del contrato, aún le quedan 5 años de valor residual. A ello cabe añadir que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales supone un coste más para el adjudicatario sin perjuicio de que, como se ha dicho, la adecuada calificación del contrato, según la Directiva 2004/18/CE, es de servicios y el Tribunal no aprecia que por el mismo se otorguen facultades de gestión de servicios públicos o atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público.

De lo expuesto y considerando válidos los datos y valoraciones realizados por la recurrente, que no han sido discutidos por el órgano de contratación, ni contrastados por el Tribunal, cabe concluir que no se acredita la insuficiencia del presupuesto de licitación, existiendo margen suficiente para los otros gastos adicionales a los de personal.

Todo lo argumentado en cuanto a la suficiencia es, además, innecesario, pues como alega el órgano de contratación, 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.

Séptimo.- Otro motivo de recurso es la ausencia de previsión de actualización de precios.

La licitación no prevé la existencia de una actualización de precios durante todos los años de duración del contrato. La cláusula 1.23 establece “*Revisión de precios: no procede*”. Ello implica, según la recurrente, que la insuficiencia del presupuesto de licitación se agrave dado que ni siquiera se contempla un posible ajuste anual. De acuerdo con el artículo 89 del TRLCSP en la redacción de la Ley 2/2015, es posible que los pliegos de una licitación prevean mecanismos de ajuste en aquellos contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. En el presente caso, estamos necesariamente en dicho caso. La inversión inicial en ambulancias sólo es recuperable en contratos a largo plazo de al menos 6 años. Añade que la falta de previsión del ajuste del precio conlleva el riesgo de posibles aumentos salariales por nuevos convenios colectivos que tendrían que ser absorbidos por los adjudicatarios.

Según el informe del órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, sobre desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público, y en aplicación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, en el apartado 23 de la cláusula 1 del PCAP, objeto de recurso, no se prevé la existencia de revisión de precios.

El artículo 89 del TRLCSP, relativo a la revisión de precios en los contratos del sector público, en redacción dada por la Ley 2/2015, establece:

“1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo. No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años”.

A su vez el artículo 4 de la Ley 2/2015, al que remite, establece:

“2. Excepcionalmente, se podrá aprobar un régimen de revisión periódica y predeterminada de los valores referidos en el apartado anterior siempre que sea en función de precios individuales e índices específicos de precios, cuando la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiera y se autorice en el desarrollo reglamentario previsto en el apartado siguiente”.

El régimen de revisión de precios de los contratos públicos que se encontraba regulado en los artículos 89 a 92 del TRLCSP ha experimentado un profundo cambio debido a la publicación de la reciente Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española, como consecuencia de la cual, y, de acuerdo con lo dispuesto en su Disposición Final Tercera, se ha modificado el art. 89 del TRLCSP, habiéndose derogado los arts. 90 a 92 por la disposición derogatoria. El mecanismo de desindexación resulta coincidente con uno de los objetivos que ha de configurar la contratación pública, como es el de que los precios reflejen la evolución de todo el

ciclo del coste de vida de un bien, producto o servicio que sea objeto de un contrato público, objetivo que también aparece en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. La nueva regulación, el citado artículo 89 establece, a diferencia de la normativa anterior, una regulación restrictiva del derecho a la revisión de precios de los contratistas, y de los contratos regulados por el TRLCSP.

No obstante, las modificaciones en esta materia no proceden sólo de la Ley de Desindexación, sino que las nuevas normas que rigen la revisión de precios de los contratos públicos, hay que encontrarlas también en la Disposición Adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014. El juego de la aplicación conjunta de estas disposiciones ha dado lugar a un sistema de revisión de precios, que resulta conveniente clarificar.

Antes de la entrada en vigor de la Disposición Adicional 88ª de la LPGE para 2014, el régimen de revisión de precios de los contratos públicos seguía la norma general del artículo 89 que establecía que *“La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato”*.

Respecto del aspecto temporal de la aplicación del artículo 89 del TRLCSP, según la redacción dada por la citada Ley 2/2015, hay que tener en cuenta que, a pesar de que esta Ley entra en vigor al día siguiente al de su publicación en el BOE (Disposición Final 7ª), no obstante, las disposiciones de la Ley que regulan la revisión de precios de las entidades sometidas al TRLCSP, entran en vigor cuando lo haga el Real Decreto de desarrollo de esta Ley, norma que todavía no ha sido aprobada. En efecto, es la Disposición Transitoria de la Ley de Desindexación, apartado primero, la que lleva a esta interpretación, al señalar que: *“El régimen de revisión de precios de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real*

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo expediente de contratación se haya iniciado antes de la entrada en vigor del real decreto al que se refiere el artículo 4 de esta Ley, será el que esté establecido en los pliegos. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

En consecuencia, en tanto no entre en vigor el Real Decreto de desarrollo de la Ley de Desindexación no serán aplicables las normas contenidas en el art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley de Desindexación.

