

Recurso 455/2018**Resolución 192/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 13 de junio de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ANDALUZAS DE NEFROLOGÍA (AEAN)** contra el anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y la resolución de corrección de errores del pliego de prescripciones técnicas, correspondientes al contrato denominado “Servicio de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria de los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla”, promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. PA 108/2018), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 1 de diciembre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 3 de



diciembre de 2018 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 105.569.920,90 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El 24 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el registro telemático unificado de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por AEAN contra el anuncio, los pliegos y la resolución de corrección de errores del pliego de prescripciones técnicas, correspondientes al contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 26 de diciembre de 2018, se remitió el recurso al órgano de contratación, reclamándole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la asociación recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El requerimiento de documentación hubo de ser reiterado al órgano de contratación mediante oficio de 14 de enero de 2019, recibéndose la misma el 21 de enero de 2019 en el registro del Tribunal.



QUINTO. El 15 de enero de 2019, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Mediante escritos de 4 de febrero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el plazo otorgado.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*



(...) En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 6 de los Estatutos de AEAN establece, entre sus fines, *“la representación, coordinación, gestión, fomento y defensa de los intereses científicos, económicos, sociales y empresariales de sus miembros, así como los individuales de cada asociado que lo solicite al órgano de gobierno competente”* y su artículo 7 dispone que *“podrá comparecer ante toda clase de autoridades, organismos, Juzgados y Tribunales, Entidades y Corporaciones Públicas, así como relacionarse directamente con ellas para la realización de actividades y funciones, que legal o estatutariamente, le sean propias (...)”*.

En este sentido, AEAN impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la Asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra el anuncio, pliegos y resolución de corrección de errores correspondientes a un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 105.569.920,90 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 apartados a) y b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

- a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.*
- b) 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 el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”.*

El anuncio de licitación fue publicado el 3 de diciembre de 2018 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, facilitando el mismo el acceso a los pliegos y demás documentación objeto del presente recurso. Así pues, siendo el 4 de diciembre de 2018 el primer día del cómputo del plazo, este finalizó el 26 diciembre, por lo que el recurso presentado el 24 de diciembre de 2018 en el registro telemático unificado de la Junta de Andalucía se ha formalizado dentro del plazo legal.



QUINTO. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de sus motivos. AEAN solicita la anulación del anuncio y pliegos impugnados, justificando su pretensión en varios motivos que se examinarán y analizarán en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

En primer lugar, AEAN alega infracción de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP y del artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE. Sostiene que, conforme a la cláusula 6 del PCAP, la presentación de ofertas se ha de realizar en sobres cerrados e independientes en el registro general del órgano de contratación o a través de la oficina de correos y no por medios electrónicos, sin que la razón esgrimida en la citada cláusula de que no se han implementado aún los citados medios, pueda subsumirse en ninguna de las excepciones que taxativamente se establecen en aquella disposición adicional.

Señala que, si se admitiera tal razón como justificación válida, se estaría dejando el cumplimiento de una norma imperativa a la pura voluntad y arbitrio del órgano de contratación quien, además, podría perfectamente disponer de la plataforma digital adecuada utilizando los servicios de licitación electrónica que ofrece gratuitamente la Plataforma de Contratación del Sector Público.

En su informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que el motivo de la imposibilidad de presentación de ofertas por medios electrónicos es la falta de disposición de una plataforma digital. No obstante, señala que la licitación garantiza la igualdad de trato para todos los licitadores y hace prevalecer los principios generales de la contratación pública sobre el requisito formal de la habilitación por medios electrónicos para la presentación de ofertas. Añade que la disposición de medios electrónicos tiene diversas excepciones en la LCSP, algunas relacionadas con la posibilidad de que dicha exigencia pueda dificultar el libre acceso a la licitación, circunstancia previsible en este caso, dada la complejidad de las características de las ofertas técnicas.



Pues bien, la disposición adicional decimoquinta de la LCSP establece en su apartado 3 que *“La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos”.

La cláusula 6.2.4. del PCAP establece que *“Hasta tanto se implementen los medios electrónicos que se establecen en la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP continuará vigente el procedimiento previsto en la presente cláusula y pliego para la presentación de la oferta y desarrollo del procedimiento de contratación respectivamente”.*

La recurrente aduce que la presentación de las ofertas en sobres cerrados en el registro físico del órgano de contratación o a través de la oficina de Correos infringe el mandato legal contenido en la disposición adicional citada, sin que sea excepción legalmente válida la señalada en la citada cláusula.



En efecto, el postulado legal de utilización de medios electrónicos en la presentación de ofertas y solicitudes de participación es un mandato claro, sin que la circunstancia genérica de que todavía no se han implementado tales medios encaje en ninguna de las excepciones previstas en la citada disposición. Se ha infringido, pues, la disposición legal y el motivo debe estimarse.

Al respecto, hemos de señalar que, si bien el órgano de contratación en el informe al recurso alude a la complejidad de las características de las ofertas técnicas que deben presentar los licitadores como posible excepción al uso de medios electrónicos, esta circunstancia no se ha mencionado en el PCAP. Además, la disposición adicional decimoquinta, en su apartado 3 a), exige que tal complejidad o especialización de la contratación requiera herramientas o dispositivos específicos que no estén en general disponibles, todo lo cual tendría que venir establecido y justificado convenientemente en los pliegos.

En cualquier caso, de persistir esta circunstancia u otras de las previstas legalmente, los nuevos pliegos que, en su caso se aprueben, habrán de recoger una justificación precisa, concreta y adecuada de las mismas que permita su encuadre en alguna o algunas de las excepciones tasadas de la citada disposición adicional decimoquinta.

SEXTO. En el siguiente motivo, la recurrente esgrime infracción de los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP. A tal efecto, señala que el objeto del contrato no solo comprende los servicios de hemodiálisis en centros externos (lotes 1 a 7), diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de alto y bajo volumen (agrupaciones 1 y 2: lotes 8 a 16) y hemodiálisis en domicilio con máquina (lote 17), sino también prestaciones adicionales como:

- Lotes 1 a 7: asistencia farmacéutica completa, determinaciones analíticas urgentes, extracción y envío de muestras necesarias para el seguimiento del enfermo, efectos y accesorios farmacéuticos y prótesis quirúrgicas precisas



para la realización de la diálisis, así como el acceso vascular del paciente (el primer acceso antes del inicio de la diálisis y los siguientes accesos) y el apoyo psicológico y de trabajadores sociales cuando sea necesario.

