

Recurso 288/2015**Resolución 41/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de febrero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN)** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Gestión del servicio público para la prestación del servicio de diálisis domiciliaria en la provincia de Cádiz, mediante concierto”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 270/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de diciembre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 235 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 28.823.997,09 euros y según certificado de la Unidad de Registro General del Hospital Universitario Puerta del Mar, ninguna empresa ha presentado proposición.

SEGUNDO. El 23 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por FENIN contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 28 de diciembre de 2015, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida al órgano de contratación tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 11 de enero de 2016.

CUARTO. El 20 de enero de 2016, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la Federación recurrente.

QUINTO. No se ha evacuado el trámite de alegaciones de los interesados previsto en el artículo 46.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante) al no haberse presentado proposiciones en la licitación y no haber, por tanto, interesados en el procedimiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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 la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Federación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra los pliegos que rigen la licitación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- (...)
- (...)
- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”



Sobre la legitimación activa de las Asociaciones o Federaciones de empresas existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, 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 7 de los Estatutos de FENIN establece *“Es finalidad de la Federación la coordinación, representación, gestión, fomento, defensa y tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular: 1. Representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros.”* Asimismo, el artículo 8 apartado 7 de los Estatutos prevé que, en orden a la consecución de los fines propuestos, corresponde a la Federación: *“7. Ejercitar ante los poderes públicos las acciones que correspondan en defensa del empresariado y de sus intereses.”*

En este sentido, FENIN 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 Federación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.



Por lo demás, este es el criterio que viene sosteniendo este Tribunal. Cabe citar, entre otras muchas, sus Resoluciones 114/2014, de 8 de mayo y 254/2015, de 15 de julio.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El escrito de impugnación se deduce frente a los pliegos que rigen la licitación de un contrato que es calificado por el órgano de contratación como gestión de servicios públicos, si bien la recurrente discrepa de tal calificación y considera, invocando resoluciones anteriores de este Tribunal, que la naturaleza de la prestación es la propia de un contrato de servicios.

Debe, pues, abordarse con carácter previo por este Tribunal la cuestión relativa a la correcta calificación jurídica del contrato aquí analizado a los solos efectos de determinar la competencia de este Órgano. Al respecto, hemos de indicar que la adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o como servicio ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal y por otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre, 180/2014, de 3 de octubre, 139/2015, de 21 de abril y 149/2015, de 28 de abril, de este Tribunal, Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre y 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 48/2014, de 19 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Resolución 56/2014, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León)

En concreto, el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya sostenía, a propósito de un



contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de hemodiálisis mediante concierto, que dicha calificación exige como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- **Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser)** en la que se señala que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios -Sentencia Parking Brixen- mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago. Asimismo, la Sentencia manifiesta que ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.
- **Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater)** en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.



Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.



4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.
- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP.

De otro lado, los Tribunales Administrativos de recursos contractuales se vienen pronunciando en igual sentido. Así, la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales concluye que la gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.



El Acuerdo 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene que *“un servicio sanitario como el analizado (Gestión de servicios públicos de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón), difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia (...)”*.

Finalmente, hemos de hacer mención al artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión que si bien no es aún de aplicación, su fecha límite de transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros está muy próxima y será el próximo 18 de abril de 2016. El citado artículo 5 lleva por título <<Definiciones>> y en su apartado 1) señala que *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable;”*

Así pues, a partir del 18 de abril de 2016 y al no ser presumible que se encuentre transpuesta a nuestro Ordenamiento la Directiva citada, las definiciones del artículo 5 parcialmente transcrito surtirán plenos efectos jurídicos pues son claras, precisas y no se hallan condicionadas. De este modo, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público estaremos



ante una concesión de servicios y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.

Tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicios públicos y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede. En tal sentido, el apartado 9 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece, de un lado, un presupuesto base de licitación de 9.939.309,34 euros, IVA excluido, que se distribuye entre cada una de las 7 modalidades de tratamiento previstas en el pliego, y de otro, unos precios unitarios máximos por cada una de esas 7 modalidades.

