

INFORME 17/24, DE 27 DE JUNIO, SOBRE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA PARA COLECTIVOS.

I - ANTECEDENTES

El alcalde del Ayuntamiento de Baza, solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“En algunas entidades locales, derivado de la negociación colectiva (acuerdos de funcionarios o convenios colectivos), se ha pactado la concertación de un seguro colectivo de asistencia sanitaria para enfermedades especialmente graves y hospitalización que puedan padecer los empleados públicos.

Analizando diversas contrataciones realizadas por entidades locales, en los pliegos, se puede observar que ya viene predeterminada cual ha de ser la clínica con la que las compañías de seguros han de tener un concierto. En concreto, se indica que el objeto del contrato consiste en la suscripción de un seguro médico colectivo de asistencia sanitaria de enfermedades especialmente graves y hospitalización con aseguradora que tenga concierto con una clínica determinada.

Se justifica la elección de esa clínica determinada con informes técnicos que se pronuncian en el sentido de que esta clínica se sitúa como el primer hospital privado español en los rankings internacionales referentes a esta materia (se citan los rankings).

Entendemos que se trata de un asunto de bastante interés desde la perspectiva de la contratación administrativa, motivo por el cual entendemos que debería emitirse informe al respecto por esa Comisión Consultiva, en concreto:

Si ese órgano consultivo considera adecuado a la normativa de contratación esta determinación de la clínica con la que las compañías aseguradoras han de tener concierto; o si, al contrario, dicha determinación puede restringir la competencia”.

II.- INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que, en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 7/2003, 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

La entidad consultante solicita informe a esta Comisión Consultiva sobre la adecuación a la normativa de contratación, desde el punto de vista de posible restricción de la competencia, de la suscripción de un seguro de asistencia sanitaria para colectivos de enfermedades especialmente graves y hospitalización con aseguradora que tenga concierto con una clínica determinada.

1.- Conviene comenzar analizando el régimen jurídico aplicable a estos contratos, teniendo en cuenta que los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). Para ello, debemos partir del artículo 25.1.a) de la LCSP, donde se dispone que tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una administración Pública:

*“a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. **No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:***

1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 (...).”

El Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), recoge estas referencias CPV de esos contratos de servicios, así, en ese intervalo y por lo que interesa a esta consulta, se encuentran los siguientes:

- 66512000-2 Servicios de seguros de accidentes y de enfermedad
- 66512100-3 Servicios de seguros de accidentes
- 66512200-4 Servicios de seguros de asistencia médica
- 66512210-7 Servicios de seguro voluntario de asistencia médica
- 66512220-0 Servicios de seguros médicos

Es decir, este tipo de contratos de servicios de seguros de asistencia sanitaria para colectivos tienen la consideración de contratos del sector público de carácter privado.

La regulación de los contratos privados se encuentra en el artículo 26 LCSP, en cuyo apartado segundo párrafo primero, se establece que *“los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”*.

Añade este apartado segundo, en su segundo párrafo, que *“No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada”*.

En consecuencia, nos encontramos ante un contrato público de carácter privado, en este caso de seguro colectivo de asistencia sanitaria para enfermedades especialmente graves y hospitalización que puedan padecer los empleados públicos, al que resultará de aplicación además del Libro I de la LCSP, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

2.- Respecto al planteamiento que hace la entidad local, esta alude a contrataciones en las que “ya viene predeterminada cual ha de ser la clínica con la que las compañías de seguros han de tener un concierto”. En concreto, se indica que “el objeto del contrato consiste en la suscripción de un seguro médico colectivo de asistencia sanitaria de enfermedades especialmente graves y hospitalización con aseguradora que tenga concierto con una clínica determinada”, justificándose en los pliegos esta decisión por informes técnicos que se pronuncian en el sentido de que “esta clínica se sitúa como el primer hospital privado español en los

rankings internacionales referentes a esta materia”. Y esta decisión, la de que venga determinada la clínica con la que las compañías aseguradoras han de tener concierto, es la que la entidad local se cuestiona si es adecuada a la normativa de contratación o si la misma puede restringir la competencia entre licitadores.

Al respecto puede señalarse que la LCSP en su artículo 1 señala que la presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de:

- Libertad de acceso a las licitaciones.
- Publicidad y Transparencia de los procedimientos.
- No discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Asimismo, se trata de asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la adquisición de bienes y servicios mediante “la salvaguarda de la libre competencia”, entre otros principios.

La determinación de una clínica concreta con la que las compañías aseguradoras han de tener concierto, por razón de su posición en un “rankings internacionales” de hospitales privados, lleva a plantearse cómo se interpretan los principios básicos de la contratación antes citados y, en concreto, la prohibición de incluir prescripciones técnicas nominales (en función a marcas o servicios prestados por un empresario determinado) que se establece en el artículo 126 LCSP -reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas- en su apartado 6:

“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».”

Este precepto establece unas reglas tendentes a dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado primero de este mismo artículo, según el cual las prescripciones técnicas “proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”, de contenido coincidente con el del artículo 42.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Así pues, la regla general es la no inclusión de referencias a una procedencia determinada (un centro hospitalario concreto) o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado (el centro se encuentra determinado por unos “rankings” de hospitales privados específicos), con las excepciones de que o bien lo justifique el objeto del contrato o bien no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 de este artículo 126, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».

