

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPUESTO POR DON A.P.T.P., EN REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, SA, CONTRA LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES, DEL CONCURSO PARA EL OTORGAMIENTO DE CONTRATOS MARCO PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE TERAPIAS RESPIRATORIAS A DOMICILIO EN EL ÁMBITO DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE SALUD DE LAS ILLES BALEARS, (EXPT. SSCC.CM 29/2004) (REF: RES 3/2005). 24-02-05**

Visto el expediente de contratación relativo al contrato administrativo a adjudicar mediante concurso abierto para el otorgamiento de contratos marco para la gestión de servicios de terapias respiratorias a domicilio en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears.

**RESULTANDO:** Que, el Sr. Don A.P.T.P., en representación de la entidad Sociedad Española de Carburos Metálicos, SA, ha interpuesto un recurso especial en materia de contratación, contra los pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) y de prescripciones técnicas particulares (PPT), de dicho concurso.

**CONSIDERANDO:** Que, si bien el recurrente en el Suplico del escrito de recurso lo califica de reposición, en aplicación de lo previsto en el artículo 110 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), el error en la calificación del recurso no será obstáculo para la tramitación ya que se deduce claramente que la elección del recurso llevada a cabo por el recurrente era sin ninguna duda la del especial en materia de contratación ( que, además, menciona el mismo en otro apartado en el propio escrito de recurso), que establece el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

**CONSIDERANDO:** Que, previamente a dar respuesta a las alegaciones contenidas en el escrito de recurso, es preciso acudir a los antecedentes de la materia legislativa sobre las que unos y otros se asientan.

**CONSIDERANDO:** Que, con carácter excepcional, el legislador de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció un nuevo supuesto de procedimiento negociado como forma de adjudicación de los contratos de la clase que nos ocupa, para la prestación de asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social, conceptuando dichos contratos como de Gestión de Servicios públicos y, así, en el artículo 159,2,f) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, se establece que el procedimiento negociado podrá tener lugar previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación, entre otros supuestos, en el relativo a la prestación de asistencia sanitaria concertado con medios ajenos, derivado de un contrato marco, siempre que haya sido adjudicado con sujeción a las normas de la LCAP,

**CONSIDERANDO:** Que, el contrato marco, aunque de escasísima regulación nacional española, nace en el ámbito de las Directivas Comunitarias, entre otras cosas, para dar respuesta a las críticas que afirman que los procedimientos adjudicatorios actuales son excesivamente rígidos y formalistas y que su estricto respeto provoca disfuncionalidades en la adjudicación de contratos.

**CONSIDERANDO:** Que, como manifiesta la Asesoría Jurídica del Servicio Balear de la Salud, la Directiva Comunitaria 13/38, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su artículo 1.5 define el acuerdo marco como *“un acuerdo celebrado entre una de las entidades contratantes... y uno o varios suministradores contratistas o prestadores de servicios, que tenga por objeto fijar los términos de los contratos que hayan de adjudicar en el transcurso de un período determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”*, y es la propia Directiva que da pie al contenido del citado artículo 159,2,f) de la LCAP, al autorizar a las partes contratantes a utilizar el procedimiento negociado para los contratos que deban adjudicarse sobre la base de un contrato marco. Así mismo la Directiva 2004/18/CEC, de 31 de marzo, en su exposición de motivos y luego en sus artículos 1 y 32, definen y dan contenido a lo que se viene a denominar “acuerdo marco” y que identifica plenamente lo actuado por el Ib-Salud en la elaboración y definición de las bases reguladoras del contrato marco que nos ocupa.

**CONSIDERANDO:** Que, en tales procedimientos negociados y refiriéndose ya a aquellos que se deriven del presente supuesto de contrato marco, el órgano de contratación únicamente deberá tener en cuenta, para la negociación, a aquellas empresas que resulten adjudicatarias del concurso que nos ocupa y, desde luego, la negociación deberá tener su punto de partida en las obligaciones y derechos (en las condiciones mínimas), resultantes de tales adjudicaciones, pero siempre sobre la premisa de que se trata de contrataciones y procedimientos diferentes (la presente objeto de recurso y los negociados que del contrato marco se deriven).