- Lotes 8 a 16: formación y entrenamiento de los pacientes en modalidad de diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora que es una importante novedad y una gravosa obligación adicional para los contratistas.
- Lote 17: modificaciones necesarias en la instalación eléctrica del domicilio del paciente y, en su caso, la instalación de una unidad de tratamiento de agua mediante ósmosis inversa.

Asimismo, la recurrente señala que, conforme a la cláusula 3.1 del PCAP, el presupuesto base de licitación se calcula según los precios unitarios de los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud, aprobados por Orden de 13 de febrero de 2014 de la Consejería de Salud, pero ni esta cláusula ni el apartado 9.3 del cuadro resumen o la memoria desglosan ningún concepto, dejando un espacio en blanco cuando se refieren al desglose de conceptos y costes.

Asimismo, respecto al valor estimado, aunque según la cláusula 3.2 del PCAP se ha calculado en base a los precios unitarios aprobados por la Orden habiendo tenido en cuenta los costes derivados de las normativas laborales vigentes, costes de ejecución material, gastos generales de estructura y beneficio industrial, tales costes no se identifican después en los documentos del expediente de contratación. En concreto, esgrime que los costes salariales y de mano de obra son relevantes, representando un 50% o más del coste total del servicio (en hemodiálisis en centros externos, el pliego exige facultativos especialistas en Nefrología, enfermeras, auxiliares de Enfermería y, personal no sanitario y en los restantes servicios de hemodiálisis, se atenderá a los pacientes utilizando medios propios tanto de personal, sanitario o técnico, como de transporte).



Concluye, pues, que el PCAP infringe los artículos 100 y siguientes de la LCSP al no contener el preceptivo desglose de costes exigido en tales preceptos, sin que la referencia al cálculo del presupuesto aplicando las tarifas unitarias establecidas por la Orden exima del cumplimiento de la LCSP porque:

1. El mandato de aquellos preceptos legales es claro, preciso, incondicionado e indisponible, estableciéndose en una norma con rango de ley posterior en el tiempo a la Orden.
2. El desglose de conceptos tampoco figura en la Orden, ni en la documentación que integró su expediente de elaboración. A tales efectos, señala que la Orden ha sido anulada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, de 1 de marzo de 2018, al incurrir en infracción del artículo 90.4 de la ley 14/1986, precepto que exige que las condiciones económicas de los conciertos se establezcan y revisen en base a los costes efectivos del servicio y, si bien la Consejería de Salud y el Servicio Andaluz de Salud han preparado recurso de casación contra la Orden, es indiscutible que ni esta, ni la documentación de su expediente de elaboración efectúan un examen riguroso ni una cuantificación y justificación de los costes efectivos del servicio.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso, señalando que la memoria justificativa del expediente indica que *“El presupuesto base de licitación se fija en 72.806.842,00 € (setenta y dos millones ochocientos seis mil ochocientos cuarenta y dos euros). Importe exento de IVA.*

El mismo se establece en base a los precios unitarios de los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud, aprobados por Orden de 13 de febrero de 2014 de la Consejería de Salud (BOJA 37-24/02/2014), puesto que en la actualidad son los precios de mercado en este sector de actividad sanitaria. Dicho cálculo tiene en cuenta, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes derivados de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”.



Asimismo, el órgano de contratación manifiesta que obra en el expediente información suministrada a la Intervención General donde se indica que el cálculo del presupuesto base ha tenido en cuenta, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes derivados de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. El informe al recurso reproduce esa información del expediente en los siguientes términos:

“Costes de personal.

El Convenio Colectivo de aplicación es el de "trabajo para las empresas de hospitalización, Internamiento, consultas, asistencia y laboratorio de análisis clínicos para Sevilla y provincia", (Expediente: 41/01/0036/2017), de fecha 20 de abril de 2017.

En base al mismo, se tienen en cuenta los factores salariales regulados para el personal que ha de prestar servicios en las empresas contratistas:

- Pagas extraordinarias: Todos los trabajadores y trabajadoras afectados por este Convenio percibirán tanto en junio como en diciembre, una paga extraordinaria que será de una mensualidad.

-Complementos de puesto de trabajo. Plus de especialidad de Nefrología: la cuantía de este complemento será del 15% del salario base.

-Trabajo nocturno: se establece un complemento consistente en un 25% del salario base.

-Plus de distancia y transporte: 0,0928 € el kilómetro.

-Complemento personal fijo por homologación salarial: todos los trabajadores y trabajadoras que a la entrada en vigor del convenio colectivo vinieran percibiendo cantidades salariales por este concepto derivadas de la homologación salarial efectuada por aplicación del convenio suscrito para los años 1988, 1989 y 1990, publicado en el «Boletín Oficial» de la provincia, de 21 de abril de 1989, las consolidaran en la nómina en la misma cuantía.

- Salarios base:

Grupo I: Personal Técnico Superior: 1.263,08 €

Grupo II: Personal Técnico de Grado Medio: a) Personal Universitario de Grado Medio A T S / D U E 1.343,00 €. b) Personal Técnico Especialista: 1.114 35 €.

Grupo III: Personal Auxiliar Cualificado: 994,91 €

Grupo IV: Personal no Cualificado: 935,24 €

Por otra parte, hay que tener en cuenta las prescripciones de Pliego con respecto a las ratio de personal que deben tener los servicios de diálisis contratados, fijado en la cláusula 3.2 del PPT:



- *Facultativos especialistas en Nefrología: Deberá haber al menos un responsable asistencial del Centro. Facultativos especialistas en nefrología para el seguimiento clínico de los pacientes. El centro debe contar con un nefrólogo por cada 40 pacientes en tratamiento (o fracción). Durante el tratamiento de los pacientes, el nefrólogo estará siempre de presencia física. Asimismo, debe contar con cirujano vascular para hacer las fistulas de los pacientes.*

- *Enfermeras, en número al menos de uno, siempre que el número de plazas ocupadas simultáneamente en cada turno fuera igual o inferior a 5. Cuando el número de enfermos fuera superior a cinco la proporción de enfermeras será de uno por cada 5 plazas ocupadas o fracción.*

- *Auxiliares de Enfermería (AE) en número de uno siempre que el número de enfermos en tratamiento simultáneo fuera igual o inferior a 10; cuando este fuera rebasado se atenderá a la proporción de un AE por cada 10 puestos simultáneamente ocupados por turno o fracción.*

- *Personal no sanitario en número mínimo de uno de presencia física en cada turno. Será cometido de este personal, además de las tareas de celador-camillero que les sean asignadas, la colaboración con el personal tripulante de las ambulancias para la transferencia de pacientes y la conducción y/o acompañamiento del enfermo durante su estancia en el recinto del Centro*

Los costes de personal así establecidos representan el 50% de los costes de los servicios a contratar.