Asimismo, la cláusula 24 del PCAP sobre facturación y régimen de pago establece que la empresa adjudicataria emitirá una factura mensual por todos los servicios realizados.

Finalmente, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) en sus apartados 3 y 4 contiene una serie de previsiones sobre condiciones técnicas y características de la prestación del servicio, estableciendo requerimientos a cumplir por el adjudicatario en la ejecución de la prestación, el cual será supervisado por los centro sanitarios vinculados al contrato y deberá efectuar la corrección de las irregularidades o alteraciones que se observen.

A la vista de esta regulación contenida en los pliegos, debe concluirse que la prestación se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, concretamente, en la categoría 25 “Servicios sociales y de salud” del Anexo II del TRLCSP, toda vez que no concurren en aquélla las características definitorias de la gestión del servicio público por el concesionario en los términos antes expuestos, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio. Antes al contrario, en el PCAP se fija el presupuesto de licitación correspondiente a cada modalidad de tratamiento y el precio unitario máximo



de esta, por lo que el número estimado de tratamientos por modalidad pueden conocerlo fácilmente los licitadores dividiendo el presupuesto de licitación entre el precio unitario. Además, el adjudicatario será retribuido por la Administración conforme a los precios unitarios que haya ofertado y en función de las sesiones de tratamiento que haya realizado, a lo que se une el hecho de que tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues ya se ha indicado anteriormente que el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario, lo cual abunda en la idea antes expresada de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal no puede sino concluir que el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de servicios, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y alcanzar su valor estimado el importe de 28.823.997,09 euros. Asimismo, son objeto de impugnación en el recurso examinado el PCAP y el PPT, actos sujetos al recurso especial de conformidad con el artículo 40.2 a) del citado texto legal. Ello determina que este Tribunal, pese a la calificación del contrato en los pliegos como gestión de servicios públicos, pueda entrar a conocer del recurso interpuesto.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*



No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 3 de diciembre de 2014, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante. En consecuencia, ha de considerarse <<dies a quo>> en el cómputo del plazo de interposición del recurso el día 4 de diciembre y como quiera que el recurso se presentó en el Registro de este Tribunal el 23 de diciembre de 2015, hemos de concluir que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso y antes de examinar los motivos del mismo, debemos analizar la incidencia que pueda tener sobre el recurso interpuesto el hecho de que no se hayan presentado proposiciones en la licitación, extremo que pone de manifiesto el órgano de contratación para señalar que procede la inadmisión del recurso por pérdida sobrevinida de su objeto.

Al respecto, obra en el expediente de contratación un certificado emitido por la Unidad de Registro donde se indica que ninguna empresa ha presentado oferta en la licitación, pero no consta a este Tribunal que el procedimiento se haya declarado formalmente desierto por tal circunstancia, con lo cual no existe acto formal de finalización del procedimiento que determine que los actos y trámites practicados -entre ellos los pliegos impugnados- hayan quedado sin efecto o perdido vigencia.



Asimismo, debe tenerse presente que cuando una empresa no presenta oferta en una licitación pública e impugna los pliegos que rigen la misma porque limitan o impiden sus posibilidades de acceso, lo que pretende es que tales pliegos sean anulados y sustituidos por otros que les permitan concurrir en condiciones de igualdad con el resto de potenciales licitadores, y obviamente, vería cercenada tal pretensión legítima si se inadmitiera el recurso porque no se han presentado ofertas.

Es por ello que, en el supuesto examinado, al no existir ningún acto posterior del órgano de contratación que declare terminado el procedimiento, no puede entenderse que la mera ausencia de proposiciones determine por sí sola la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, además de que una eventual estimación del mismo determinaría que los pliegos tuvieran que modificarse lo que permitiría a las empresas -cuyos intereses representa y defiende la federación recurrente- participar en el proceso.

Por tanto, no procede declarar la inadmisión del recurso por las razones que esgrime el órgano de contratación, debiendo entrarse a examinar las cuestiones de fondo suscitadas en el recurso interpuesto.