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre la aplicación del nuevo régimen jurídico de revisión de precios creado como consecuencia de la disposición adicional 88ª de la ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del estado para 2014 y la ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, concluye que:

“1 b) A los contratos iniciados después de la entrada en vigor de la Disposición Adicional 88ª de la LPGE para 2014 y antes de la entrada en vigor del artículo 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley de Desindexación que, a estos efectos, no tiene lugar en la fecha contenida en la Disposición Final Séptima de la Ley, sino cuando entre en vigor el Real Decreto de desarrollo de esta Ley, les serán de aplicación las siguientes reglas:

b) 1. Contratos de las Administraciones públicas:

b) 1.a.- Los contratos cuyas fórmulas polinómicas de revisión se han aprobado por el Real Decreto 1359/2011, en el que se regula la revisión de precios de los contratos de obras y los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas, seguirán las normas contenidas en este Real Decreto.

b) 1.b.- Para los restantes contratos, no cabe la revisión de precios con base en índices generales. No obstante, sí se admite la revisión de precios con base en índices específicos, así como también se admite que se apliquen varios índices específicos, en cuyo caso estaremos ante una fórmula, la cual deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros”.

Por consiguiente, y sin entrar a considerar que el plazo total de duración inicial del contrato se establece en cuatro años, en los que por razones de prudencia contable debería quedar recuperada cualquier inversión, ya que las prórrogas son optativas para la Administración y no ciertas, estaríamos ante una situación prevista en los pliegos y el órgano de contratación ha considerado que en este caso no procede la previsión de revisión de precios por no darse los supuestos necesarios. Cabe señalar, como argumenta el órgano de contratación, que el actual contrato fue prorrogado suprimiendo la cláusula de revisión de precios, como consecuencia de la estabilidad de precios y costes que se han constatado en el sector en los últimos años desde la anterior licitación.

Octavo.- La cláusula 23 del PCAP prevé que el contrato podrá prorrogarse de forma expresa si así se indica en el apartado 19 de la cláusula 1, y la prórroga será obligatoria para el empresario, salvo que se prevea lo contrario en dicho apartado. Y el mencionado apartado 19 dice:

“Procede la prórroga del contrato. Sí

Duración máxima del contrato incluidas las prórrogas: 6 años”.

Alega la recurrente que con este precepto queda claro que la Administración prevé sacar un contrato a 6 años. Habiendo indicado los Pliegos que la duración inicial es de 4 años, lo que no resulta de recibo es que luego la prórroga sea discrecional para la Administración, y ello cuando además los Pliegos prevén que en ese supuesto el adjudicatario deberá renovar toda su flota de ambulancias a los cinco años. Mediante dicha prórroga forzosa el órgano de contratación está

camuflando una duración real del contrato de seis años, pudiendo la Administración salirse en el año 4º, pero estando el adjudicatario obligado a permanecer seis años.

Según informa al órgano de contratación la redacción de la cláusula 23 del PCAP, que se ajusta al pliego tipo informado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y aprobado como modelo por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, es totalmente legal y coherente con el TRLCSP, por lo que esta argumentación también debe ser desestimada.

El artículo 23.2 del TRLCSP establece: *“(…) La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes”*.

Por su parte el artículo 303 de la Ley citada, al regular la duración del contrato de servicios establece que *“podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél”*.

Tal contradicción no puede resolverse más que considerando que la norma del artículo 23.2 es de carácter general y la del 303 tiene carácter específico, aplicándose de modo exclusivo a los contratos de servicios.

En efecto, por su ubicación en la Ley, no cabe dudar del carácter general del precepto contenido en el artículo 23, lo cual supone la necesidad de considerar que es de aplicación a todos los contratos regulados en la misma. Lo que no cabe es pensar que un artículo situado en el Capítulo que regula en concreto el contrato de servicios pueda ser de aplicación general, sin que expresamente lo diga la Ley.

En consecuencia, la solución debe venir dada por la calificación previamente dada a este concreto contrato, pues si fuera del tipo “servicios” la prórroga sería de

carácter voluntario para el contratista y en otro caso se aplicaría la obligatoriedad de su aceptación en los términos del citado artículo 23.