Costes materiales.

En cuanto a los materiales y maquinaria, el Pliego de Prescripciones Técnicas exige en su apartado 3 determinados requerimientos referidos a:

- *Locales*
- *Accesos*
- *Las instalaciones*
- *Monitores*
- *Dializadores*
- *Sistema de tratamiento de agua para hemodiálisis*
- *Otro equipamiento*

Los costes de material representan el 33% de los costes de los servicios a contratar,



Los costes de renovación tecnológica representan el 5% de los costes de los servicios a contratar.

Por tanto, los costes directos son el 88% del total de costes.

El resto, costes indirectos (incluyen gastos de estructura, administración, suministros varios, certificados de calidad, etc.), representan el restante 12% ”.

Por otro lado, el órgano de contratación aduce que la Orden de 13 de febrero de 2014 está plenamente vigente porque la sentencia no es firme. A tal efecto, señala que en el expediente de contratación se indica lo siguiente:

“1º Las tarifas de los servicios de diálisis contenidas en la referida Orden son de obligada consideración en este expediente.

2º. Tales tarifas juegan como precios máximos, como establecen los artículos 1 y 2 de la citada Orden:

Artículo 1. Tarifas máximas.

Las tarifas máximas aplicables a los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud son los que se recogen en el Anexo I de esta Orden.

Artículo 2. Aplicación de tarifas máximas.

Las tarifas fijadas en la presente Orden tendrán la consideración de máximas a partir de lo entrada en vigor de la misma y serán de aplicación a los servicios de diálisis concertados que se presten a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Orden. En ellas se entenderán incluidos todos los impuestos, tasas y demás cargas legales.

3º. La forma de fijar las tarifas aplicables a estos servicios está justificada en la exposición de motivos de la Orden, cuando dice:

En el artículo 90.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, se establece que las Administraciones Públicas Sanitarias, dentro ámbito de sus competencias, fijarán los requisitos y las condiciones mínimas básicas y comunes aplicables o los conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. Las condiciones económicas se establecerán en base a los módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.



4º. Por otra parte, también la exposición de motivos se pronuncia sobre la suficiencia de las tarifas, al decir:

Se hace preciso dictar la presente Orden para actualizar, por razones de interés público, en base a módulos de costes efectivos según precios de mercado, las condiciones aplicables a los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andalus de Salud.

5º. A partir de la publicación de la Orden de 13 de febrero de 2014, las empresas han venido realizando los servicios de diálisis ajustando sus precios, como máximo, a las tarifas aprobadas. Por consiguiente, las negociaciones colectivas que han aprobado los Convenios laborales de aplicación han tenido lugar en ese contexto económico, y están comprendidos en la estructura de costes detallada en el informe anterior.

6º. Ese es, por tanto, el marco en el que esta licitación tiene lugar, por lo que se garantiza que el presupuesto parte del cumplimiento de las tarifas máximas legalmente aplicables, que estas amparan los costes empresariales y consiguen el legítimo beneficio empresarial, así como que se permite cumplir y respetar los derechos laborales de los trabajadores de las empresas contratistas, contemplados en el Convenio colectivo de aplicación".

Por último, frente al alegato de AEAN relativo a que los pliegos imponen prestaciones adicionales cuyos costes no están incluidos en las tarifas previstas en la Orden, el informe al recurso argumenta que aquellos configuran la prestación como un servicio sanitario y que el hecho de que no se hayan introducido nuevos servicios hasta ahora no invalida que el precio de licitación sea el correcto.

Pues bien, en el examen del presente motivo, debe partirse de la nueva regulación del presupuesto base de licitación y valor estimado contenida en los artículos 100 y 101 de la LCSP, cuya redacción en lo que aquí interesa es la siguiente:

Artículo 100.2 (presupuesto base de licitación): *"(...) el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma*



desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

Artículo 101.2: *“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”.*

(...)En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”.

Como punto de partida, hemos de señalar que estamos en presencia de un contrato de servicios al que resulta de aplicación la vigente LCSP, sin perjuicio de las especialidades que puedan existir en su ejecución, al tratarse de un servicio dirigido a la prestación de asistencia sanitaria a los pacientes del sistema sanitario público.

Quiere decirse que los artículos de la LCSP relativos al cálculo del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato son de aplicación en el supuesto examinado, y ello sin perjuicio de la eventual vigencia y aplicación al servicio licitado de la Orden de la entonces Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, de 13 de febrero de 2014, por la que se establecen *“las tarifas máximas aplicables a los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud”*, cuyo examen y revisión no corresponde a este Tribunal, sino a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, como de hecho así ha ocurrido y pone de manifiesto la recurrente.

Partiendo de la anterior premisa, el presente motivo, pese a su extensión, pivota en realidad sobre la infracción de los artículos 100 y siguientes de la LCSP por no contener el PCAP el desglose de costes exigido legalmente. Aun cuando la recurrente



comienza su alegato señalando que el contrato licitado incluye prestaciones adicionales a las propias y específicas de cada modalidad de diálisis, luego no denuncia expresamente la insuficiencia del presupuesto para cubrir todas ellas, centrando su impugnación en la falta del preceptivo desglose del presupuesto base de licitación.

Ciertamente, una de las novedades de la LCSP al regular el presupuesto y valor estimado de los contratos es la obligación que se impone a los órganos de contratación de detallar y desglosar en los pliegos los distintos costes y partidas en que debe descomponerse el presupuesto y valor estimado de los contratos, lo cual no es sino consecuencia de la aplicación efectiva del principio de transparencia consagrado en los artículos 1 y 132 de la LCSP, a fin de permitir a los licitadores disponer de la información necesaria para poder formular sus ofertas.

Hasta tal punto el legislador ha querido dar importancia a esta cuestión que el artículo 116.4 de la vigente ley, al referirse al expediente de contratación, incluye como novedad respecto a la anterior regulación (artículo 109 del TRLCSP) la justificación adecuada del valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

Así las cosas, el mandato legal es claro: el PCAP debe contener el adecuado desglose de costes en que se descompone el presupuesto base de licitación (artículo 100.2 de la LCSP), debiendo figurar igualmente en dicho pliego el método de cálculo aplicado al valor estimado, sin perjuicio de incorporar al expediente de contratación justificación adecuada de este último con expresión de sus distintos conceptos.