**CONSIDERANDO:** Que, tan es así que en los futuros procedimientos negociados señalados antes no será preceptiva siquiera (como impone el artículo 92 de la LCAP con carácter general), una convocatoria previa de las empresas adjudicatarias del contrato marco, precisamente por tratarse de contratos a adjudicar en base a un acuerdo marco.

**CONSIDERANDO:** Que, los presupuestos de todos y cada uno de los contratos derivados del contrato marco, a adjudicar mediante procedimiento negociado, son individuales e independientes entre sí y, por tanto, de improcedente encaje en el primero, siendo además ajenos al aquí objeto de recurso, como correctamente se explicita en el PCAP, en cuya cláusula tercera se dice que el otorgamiento del contrato “comportará los derechos y obligaciones derivados de dicha selección (se refiere a los proveedores de servicios sanitarios) y del establecimiento de las condiciones técnicas y económicas mínimas, para la realización”...del objeto del contrato” y añade que ello se llevará a efecto “...entre los que resulten adjudicatarios del contrato.”

**CONSIDERANDO:** Que, en base a las consideraciones anteriores, la respuesta a las alegaciones del recurrente no puede ser de rechazo, en razón de los siguientes considerandos,

**CONSIDERANDO:** Que, en relación con la primera alegación del recurso que refuta el criterio que sobre las bajas temerarias del concurso se determina en la cláusula duodécima del Pliego de Cláusulas administrativas particulares, el mismo establece las normas que la LCAP prevé para regir este concurso. Así el art. 86 de LCAP contempla la posibilidad de apreciar ofertas temerarias o desproporcionadas en el concurso siempre y cuando se hallen expresados en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos que determinen la apreciación y con la única limitación de no ser de aplicación al concurso los artículos. 85 y 87.2 del Reglamento de la LCAP, tal y como determina el art. 90 del mismo cuerpo legal.

En el pliego que se examina, en su cláusula décimosegundo se establece de forma expresa cuáles son los criterios para poder apreciar baja temeraria y esos criterios tienen en cuenta las bajas en la oferta económica pero además es necesario que se den otros condicionantes relacionados con los otros criterios de ponderación, pues no olvidemos que estamos ante la figura del concurso y que éste, a diferencia de la subasta, se adjudica a aquel licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa sin atender exclusivamente al precio ,(art. 74 LCAP).

**CONSIDERANDO:** Que, respecto de la alegación del recurrente sobre la valoración de la oferta económica (2ª del escrito de recurso), vale lo señalado en el informe de la Asesoría Jurídica (obrante en el expediente), respecto del escrito de recurso, en el sentido de que el fin del contrato a adjudicar es el de conseguir una serie de proveedores de prestaciones sanitarias, capaces de prestar la totalidad de las terapias respiratorias a domicilio, necesarias para el ámbito del servicio de Salud y ofrecer una prestación integral de las mismas, resultando adjudicatarios, conforme a ello y al PCAP, aquellos licitadores que, cumpliendo los requisitos mínimos exigidos en el PPT, obtengan una puntuación igual o superior a 50 puntos. De esta adjudicación nace el derecho del adjudicatario a ser convocado en las ofertas de los negociados subsiguientes y las obligaciones dimanantes de sus ofertas aceptadas entre las cuales se encuentre el precio ofertado. Esas obligaciones dimanantes del contrato marco deberán ser tenidas en cuenta a la hora de negociar las adjudicaciones concretas de la prestación del servicio objeto del contrato marco dado que ello está condicionado a las necesidades asistenciales y disponibilidades presupuestarias de cada centro sanitario, siendo muy factible que si el punto de partida de las negociaciones son las condiciones estipuladas en el contrato marco, puedan dar como resultado unas ofertas más ventajosas para la administración.