SEXTO. En primer lugar, FENIN alega infracción de los artículos 62, 75, 78 y 79 del TRLCSP, al haberse fijado en el PCAP criterios de solvencia que no se corresponden con los previstos en la ley, lo cual supone, a su juicio, una limitación de la concurrencia.

Al respecto señala que la entrada en vigor, el pasado 5 de noviembre de 2015, del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, ha supuesto asimismo la entrada en vigor de la redacción dada a los artículos 65.1, 75, 76, 77, 78 y 79 bis del TRLCSP por la Ley 25/2013, de 27 de



diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

Asimismo, señala FENIN que, por aplicación de la Disposición Transitoria primera del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación se hubiese publicado con posterioridad al 5 de noviembre de 2015, se rigen ya por el citado Real Decreto y en consecuencia, les resulta de aplicación la nueva redacción de los artículos 75 a 78 del TRLCSP dada por la mencionada Ley 25/2013.

Pues bien, la recurrente señala que el artículo 75.1 del TRLCSP en su vigente redacción ha suprimido la posibilidad antes prevista de utilizar como medio de acreditación de la solvencia económica y financiera la <<declaración apropiada de entidad financiera>> que es, precisamente, el requisito mínimo de solvencia económica y financiera previsto en el apartado 16 del cuadro resumen del PCAP.

En lo que se refiere a la solvencia técnica o profesional, sostiene que el apartado 17 del cuadro resumen del pliego prevé que dicha solvencia se acreditará mediante la relación de los principales servicios o trabajos análogos al objeto del contrato realizados en los últimos tres años, mientras que la nueva redacción del artículo 78.1 a) del TRLCSP -de aplicación a esta licitación- dispone que tal acreditación se efectuará mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años. Por tanto, alega FENIN que el apartado 17 del cuadro resumen no solo conculca el artículo 78.1 a) del TRLCSP en su nueva redacción, sino que también cercena ilegalmente la posibilidad de que los licitadores invoquen servicios o trabajos que hayan realizado en el cuarto y quinto año, lo que limita la concurrencia pues reduce el periodo habilitado para acreditar la solvencia.

Frente a este alegato, el órgano de contratación reconoce en su informe al recurso que la redacción de los criterios de solvencia del pliego no responde literalmente a la de los correspondientes preceptos del TRLCSP, si bien



manifiesta que no es contraria a la regulación recogida en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, la cual hace referencia a la certificación bancaria como medio de acreditación de la solvencia económica y financiera y a la relación de principales suministros o servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años. Además, esgrime que la reducción a tres años del periodo de acreditación de los servicios no limita la concurrencia porque la demanda de estos servicios no se ve afectada por circunstancias de la actividad económica general, sino por circunstancias de salud de la población asistida cuya cifra es creciente.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar la cuestión suscitada. Al respecto, debemos tener en cuenta que la convocatoria de esta licitación se publicó el 3 de diciembre de 2015, una vez que ya había entrado en vigor el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, el cual es de plena aplicación en este procedimiento.

El citado Real Decreto determinó la entrada en vigor de la nueva redacción dada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, a los artículos 65.1 y 75 a 78 del TRLCSP, toda vez que la disposición transitoria cuarta del TRLCSP -también modificada por la citada Ley 25/2013- condicionaba la entrada en vigor de aquella nueva redacción de los preceptos citados a lo que se estableciera en las normas reglamentarias de desarrollo del mencionado texto refundido, desarrollo reglamentario que se ha producido con el Real Decreto 773/2015.

Por tanto, son de aplicación a esta licitación los artículos 75 a 78 del TRLCSP en la redacción dada por la ley 25/2013, de 27 de diciembre. Consecuencia de lo expuesto es que el requisito mínimo de solvencia económica y financiera que se establece en el apartado 16 del cuadro resumen del PCAP, a saber, una *<<declaración apropiada de entidad financiera que haga referencia a la capacidad económica del licitador en relación con el objeto del contrato y el presupuesto base de licitación>>* se basa en uno de los medios de acreditación previstos en la redacción anterior del artículo 75.1 del TRLCSP, pero dicho



medio ya no se contempla en la vigente redacción del precepto que dice así: “1. *La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.”