Tal mandato no aparece cumplido en los pliegos de esta licitación. Ni la cláusula 3 del PCAP relativa a *“Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato y su revisión”*, ni el apartado 9 del cuadro resumen al que se remite dicha cláusula contienen el desglose de conceptos y costes que la ley exige. Tampoco se contiene el obligado desglose en la memoria justificativa y económica de 25 de junio de 2018



obran en el expediente y publicada en el perfil. Hay que esperar al denominado “Informe razonado y desglose de costes del presupuesto de licitación”, de 3 de octubre de 2018, y a sus posteriores aclaraciones de 11 de octubre para encontrar por vez primera un desglose de costes, si bien no consta que tales documentos hayan sido publicados en el perfil, por lo que los licitadores no han podido conocerlos antes de presentar sus ofertas.

Por tanto, sin prejuzgar el contenido y adecuación de este informe y su aclaración posterior, lo cierto es que el PCAP ha vulnerado el artículo 100 y siguientes de la LCSP, al no figurar en el mismo el presupuesto base de licitación con el desglose de costes exigido legalmente.

En el mismo sentido expuesto, cabe citar nuestra Resolución 271/2018, de 28 de septiembre.

Procede, pues, estimar el motivo.

SÉPTIMO. En el siguiente motivo, la recurrente alega infracción de la propia Orden de 13 de febrero de 2014. En tal sentido, manifiesta que su Anexo I establece las siguientes tarifas respecto de los servicios de hemodiálisis en centros externos de diálisis:

Hemodiálisis en club de diálisis, incluyendo suplemento de bicarbonato, por sesión:

- Que realicen 520 o menos sesiones de tratamiento al mes 122,00 euros
- Que realicen entre 521 y 780 sesiones de tratamiento al mes 120,00 euros
- Que realicen más de 780 sesiones de tratamiento al mes 118,00 euros

AEAN sostiene que en el lote 2 el número estimado de sesiones por año que se ha considerado para calcular el presupuesto base de licitación es de 8.736. Dividiendo esa cifra entre 12 meses, resultan 728 sesiones por mes, de modo que aplicando la Orden, la tarifa correspondiente sería 120,00 euros por sesión. En cambio, si se toma el presupuesto establecido para los cuatro años (4.123.392,00) y se divide, primero,



entre cuatro años (4) y, después, entre el número de sesiones anuales (8.736) resulta que se ha aplicado, para el cálculo del presupuesto de licitación, la tarifa de 118,00 euros por sesión, que no es la que corresponde al número de sesiones mensuales estimadas en ese lote (120,00 euros por sesión).

Frente a tal alegato, el órgano de contratación opone que se han tomado de referencia los precios de la Orden cuyas tarifas operan en todo caso como máximas, por lo que no hay infracción de dicha disposición. Asimismo, señala que los datos aportados son estimaciones en base a la actividad registrada en periodos precedentes, si bien esta es variable, de forma que se estima el valor en función de precios unitarios, pudiendo cambiar el número de tratamientos. La posible adjudicación de hasta tres lotes al mismo licitador puede alterar el volumen real de sesiones que abarque finalmente el contrato.

Pues bien, examinado el Anexo I de la Orden, se comprueba que las tarifas máximas por sesión aplicables a la hemodiálisis en club de diálisis, incluyendo suplemento de bicarbonato, son las que indica la recurrente y hemos señalado al comienzo de este fundamento, de modo que la tarifa máxima por sesión, cuando se realicen al mes entre 521 y 780 sesiones, asciende a 120 euros.

Asimismo, a la vista del número aproximado de sesiones anuales del lote 2 y del presupuesto de este lote para cuatro años (apartado 9.1 del cuadro resumen del PCAP), la tarifa máxima por sesión -en aplicación del Anexo I de la Orden- sería de 120 euros y no de 118 euros como figura en el citado apartado del cuadro resumen.

El órgano de contratación alega que las tarifas de la Orden operan en todo caso como máximas por lo que no hay infracción de esta disposición y que la estimación de tratamientos es variable. Ahora bien, en otros lotes de hemodiálisis en club de diálisis (por ejemplo en los lotes 1 y 7), el precio unitario de 118 euros que aparece en el cuadro resumen corresponde a la tarifa máxima de la Orden, por lo que no se justifica



que en el lote 2 no se haya fijado también dicha tarifa máxima que, en este caso, sería 120 euros.

Parece claro que el número de tratamientos o sesiones mensuales será variable, pero el PCAP ha efectuado una estimación a fin de fijar precios unitarios por sesión. Con arreglo a tal estimación y partiendo de que en los pliegos se han recogido tarifas máximas, en el lote 2 el precio unitario debería haber sido 120 y no 118 euros.

En consecuencia, en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben y si persisten las mismas estimaciones y necesidades que en los actuales, debería indicarse para el lote 2 el precio unitario de 120 euros.

OCTAVO. En el siguiente alegato, AEAN solicita la anulación del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor que figura como criterio 3 en el Anexo I al cuadro resumen del PCAP (lotes 1 a 7) y se denomina “otras características de las instalaciones y equipamiento y del programa de tratamiento de los pacientes”, ponderado con hasta 20 puntos.

La recurrente alega que la definición del criterio es absolutamente genérica pues enumera características a modo ejemplificativo concluyendo con “*otras que contribuyan a mejorar la seguridad de los pacientes y, en general, la calidad de la prestación*”, lo que puede ser cualquier cosa.

Asimismo, señala que el pliego no facilita reglas de aplicación del criterio que puedan guiar mínimamente a los licitadores a la hora de preparar sus ofertas, pues lo único que establece es la valoración con arreglo a la escala de óptima, excelente, muy buena, buena y apta y la correspondiente puntuación respectiva de 20, 15, 10, 5 y 0 puntos.



Aduce que el pliego no indica qué es necesario para que una oferta reciba cualquiera de esas calificaciones. Además, el criterio divide en ocho apartados las características o aspectos sujetos a evaluación, pero sin mencionar cómo se distribuyen los puntos entre ellos; es decir, se desconoce si corresponde o no una octava parte de los 20 puntos a cada apartado o si se pueden obtener los 20 puntos en la consideración de que una oferta es la mejor globalmente aunque no ofrezca lo mejor en alguno de esos aspectos. A su juicio, son muchos los interrogantes que plantea el criterio y cada licitador puede llegar a un entendimiento diferente, teniendo el órgano de contratación un margen ilimitado de decisión.