**CONSIDERANDO:** Que, la tercera de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso rechaza el sistema de revisión de precios establecido en la cláusula 5ª del PCAP, en base a que, a su juicio, el Pliego así se aparta de la regulación contenida en el Título IV del Libro I de la LCAP, y del examen del contenido de la antedicha

cláusula (“...la revisión se adaptará al alza o a la baja – al porcentaje que determine el IB-Salut...”)

se concluye que, en efecto, no se cumple con lo determinado en los artículos 103 y 104 de la LCAP y 104.2 del RGLCAP, (que, por otro lado, constituyen todos ellos legislación básica, conforme a lo previsto en la Disposición final Primera, 1. de la LCAP, y Primera,1. del RGLCAP, respectivamente y, en consecuencia, de aplicación general a todas las Administraciones públicas comprendidas en el artículo 1 de ambas normas) puesto que, en la primera parte de la cláusula se menciona que se hará una revisión de precios, sin que se haya procedido, por tanto, en consecuencia, en el propio Pliego, a detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable, como obliga a ello el apartado 3, del primero de los preceptos citados y menos aún a fijar los índices o fórmulas de carácter oficial a que se refiere el artículo 104.1, de la misma LCAP y el 104.2 del RGLCAP, sin que pueda entenderse cumplido el trámite con la manifestación de voluntad contenida en la segunda parte de la cláusula 5 del PCAP ( adaptación al porcentaje que determine el IB-Salut), siendo además inexcusable el cumplimiento de estas normas, dado que los licitadores, cuando formulan sus proposiciones lo hacen, en lo que corresponde a la oferta económica, con referencia, entre otros parámetros, a si existe o no y cómo sea la revisión de precios del contrato y si el citado Pliego afirma que se hará, pero no especifica y concreta el sistema (índice, fórmulas, etc.), se esta privando a aquéllos de un elemento necesario e importante para poder elaborar su oferta económica.

**CONSIDERANDO:** Que, la cláusula de la revisión de precios siempre tiene que ser interpretada con un carácter restrictivo ya que su inclusión pugna con una serie de principios de la contratación pública, a saber: el riesgo y ventura del empresario, el precio cierto del contrato y la inmutabilidad del contrato.(S:T:S: 19.01.1985; 18.03 (1999). Si a lo anterior añadimos que su razón de ser descansa en el principio de equilibrio económico-financiero a mantener en toda ejecución contractual y que este equilibrio tiene que sustentarse sobre marcadores económicos objetivos que no dejen lugar a dudas sobre la existencia o no de tal desequilibrio y de cómo se lleven a cabo su ejecución, dejar a la apreciación del órgano de contratación el determinar si existe o no desequilibrio económico en la prestación del mismo es ir en contra de todos los principios de la contratación que hemos apuntado ya que ello supone una decisión inadecuadamente subjetiva con mala difusión y que en ningún caso supondrá el calificativo de oficial.

**CONSIDERANDO:** Que debe, pues, figurar en el pliego de cláusulas administrativas que se impugna, el índice o formula que determine por sí mismo si existe revisión de precios y el importe de esa revisión, adoptando la estructura que el órgano de contratación considere más adecuada a la óptima calidad en la prestación del servicio público objeto de los pliegos que se impugnan.

**CONSIDERANDO:** Que, en la cuarta alegación del recurrente se manifiesta que el PCAP no establece que la puntuación o valoración que se obtenga en el concurso, deba ser necesariamente considerada en los procedimientos negociados que se deduzcan del correspondiente contrato marco, a lo que debe oponerse que nos hallamos, según se ha dicho anteriormente, ante dos procedimientos de adjudicación totalmente diferenciados en cuanto a la naturaleza jurídica y que, como también se ha

señalado ya, como conceptualmente debe concebirse el contrato marco, éste sentará las condiciones sobre las cuales sus adjudicatarios negociarán con la administración, pero no olvidando nunca los principios inspiradores de la contratación administrativa principalmente los de igualdad y no discriminación que, de ninguna manera se observarían si uno o varios empresarios parten con ventaja en la negociación de los procedimientos derivados del contrato marco, teniendo en cuenta además, que ninguna norma obliga a que se valoren en más o en menos en estos procedimientos a unos u otros empresarios por el hecho de haber sido unos “mejores” adjudicatarios que otros en el primer contrato, y ello sin siquiera haber presentado su oferta en los subsiguientes procedimientos, lo que sí verdaderamente objetivará la oferta más o menos ventajosa para el órgano de contratación, en aras de servir mejor al interés público que es lo que debe primar.