Analizado en los fundamentos anteriores y concluido que es adecuado a derecho que el órgano de contratación califique este contrato como gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, debe concluirse que la opción de prórroga, de ejercitarse, será obligatoria para el contratista. En consecuencia debe desestimarse el motivo de recurso.

Noveno.- La cláusula 4.4 del PPT establece que:

“4.4- Todos los vehículos destinados a la prestación del servicio serán de nueva adquisición”.

Y la cláusula 4.5 del PPT establece la siguiente obligación:

“Los vehículos que presten servicio no podrán superar durante la vigencia del contrato los 5 años de antigüedad, contados desde la fecha de su primera matriculación, debiendo el adjudicatario renovar los vehículos que pudieran verse afectados por dicho límite de antigüedad”.

De acuerdo con dichas cláusulas del PCAP, todos los licitadores deben ofrecer vehículos nuevos, y a los 5 años de duración del contrato deben cambiar toda la flota. Y tal y como hemos indicado en el punto anterior, la prórroga del contrato es obligatoria para el adjudicatario si la Administración así lo decide.

Lo que exige la cláusula 4.5 del PPT es que los adjudicatarios tengan que renovar ambulancias que todavía son legalmente válidas pues tienen una vida útil de hasta 10 años, y tengan que poner una nueva flota de 96 vehículos en el año quinto si bien únicamente contarán con un año para poder amortizar dicha inversión. La obligación de renovación de flota hay que verla en conjunto con la obligación de aceptar la prórroga discrecional por parte de la Administración, de tal forma que el

adjudicatario se puede ver al final del año 6º con una flota de un año de antigüedad y sin contrato.

Según el informe del órgano de contratación, el hecho de que el pliego exija que los vehículos que prestan servicios no superen una determinada antigüedad, inferior a la vida útil que la legislación establece como máxima, se incardina dentro de los parámetros de calidad que el órgano de contratación considera como adecuados para la prestación de un servicio tan fundamental para la ciudadanía como es el transporte sanitario. Una ambulancia con más de 5 años de antigüedad, manejada por diferentes conductores en un trabajo a turnos, es difícil de mantener en un estado de conservación óptimo.

El art. 32 de la Orden RE/1435/2013, de 23 de julio, establece los requisitos para el otorgamiento de la certificación técnico-sanitaria a cada vehículo y establece que los vehículos no podrán superar la antigüedad de diez años, contados desde su primera matriculación.

El recurso no concreta qué norma se vulnera. Parece referirse a la dificultad que encontrarán los adjudicatarios para financiar una renovación de la flota durante la ejecución del contrato cuando únicamente queda un año de duración y este es de prórroga.

Sería de aplicación la misma argumentación señalada cuando se analizó la suficiencia del presupuesto de licitación, pues la recurrente presupone que el único medio de adquisición de los vehículos es la compra, cuando el mercado ofrece múltiples formas de adquisición de los vehículos: compra, renting, leasing, etc., siendo estas últimas las formas más habituales del sector, y pueden acomodarse a las obligaciones impuestas en el pliego. Este planteamiento también olvida otros aspectos económicos relevantes como puede ser el potencial valor residual de los vehículos susceptibles de sustitución a los que queda un valor residual de 9 años.

Décimo.- El apartado 10 de la cláusula 1 del PCAP establece como criterios de adjudicación unos evaluables mediante la aplicación de fórmulas, entre los que figura la oferta económica con hasta 90 puntos y las mejoras o prestaciones complementarias que relaciona (tiempo de respuesta en solventar imprevistos) valorables con hasta 5 puntos, y otros criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (calidad técnica, proyecto de servicio, documentación técnica) valorable con hasta 5 puntos.

Según la recurrente, el criterio de selección de oferta se basa fundamentalmente en términos de detrimento de la calidad. No se da la pluralidad de criterios en la adjudicación, por lo que podríamos estar ante un fraude de ley. La utilización de varios criterios de adjudicación para apreciar la oferta económicamente más ventajosa es el principio general que se aplica por defecto, pues la utilización de un único criterio solamente se acepta, al menos inicialmente, como fórmula residual para los contratos de obras (siempre que el proyecto no sea susceptible de ser mejorado, no se faciliten materiales o medios auxiliares, no emplee tecnología especialmente avanzada o no tenga un impacto significativo en el medio ambiente). Y le parece excesivo en un concurso en el que cuenta de forma muy relevante el equipamiento sanitario, tecnológico y de telecomunicaciones de los vehículos, así como la formación de los trabajadores.