En su informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que el aspecto sujeto a valoración que ha sido objeto de impugnación *“otras que contribuyan a mejorar la seguridad de los pacientes y, en general, la calidad de la prestación”* se fundamenta en conceptos claros, objetivos y delimitados, a saber, la seguridad de los pacientes y la calidad de la prestación. Señala que solo una aplicación injusta e irracional del criterio podría ser objeto de impugnación, lo que no puede prejuzgarse en este momento.

En tal sentido, el órgano de contratación concluye que tal aspecto del criterio reúne los requisitos legales previstos en el artículo 145 de la LCSP por las siguientes razones:

- Cualquier servicio sanitario debe tener en cuenta tanto la seguridad del paciente como la calidad de la prestación, por lo que está clara la vinculación al objeto.
- Un análisis global del criterio lleva a concluir que los elementos a valorar son claros objetivos y proporcionales, no propiciando desigualdad ni confiriendo al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- No contiene ningún elemento que determine restricción de la competencia de los licitadores.

Por último, el informe al recurso alude a la doctrina de la discrecionalidad técnica.



Pues bien, en el examen de este alegato hemos de partir de la asentada doctrina de este Tribunal a propósito de la redacción en los pliegos de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. La Resolución 157/2018, de 1 de junio, resume esta doctrina del modo siguiente:

“Al respecto, hemos venido sosteniendo que “(...) la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores que consagra el artículo 1 del TRLCSP exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor contengan detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación.

(...) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas”. (Resolución 137/2017, de 30 de junio).

También hemos indicado que “(...) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores



respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración” (Resolución 48/2016, de 25 de febrero)”.

El criterio de adjudicación impugnado tiene la siguiente redacción:

“ Criterio 3. Otras características de las instalaciones y equipamiento del programa de tratamiento de los pacientes: hasta 20 puntos. Criterio de evaluación no automática.

-La documentación correspondiente deberá incluirse en el sobre número 2 (...)

-Se otorgará mayor puntuación a las ofertas que contengan aspectos no valorados de manera automática que mejoren las instalaciones, la accesibilidad y el seguimiento de los pacientes, como:

- Distribución general del centro (localización en planta baja, luz natural en área de tratamiento, circulaciones, lugar reservado para aparcamiento de ambulancias).
- Disponer de programas de vigilancia y seguimiento del acceso vascular basado en la monitorización del flujo intra-acceso; tener implantado el Proceso Asistencial “Tratamiento Sustitutivo de la Insuficiencia Renal Crónica: Diálisis y Trasplante Renal”; informatización de historia clínica y seguimiento de los pacientes (describiendo programa informático y prestaciones del mismo, y acceso desde el Servicio de Nefrología de referencia del SAS); relación y colaboración con el Servicio de Nefrología de referencia; disponer de otros profesionales como psicólogo, dietista, trabajador social para apoyo a los pacientes.
- Oferta de esquemas de tratamiento de 2 y 4 sesiones semanales, teniendo en cuenta que cualquier cambio en la prescripción de derivación en este sentido debe contar con el visto bueno de la UGC de Nefrología de referencia.
- Realización de determinaciones analíticas a cargo de la empresa.
- Disponer de programas de formación y actualización de los profesionales del Centro; disponer de una guía de pacientes del propio Centro; realizar y disponer de los resultados de encuestas de satisfacción entre sus pacientes.
- Menor número de pacientes por sala.
- Programa de preparación de pacientes para la inclusión en lista de espera de trasplante renal, en coordinación con el Centro de trasplante renal de referencia.
- Otras que contribuyan a mejorar la seguridad de los pacientes y, en general, la calidad de la prestación.

La valoración de la proposición técnica se realizará de acuerdo con la siguiente escala:



Óptima: 20 puntos
Excelente: 15 puntos
Muy Buena: 10 puntos
Buena: 5 puntos
Apta: 0 puntos.”

Si se analiza, a la luz de la doctrina expuesta de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, el criterio que hemos transcrito, nos encontramos con que el Anexo I al cuadro resumen del PCAP describe los aspectos sujetos a valoración en el criterio 3, pero su enumeración no es exhaustiva pues el último aspecto evaluable consiste en “*otras características*” que contribuyan a mejorar la seguridad de los pacientes y la calidad de la prestación; características que no se explicitan ni describen más que por una referencia general a la seguridad de los pacientes y a la calidad de la prestación, conceptos sumamente amplios que pueden albergar innumerables mejoras no definidas previamente en los pliegos ni conocidas por los licitadores en el momento de preparar sus ofertas, de tal suerte que su concreción se producirá en el momento de valoración de proposiciones, a la luz de lo que cada licitador oferte y en función de la estimación discrecional que en ese preciso momento haga el órgano técnico evaluador.

Tal definición del aspecto sujeto a valoración en el criterio y por ende, del propio criterio de adjudicación no es admisible dada su falta de concreción y absoluta generalidad, lo que supone una vulneración del principio de transparencia consagrado en los artículos 1 y 132 de la LCSP. Esta imprecisión del criterio otorga un margen de discrecionalidad al órgano de contratación que supera los límites de lo permitido y genera inseguridad jurídica en los participantes, quienes desconocen al realizar sus ofertas qué otras características relacionadas con la seguridad del paciente y la calidad de la prestación pueden tener importancia para el órgano de contratación y cómo van a influir en la valoración de sus proposiciones.

A lo anterior se une que no existen tampoco pautas o reglas de ponderación que permitan encuadrar la valoración en un marco razonable de discrecionalidad. El



pliego efectúa una escala de calificaciones que va desde óptima (20 puntos) a apta (0 puntos) pasando por las intermedias de excelente (15 puntos), muy buena (10 puntos) y buena, pero no indica qué elementos se tomarán en consideración para alcanzar cada una de esas calificaciones como sería por ejemplo ofertar o no en todos los aspectos evaluables o determinar cuál tiene más preponderancia en la asignación de puntos o si todos tienen el mismo valor.

En realidad la escala de puntuaciones del pliego solo sirve para calificar formalmente las ofertas por tramos de puntuación, pero no ofrece ninguna pauta de ponderación al órgano evaluador para enmarcar su juicio técnico. El órgano de contratación señala en el informe al recurso que solo podría ser impugnabile una aplicación injusta e irracional del criterio que no puede prejuzgarse en este momento, si bien precisamente esto es lo que hay que evitar con una definición adecuada y suficientemente precisa del criterio de adjudicación que haga racional y justa cualquier valoración posterior de las ofertas con arreglo al mismo.