Estos últimos supuestos, al tratarse de excepciones a normas generales, “implica que el precepto debe interpretarse de forma restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (...)”, tal y como ha declarado la Junta Consultiva de Contratación Pública en su informe 62/2007, de 26 de mayo de 2008, en relación a marcas comerciales pero extensible a los demás supuestos del artículo 126.6 LCSP, y ha recogido en su doctrina el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), por ejemplo, en la Resolución n.º 500/2019, de 9 de mayo, o el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA) en su Resolución n.º 318/2016, de 7 de diciembre.

En aplicación del artículo 23.2 de la Directiva 2004/18/UE, que tiene el mismo contenido que el artículo 42.2 de la vigente Directiva 2014/24/UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C 552/13, concluye que el citado precepto *“se opone a una exigencia como la controvertida en el litigio principal, formulada como prescripción técnica en las convocatorias de licitación relativas a la prestación de servicios de salud, según la cual las prestaciones médicas objeto de las licitaciones deben ser efectuadas por centros hospitalarios privados situados exclusivamente en un término municipal concreto, que puede no ser el del domicilio de los pacientes a los que van dirigidas esas prestaciones, ya que esa exigencia implica una exclusión automática de los licitadores que no pueden prestar esos servicios en un centro de ese tipo situado en dicho término municipal pero que cumplen todos los demás requisitos de las citadas licitaciones.”*

Sobre los supuestos de especificaciones que limitan la adjudicación a una única empresa licitadora, como parece que podría ocurrir en la consulta planteada, los tribunales de recursos contractuales (por ejemplo del TACRC, las resoluciones 714/2015 y 391/2016) se han pronunciado expresamente en el sentido de que las especificaciones técnicas tienen carácter discriminatorio y contrario a la libre competencia cuando hagan que el contrato solamente pueda ser adjudicado a una única empresa, existiendo más empresas que operen en ese mercado que podrían satisfacer las necesidades de la Administración. Para que fueran admisibles esas especificaciones, el órgano de contratación tendría que justificar que la finalidad del contrato solamente puede ser cumplida por esa única empresa. La interpretación de lo concerniente a esta excepción debe hacerse de forma restrictiva, como se ha indicado anteriormente.

Sobre una justificación basada en *“rankings internacionales referentes a esta materia”* u otros índices externos al órgano de contratación, parece que se trata de un criterio discriminatorio en cuanto que se hace remisión a una entidad externa al órgano de contratación que es la que reconoce unos determinados estándares o requisitos de calidad. Sobre este tipo de cuestiones se ha pronunciado el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución 56/2016, de 25 de abril de 2016, en relación con un requisito técnico similar al de encontrarse incluido en *“rankings”*, el de *“marca líder”*, que para este órgano *“es un concepto vacío si detrás de él no hay condiciones técnicas o niveles de calidad o rendimiento concretos y debidamente descritos. En este sentido, la referencia al cuadrante de Gartner no es sino sustitución de la obligación de definir adecuadamente los requisitos técnicos mínimos de la prestación por una remisión en blanco a lo que diga un tercero según sus propios criterios.”*

Ha de tenerse en cuenta sobre este particular, además, que cuando la LCSP acude a acreditaciones externas del cumplimiento de requisitos técnicos, se hace a través de certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación, como se establece en los artículos 93 y 94 LCSP, en relación al cumplimiento de normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental; o a través de *“etiquetas”*, para cuya obtención se establecen una serie de requisitos de objetividad y no discriminación, reguladas en el artículo 127 LCSP; o a través de certificados de *“organismos de evaluación de la conformidad”* acreditados conforme al Reglamento (CE) n.º 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, a los que se refiere el artículo 128 LCSP.

Finalmente, debe insistirse que los pronunciamientos anteriormente realizados se realizan en interpretación de la LCSP y no se están refiriendo al caso concreto que pueda haber dado origen a la consulta realizada por el Ayuntamiento de Baza, respecto al que no procede pronunciamiento por parte la Comisión Consultiva de Contratación Pública.

III.-CONCLUSIONES

- 1.** Las prescripciones técnicas de un contrato no pueden hacer referencia a una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos, a fin de garantizar el acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y la apertura de la contratación pública a la competencia.
- 2.** El artículo 126 LCSP contempla como excepción al cumplimiento de las reglas anteriores que lo justifique el objeto del contrato, lo que debe interpretarse de forma restrictiva y acreditarse por el órgano de contratación.
- 3.** En el caso de especificaciones que limiten la adjudicación a una única empresa, éstas serían discriminatorias y contrarias a la libre competencia cuando existan más empresas que operen en ese mercado que podrían satisfacer las necesidades de la Administración, salvo que el órgano de contratación justifique que la finalidad del contrato solamente puede ser cumplida por esa única empresa. La interpretación de lo concerniente a esta excepción debe hacerse de forma restrictiva.
- 4.** Una justificación basada en “rankings” u otros índices externos al órgano de contratación es contraria a la igualdad de trato entre las personas licitadoras salvo que reúna las garantías que la LCSP establece para acreditaciones externas en los artículos 93 y 94, 127 y 128.

Es todo cuanto se ha de informar.