La Directiva 2004/18 deja a la entidad adjudicadora libertad de elección respecto a los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

El artículo 150 del TRLCSP afirma que:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como (...), indicando en el apartado 3 que la

valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...)

d) Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

e) Contratos de gestión de servicios públicos.

(...)

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.

La prestación del transporte sanitario está regulada en un marco normativo muy concreto, por ejemplo, los requerimientos de los vehículos y su equipamiento o la formación del personal están exhaustivamente definidos en el Decreto 836/2012, de 25 de mayo. Del mismo modo, para la realización de transporte sanitario las empresas deben estar debidamente autorizadas, y habilitadas, conforme a lo previsto en el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre. Todas estas cuestiones, que ya están recogidas como exigencias básicas en diferentes apartados de los pliegos, garantizan suficientemente la calidad de la prestación del servicio y permiten centrar los criterios objetivos de adjudicación en criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas.

Al efecto cabe partir de la constatación de que el pliego no recoge como único criterio de adjudicación el precio, sino una pluralidad de criterios de los cuales el de mayor peso es el precio. Se da cumplimiento así a la exigencia legal, debiendo respetar la discrecionalidad del órgano de contratación al elegir los criterios y su ponderación relativa.

Undécimo.- El apartado 20 de la cláusula 1 del PCAP regula las penalidades que aplicará el órgano de contratación al adjudicataria, entre otras cuestiones, por el incumplimiento en promedio diario de los tiempos de respuesta y la demora superior al tiempo máximo de respuesta establecido en el punto 8.1 del PPT.

Pero, afirma la recurrente, no es la empresa adjudicataria la que coordina los recursos sino el SUMMA112, por lo que los adjudicatarios estarían indefensos ante las negligencias que se produzcan en la gestión del Centro Coordinador del SUMMA112. Por dicha razón, no tiene ningún sentido que se penalice a la empresa por tiempos de respuesta que el empresario no controla. Pone como ejemplo: si hubiera un aviso urgente en El Escorial, el centro coordinador del SUMMA puede decidir enviar una ambulancia desde Leganés. Obviamente esta ambulancia tardará unos 50 minutos en llegar -dada la distancia entre ambas localidades-. En este caso, el adjudicatario sería sancionado con 300 euros.

En el apartado 20 de la cláusula 1 del PCAP, y de conformidad con lo previsto en el artículo 212 del TRLCSP, se describen clara y detalladamente los supuestos en los que se aplicarán las penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato. Se trata de penalizaciones que se tramitarían, según se especifica en el mismo apartado del PCAP, mediante el trámite preceptivo de la audiencia al adjudicatario.

El adjudicatario sí participa, y asume el riesgo, en la coordinación y seguimiento del servicio. El apartado 8.1 del PPT establece el dimensionamiento del servicio e indica el número de ambulancias y disponibilidad horaria que se deben poner a disposición del contrato. Se define como tiempo de respuesta el transcurrido desde el momento en que se cursa la solicitud de traslado hasta la llegada de la ambulancia al lugar de recogida del paciente. En el apartado 8.3 del PPT “coordinación y seguimiento del servicio” se prevé la figura de un coordinador de servicios de la empresa adjudicataria y el apoyo en los sistemas de comunicaciones

embarcados en las ambulancias para realizar dicha función. El adjudicatario designará como interlocutor con la gerencia del SUMMA 112 una persona con capacidad de decisión suficiente para la resolución inmediata de cuantas incidencias sean observadas en la prestación del servicio. Asimismo, la empresa adjudicataria destinará, al menos, un coordinador de servicios para canalizar las órdenes que procedan de la Gerencia del SUMMA 112. Es cierto que el Centro Coordinador del SUMMA 112 asignará y activará los vehículos necesarios para la realización de los servicios solicitados, que lo hará a través del sistema de comunicaciones embarcado. Lógicamente, la activación se hará entre los vehículos disponibles de aquellos puestos a disposición del contrato y racionalmente se hará entre aquellos que estén en el área geográfica más próxima a la necesidad del servicio. Razonablemente no deberá activarse un vehículo como en el caso extremo indicado en el ejemplo del recurso y de hacerlo, en el trámite de alegaciones previo a la imposición de la penalidad, se tendrá en cuenta la excepcionalidad de la situación, al no haber ambulancias disponibles en un entorno más próximo. La finalidad de la coordinación que asume el Centro de Coordinación es prestar el servicio en las mejores condiciones de calidad y no perseguir la imposición de penalidades.

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 el recurso especial, interpuesto por don B.C.G., en nombre y representación de la Federación Nacional de Empresarios de Ambulancias (ANEA), 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.- 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.