Con base en lo expuesto, procede estimar este motivo del recurso y anular el criterio 3 del Anexo I al cuadro resumen del PCAP (lotes 1 a 7).

NOVENO. En el siguiente motivo, la recurrente alega infracción del artículo 146.3 de la LCSP “(...) *En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo*”.

Sostiene que el procedimiento de adjudicación analizado se articula en dos fases: la de valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor y la de valoración de la oferta económica y demás criterios de evaluación automática, y si bien el apartado 13.2 del cuadro resumen del PCAP establece “*En su caso, nº de fases de valoración en que operaran los criterios y umbral mínimo de 50% de puntuación de los criterios cualitativos: según anexo I al Cuadro Resumen: Criterios de adjudicación*”, el citado Anexo I no establece ningún umbral mínimo ni previsión al respecto.



En el informe al recurso, el órgano de contratación aduce que el artículo 146.2 b) de la LCSP dispone que *“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*, y esto es lo que acontece en la licitación analizada, por lo que el hecho de valorar independientemente las ofertas, en dos momentos distintos, con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor y con arreglo a criterios de evaluación automática es un imperativo legal y no una opción del poder adjudicador. Ello es así, además, porque los criterios cualitativos para los que el precepto invocado por la recurrente establece el umbral mínimo del 50%, pueden encontrarse tanto en los sujetos a juicio de valor, como en los evaluables automáticamente.

Concluye que otra interpretación llevaría al absurdo de entender que todos los procedimientos, por el hecho de tener criterios evaluables mediante fórmulas y criterios no evaluables mediante fórmulas (que son la inmensa mayoría), deben establecer un umbral mínimo del 50% para los criterios cualitativos.

Pues bien, no puede acogerse en este caso el motivo esgrimido en el recurso. El artículo 146.3 de la LCSP al disponer que *“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”*, no está pensando en los dos necesarios momentos de valoración de las ofertas en el procedimiento abierto cuando existen criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática. En este caso, la valoración en momentos diferenciados es obligatoria legalmente (artículo 146.2 b) de la LCSP) para preservar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso selectivo, mientras que la dicción literal del artículo 146.3 del citado texto parte de una premisa opcional *“En el caso de que (...)”*.



Cabe señalar que desde el punto de vista del Derecho europeo, y en particular, de la Directiva 2014/24, la posibilidad de articular fases sucesivas tiene por objeto reducir progresivamente el número de ofertas a negociar o examinar, como sucede en la licitación con negociación (artículo 29, apartado 6), en el procedimiento de diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4) o en el procedimiento de asociación para la innovación (artículo 31, apartado 5), lo que tiene su correspondiente traducción en la LCSP, donde la licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación se regulan, respectivamente, en los artículos 169.3, 175.3 y 179.4 del citado texto legal.

Pues bien, en este contexto, el establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor y de criterios sujetos a evaluación automática en un procedimiento abierto no supone la existencia de fases en sentido propio, sino que este procedimiento consta de una única fase con dos momentos de valoración. Así lo dictamina la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sobre la posibilidad de establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado.

En su apartado 35, la sentencia señala:

“35 En efecto, como indicó en sustancia el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, el hecho de que la Directiva 2014/24 reserve la posibilidad de desarrollarse en fases sucesivas a determinados procedimientos, como los que se contemplan en su artículo 29, apartado 6, en su artículo 30, apartado 4, y en su artículo 31, apartado 5, no permite concluir que una evaluación de las ofertas en dos tiempos, durante la única fase de adjudicación del contrato, no sería admisible en un procedimiento abierto, como el examinado en el litigio principal.”



En este sentido, la Sentencia, en sus apartados 36 y 37 expone la distinta lógica a la que responden los tres procedimientos para los que la Directiva contempla la existencia de fases (licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación) y el procedimiento abierto, donde no existen fases sino dos momentos o tiempos distintos en la valoración de las ofertas.

Además, téngase en cuenta que el mencionado artículo 146.3 de la LCSP, ante la posibilidad de fijar fases en la licitación que deban ir superándose por las distintas ofertas presentadas, prevé la obligación de un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos. Estos últimos pueden ser tanto criterios sujetos a juicio de valor como de evaluación automática, por lo que la pretendida aplicación obligatoria del artículo 146.3 a los dos momentos de valoración de un procedimiento abierto, como el aquí examinado, exigiría tomar en consideración la puntuación de criterios cualitativos que se hubieran establecido en el segundo momento de evaluación de las ofertas, lo que frustraría el espíritu del precepto que parece estar pensando en un umbral mínimo para poder pasar de una fase a la sucesiva.

Es más, una interpretación como la que sostiene AEAN, obligaría a afirmar que el legislador ha querido imponer dicho umbral a los criterios cualitativos por el hecho de que los pliegos establezcan criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática en un procedimiento abierto, afirmación que carece de toda lógica pues en un procedimiento abierto pueden fijarse solamente criterios de evaluación automática y con la tesis recurrente el citado umbral no se aplicaría al conjunto de criterios cualitativos de carácter automático.

Con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar este motivo del recurso, al no apreciarse en los pliegos impugnados la infracción legal denunciada.

DÉCIMO. AEAN también esgrime que supone una modificación sustancial del pliego de prescripciones técnicas (PPT) la resolución de corrección de errores del



citado pliego, publicada en el perfil de contratante el 20 de diciembre de 2018, conforme a la cual donde dice “Sala de diálisis, con una superficie mínima (6 m²/puesto) de seis metros cuadrados por puesto”, debe decir “Sala de diálisis, con una superficie mínima de (8 m²/puesto) de ocho metros cuadrados por puesto”.

Alega que ese incremento de superficie es de gran trascendencia, afectando a cualquier empresa potencialmente licitadora y especialmente a las clínicas que ya están operativas y funcionando en Andalucía y que pueden encontrarse con que sus actuales instalaciones no cumplirían los mínimos requeridos en el pliego.

Además, manifiesta que no se trata de una corrección de errores porque no es un mero error de transcripción puntual o una errata al escribir la cifra que se quería haber puesto. En el criterio 1 de adjudicación para los lotes 1 a 7 se otorga cero puntos si la superficie de la sala de tratamiento ofertada es inferior a 8 m² por paciente, lo que evidencia que cuando en la redacción inicial del PPT figuraba la superficie mínima de 6 m², ello no obedece a un error sino que esta era la intención del órgano de contratación.