**CONSIDERANDO:** Que, en esta misma alegación (la cuarta) del recurrente, se dice que en el PCAP no se establece que deban convocarse al procedimiento negociado a todos los adjudicatarios del concurso del contrato marco, pero del contenido y de los términos utilizados en la cláusula tercera de aquel, se deduce meridiana e inconfundiblemente que “los adjudicatarios “ del presente concurso, serán los candidatos (mediante procedimiento negociado) para la realización de la gestión de servicios de terapias respiratorias a domicilio en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears (IB-Salut), puesto que, en la licitación del mencionado concurso solamente se dan dos categorías de empresas participantes: los adjudicatarios y los no adjudicatarios, con lo cual, a la vista de la denominación que se ha entrecorillado, no cabe duda alguna de que si los únicos beneficiarios de los contratos a adjudicar mediante procedimiento negociado serán los adjudicatarios del contrato marco previo, de que aquí se trata, únicamente con éstos se podrán negociar las adjudicaciones de los contratos que de los últimos se deriven.

**CONSIDERANDO:** Que, en la misma alegación cuarta de la empresa recurrente se afirma que nada impide que se puedan celebrar concursos públicos ordinarios en las respectivas demarcaciones territoriales, debiendo hacerse constar, a sensu contrario, que nada impide tampoco que, a la vista de los elementos concurrentes en esta clase de servicios públicos, pueda la Administración convocar un concurso para la adjudicación de un contrato marco, como se ha visto, amparado para ello, por la legislación, de la cual la más específica el artículo 159,2.f de la LCAP, como tampoco nada impide, en contra de lo alegado por el recurrente, que la Administración pueda determinar la duración o plazo de ejecución de los contratos adjudicados, en su momento, mediante procedimientos negociados, así como, en su caso, sus prórrogas.

**CONSIDERANDO:** Que, en el ámbito de la naturaleza del contrato marco, la afirmación del recurrente de que las prestaciones objeto del concurso no reúnen atributos idóneos para la contratación con carácter marco, no deja de ser más que una apreciación de carácter subjetivo de su autor, no estimando la existencia de objeción alguna a la fijación y determinación de las condiciones del contrato marco que nos ocupa que, por otro lado, no pueden dejar de pertenecer al ámbito de la soberanía competencial y de ejercicio de prerrogativas de la Administración.

Al amparo de lo dispuesto en la LCAP, en sus disposiciones de desarrollo, especialmente el RGLCAP, en la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el D. 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB, de 10 de octubre de 1997, en la LRJAP y en las demás disposiciones de aplicación, dicto la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

1.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don A.P.T.P., en representación de la entidad mercantil SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS, SA, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas particulares del concurso para el otorgamiento de contratos marco para la gestión de servicios de terapias respiratorias a domicilio en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears (IB-Salut) (exp.SSCC. CM. 29/2004), aprobados por el Director General de dicho Servicio, en fecha 8 de septiembre de 2004, en lo que se refiere al contenido del apartado 5.3 de la cláusula Quinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del concurso, por infracción de lo dispuesto en los artículos 103 y 104 de la LCAP y 104.2 del RGLCAP, debiendo declarar dicho apartado de la cláusula, no ajustado a derecho, por cuyo motivo deberá el órgano de contratación aprobar una nueva cláusula que contenga el sistema de revisión de precios, ajustándose para ello a los preceptos infringidos y aquí citados, declarando válidos y, por tanto, ajustados a derecho el resto de los apartados de la susodicha cláusula.

2.- Desestimar el resto de los motivos del escrito de recurso, por inexistencia de causa de admisión, debiendo mantenerse el contenido de los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones técnicas particulares, de la presente contratación.

Notifíquese esta resolución al interesado y al Director General del Servicio de Salud de las Illes Balears (Ib-Salut), en los términos del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.