A juicio de la recurrente, al no tratarse de un error material, procede acordar la retroacción de actuaciones conforme a lo estipulado en el artículo 124 de la LCSP.

Frente a este alegato, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que se cometió error material en el apartado 3.1.2 del PPT al escribir 6 en lugar de 8 metros cuadrados y que tal error motivó la redacción del criterio 1 de los lotes 1 a 7. Su detección llevó a que se corrigiera en base al artículo 124 de la LCSP, no modificándose el criterio para no dilatar el procedimiento. Por último, señala que el dato de la superficie exigida tiene su fundamento en el protocolo del Servicio de Establecimientos Sanitarios de la entonces denominada Delegación Territorial de Salud.



En el examen del motivo, hemos de partir de la consolidada doctrina acuñada por el Tribunal Supremo sobre la rectificación de errores materiales. En este sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001), con cita de otras muchas anteriores, señala que *“(...) es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorización prima facie con su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:*

- a) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*
- b) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;*
- c) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;*
- d) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;*
- e) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);*
- f) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y*
- g) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo.”*



En efecto, el apartado 3.1.2 del PPT, al describir las dependencias de los Centros externos de diálisis, establece *“Sala de diálisis, con una superficie mínima de seis metros cuadrados por puesto”*, si bien posteriormente se publicó en el perfil de contratante una resolución de rectificación de errores de esta cláusula del PPT para señalar que donde dice *“Sala de diálisis, con una superficie mínima (6 m²/puesto) de seis metros cuadrados por puesto”*, debe decir *“Sala de diálisis, con una superficie mínima (8 m²/puesto) de ocho metros cuadrados por puesto”*.

Pues bien, el cambio en la superficie la sala de diálisis no puede considerarse rectificación de un error material a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta. La fijación de 6 m², en lugar de 8 m², no es un error material al no tratarse de una equivocación ostensible, manifiesta, indiscutible, evidente por sí misma sin mayores razonamientos, patente, clara y apreciable teniendo en consideración solamente la documentación obrante en el expediente. Es más, si una superficie menor a 8 m² es valorada como criterio de adjudicación (Anexo I al cuadro resumen del PCAP) aunque sea con cero puntos, es porque en esta licitación se admitía una superficie inferior a 8 m² en las salas de diálisis.

Así las cosas, la alteración de m² no podía llevarse a cabo a través de una resolución de rectificación de errores publicada en el perfil, sino modificando el requisito del PPT previa retroacción de actuaciones en los términos establecidos en el artículo 124 de la LCSP *“(…) los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades (...) solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”*.

Procede, pues, estimar el motivo debiendo el órgano de contratación retrotraer, en su caso, las actuaciones al momento previo a la aprobación del PPT para modificar la superficie mínima exigida a la sala de diálisis.



UNDÉCIMO. AEAN también denuncia en su escrito de recurso la falta de justificación de la acumulación de objetos en el lote 7, lo que, a su juicio, supone infracción de los artículos 1, 28 y 99 de la LCSP y determina la anulación de la configuración del citado lote.

Argumenta que los lotes 1 a 7 comprenden los servicios de hemodiálisis en centros externos de diálisis. Cada uno de esos lotes corresponde a un área geográfica, de modo que los pacientes de ese área que precisen hemodiálisis acudirán al centro o centros del contratista adjudicatario de ese lote. En concreto, el lote 7 comprende los distritos municipales Casco Antiguo, Macarena, San Pablo-Santa Justa, Este-Alcosa-Torreblanca, Cerro-Amate, Nervión, Sur y Palmera-Bellavista, de Sevilla; asimismo, en el citado lote se valora, como criterio de adjudicación, la oferta de tres centros dentro de su área geográfica (en el resto de lotes basta con ofertar un centro).

La recurrente continúa señalando que la nueva licitación viene a suceder a otra anterior donde el lote 3 (Sevilla capital) se articulaba en 6 centros externos de diálisis, que eran objeto de licitación y adjudicación independiente. De este modo, el ámbito geográfico que integra el actual lote 7 a adjudicar a un único licitador se corresponde con el ámbito geográfico de 4 centros externos de diálisis correspondientes al lote 3 de la anterior licitación. En definitiva, sostiene que donde la anterior licitación contemplaba 4 posibles adjudicatarios diferentes, el lote 7 efectúa una agrupación, restringiéndolo a un único posible adjudicatario.

A su juicio, esa agrupación de objetos que efectúa el lote 7 supone un cambio radical del criterio seguido hasta entonces por el Servicio Andaluz de Salud, que no se encuentra motivado siendo así que el artículo 35.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, exige que se motiven los actos que se separen del criterio de actuaciones precedentes. Asimismo, esta exigencia resulta de la propia LCSP cuando se refiere a la justificación de las necesidades que satisface el contrato (artículos 28 y 116). También esgrime que la naturaleza y objeto del contrato permiten la división del lote



7 en al menos tres lotes correspondientes a cada uno de los tres centros requeridos, sin que la indivisión haya sido justificada por el órgano de contratación, vulnerándose el artículo 99.3 de la LCSP.

En su informe al recurso, el órgano de contratación opone que, siendo ineludible establecer lotes diferenciados, la configuración actual del expediente por lotes responde de forma clara a demarcaciones geográficas, adecuándose a la legalidad y a las necesidades de accesibilidad de los pacientes. Añade que esta distribución en lotes se complementa con la puntuación, conforme a un criterio de evaluación automática, a las ofertas que mejoren dicha accesibilidad con la inclusión de más de un centro en el ámbito geográfico del lote 7.

A su juicio, esta configuración del objeto está más que motivada, sin que pueda denunciarse que supone restricción a la libre competencia cuando los argumentos de la recurrente parecen más bien defender el *statu quo* de sus afiliados, lo que sí podría entenderse como obstáculo a la competencia. Es más, a partir de un solo centro en la demarcación geográfica del lote 7 se podría licitar y ello con independencia de la opción de conformar uniones temporales para este lote.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen del motivo. AEAN centra su impugnación en la configuración del lote 7 (Club diálisis: hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes) que comprende los distritos municipales de Casco Antiguo, Macarena, San Pablo-Santa Justa, Este-Alcosa-Torreblanca, Cerro-Amate, Nervión, Sur y Palmera-Bellavista, de Sevilla.

En primer lugar, alega que la configuración del lote 7 supone un cambio radical del criterio seguido hasta entonces por el Servicio Andaluz de Salud que no se encuentra motivado conforme al artículo 35.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En tal sentido, manifiesta que el ámbito geográfico que integra el actual lote 7 a adjudicar a un único licitador se corresponde con el ámbito geográfico de 4 centros externos de



diálisis correspondientes al lote 3 de la anterior licitación, de modo que, donde antes se contemplaban 4 posibles adjudicatarios, el lote 7 efectúa una agrupación restringida a un único posible adjudicatario.

Tal alegato no puede prosperar. El precepto legal invocado por la recurrente se refiere a la necesidad de motivar los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, lo cual constituye una garantía frente a la arbitrariedad que supondría resolver de modo diferente ante supuestos de hecho iguales. Ahora bien, en el ámbito de la contratación pública, cada contrato es distinto e independiente del anterior puesto que habrá de atender a la naturaleza y extensión de las necesidades que existan en cada momento, las cuales no son fijas sino cambiantes y pueden o no coincidir con las satisfechas por un contrato anterior. De este modo, en el ámbito contractual, lo exigible es la justificación de la necesidades y fines que satisface el contrato (artículo 1 y 28.1 de la LCSP) y no la motivación de un cambio de criterio en cuanto a la configuración del objeto; si este cambia es porque la necesidad a satisfacer es distinta, siendo esta la que debe aparecer justificada en el expediente.

En este punto, hemos de acudir a la doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resolución 162/2018, de 1 de junio) conforme a la cual *“es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate”*.

Y es que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las



necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto una facultad discrecional de la Administración que, si bien ha de estar debidamente justificada, no puede quedar a la elección de los licitadores. En el sentido expuesto, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) señala que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

En el supuesto analizado, la configuración del lote 7 (hemodiálisis en club de diálisis, incluyendo suplemento de bicarbonato) abarca el ámbito geográfico de algunos y no todos los distritos de Sevilla capital, existiendo 6 lotes más con el mismo objeto para otros ámbitos geográficos referidos a la provincia y al resto de distritos de la capital.

En la memoria justificativa obrante en el expediente y publicada en el perfil, aun de modo conciso, se alude a la necesidad de prestar el tratamiento de hemodiálisis a los pacientes que lo requieran en la provincia de Sevilla ante la carencia de medios suficientes en los centros del sistema sanitario público. Así pues, una vez expuesta la necesidad a satisfacer, la distribución de las distintas áreas geográficas en lotes corresponde al órgano de contratación, quien ha dividido el objeto del contrato - respecto a la modalidad de hemodiálisis en club de diálisis- en 7 lotes.

No puede, pues, alegarse falta de división del objeto contractual siguiendo el mandato legal del artículo 99.3 de la LCSP, ni tampoco cabe apreciar la pretendida falta de justificación de la agrupación de objetos que, a juicio de la recurrente, efectúa el lote 7, cuya configuración debe apreciarse en la globalidad del objeto y áreas geográficas a las que atiende el contrato y sobre la base de las necesidades asistenciales existentes en el momento de promover la licitación.

Debe, pues, desestimarse el motivo.



DUODÉCIMO. En el último motivo del recurso, AEAN solicita la anulación de la penalidad por reclamaciones formales de los pacientes establecida en la cláusula 7 del PPT *“Por cada 5 reclamaciones por trato inadecuado validadas por los Servicios de Atención al Ciudadano de los Centros sanitarios, referidas al centro contratista en ejecución del servicio, un 2% de la factura del mes siguiente al de su constatación por la comisión de seguimiento”*.

Alega que la penalidad se impone por el mero hecho de la presentación de reclamaciones formales por los pacientes, sin exigirse la constatación de que ha existido trato inadecuado. A su juicio, ello resulta contrario a la propia naturaleza de la penalidad como medio de estimular el cumplimiento regular del contrato.

Frente al alegato, opone el órgano de contratación que las reclamaciones deben ser validadas por los Servicios de Atención al Ciudadano de los centros sanitarios, sin que exista la pretendida arbitrariedad denunciada por la recurrente.

En los términos en que se formula el alegato, el mismo no puede prosperar. No es el mero hecho de presentación formal de la reclamación lo que determina, en número de cinco, la imposición de la penalidad. La dicción literal de la cláusula impugnada exige que esas cinco reclamaciones por trato inadecuado hayan sido validadas por los Servicios de Atención al Ciudadano de los Centros sanitarios.

Además, la propia cláusula 7 del PPT sigue diciendo *“La Comisión de Seguimiento del servicio, constituida, tendrá competencias para constatar y comprobar los incumplimientos relacionados.*

Para ello, dicha Comisión deberá reunirse periódicamente, al menos trimestralmente, para recopilar la información que sobre los supuestos incumplimientos hayan detectado los Centros sanitarios, los cuales habrán de establecer los procedimientos internos por los cuales dejar constancia de aquellos; dichos procedimientos deberán, en todo caso, incluir un trámite de audiencia a la empresa concertada.



Asimismo, la Comisión de seguimiento podrá, para dictaminar la concurrencia de los incumplimientos comunicados por los Centros, contar con la participación de los representantes de los centros contratistas.

Las penalidades comprobadas y constatadas en cada sesión de la Comisión de seguimiento, de lo cual se deberá levantar la correspondiente acta, tendrán su reflejo en la factura de las empresas concertadas afectadas, del mes siguiente al de la sesión de la Comisión en que dicha constatación y comprobación se haya efectuado”.

En definitiva, la imposición de la penalidad impugnada no opera del modo que alega la recurrente, es decir, por la mera presentación de la reclamación formal de los pacientes. La cláusula del PPT impugnada establece un procedimiento, al que no se refiere AEAN en su recurso, para la comprobación y constatación de los supuestos incumplimientos antes de la imposición de la penalidad correspondiente.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

Con base en las consideraciones realizadas en los fundamentos jurídicos previos, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y anular las cláusulas de los pliegos impugnadas en los motivos estimados por la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de los citados pliegos.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ANDALUZAS DE NEFROLOGÍA (AEAN)** contra el anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y la resolución de corrección



de errores del pliego de prescripciones técnicas, correspondientes al contrato denominado “Servicio de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria de los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla”, promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. PA 108/2018) y en consecuencia, anular dichos actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Aun cuando, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, habría que levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 15 de enero de 2019, no procede en este caso acordar dicho levantamiento hasta tanto se resuelva el recurso 456/2018 interpuesto contra los mismos pliegos, que pende aún en este Tribunal.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