Y lo mismo ocurre con el requisito mínimo de solvencia técnica o profesional contemplado en el apartado 17 del cuadro resumen del PCAP -relación de los principales servicios o trabajos análogos al objeto del contratos realizados en los tres últimos años y acreditados mediante un mínimo de tres certificados- por cuanto este requisito mínimo se basa en un medio de acreditación de la solvencia previsto en la redacción anterior del artículo 78.1 a) del TRLCSP, pero no en la vigente de aplicación a esta licitación donde se alude a “*una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años (...)*”

Por tanto, los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica elegidos por el órgano de contratación en los apartados 16 y 17 del cuadro resumen se basan



en medios que actualmente no están vigentes -como ocurre con la declaración apropiada de instituciones financieras- o que no lo están en los mismos términos que antes –como ocurre con la relación de servicios realizados en los últimos tres años- lo que supone infracción de los vigentes artículos 75.1 y 78.1 a) del TRLCSP.

Asimismo, el órgano de contratación reconoce que la redacción de los criterios de solvencia del PCAP no responde literalmente a la de los correspondientes preceptos del TRLCSP, si bien considera que aquella redacción no es contraria a la regulación recogida en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. Ahora bien, sin entrar en el fondo de la cuestión que plantea el órgano de contratación, hemos de indicar que, aunque el plazo de transposición de la norma comunitaria está próximo a finalizar (18 de abril de 2016), hasta que el mismo no haya finalizado y a falta de norma interna de transposición, la citada directiva no surtirá efecto directo.

Por las razones expuestas, procede estimar este primer alegato de la recurrente y anular los apartados 16 y 17 del cuadro resumen del PCAP.

SÉPTIMO. En el segundo motivo del recurso se alega infracción del artículo 87 del TRLCSP y de la Orden de 13 de febrero de 2014 de la Consejería de Igualdad, Salud y Política Sociales.

FENIN esgrime que los precios unitarios máximos reflejados en el apartado 9.4 del cuadro resumen del PCAP se corresponden con las tarifas aprobadas por la Orden de 13 de febrero de 2014, por la que se actualizan las condiciones económicas aplicables a los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud y las compensaciones a pacientes por determinados tratamientos domiciliarios (BOJA núm. 37, de 24 de febrero de 2014).

Pues bien, alega la recurrente que, tratándose de la hemodiálisis en club de diálisis y en centro satélite, la Orden citada establece diferentes tarifas en



función del número de sesiones realizadas al mes, de suerte que la tarifa disminuye al aumentar las sesiones. No obstante, la Orden no ha previsto tal reducción en las tarifas cuando se trata de la diálisis peritoneal y hemodiálisis domiciliaria que son, precisamente, los servicios objeto de la presente licitación. En tal caso, la Orden establece una tarifa única por sesión sin contemplar reducción o descuento en atención a la frecuencia de los servicios.

Pese a lo anterior, aduce FENIN que la cláusula 24.1 del PCAP establece unas reducciones sobre los precios unitarios ofertados del 34% en la modalidad de diálisis peritoneal ambulatoria continua y del 10% en la modalidad de hemodiálisis domiciliaria.

Ello, a juicio de la recurrente, supone infracción de la Orden de la Consejería y también del artículo 87 del TRLCSP, pues aquella pretende actualizar las tarifas para adecuarlas a los costes efectivos de los servicios según precios de mercado, que es precisamente lo que establece el precepto legal citado cuando señala que los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado.

Frente a este motivo se alza el órgano de contratación alegando que el precio de mercado tiene carácter de máximo y que la Orden de 13 de febrero de 2014 también establece el carácter de precio máximo de las tarifas que aprueba. A su juicio, el hecho de que la Orden en su regulación no efectúe distinción alguna en las tarifas máximas de los servicios de diálisis domiciliaria no impide que el órgano de contratación pueda efectuar los análisis pertinentes para establecer el precio.

En tal sentido, el informe señala que se ha constatado que, en el servicio de diálisis peritoneal ambulatoria continua, los pacientes pueden necesitar, a juicio del facultativo responsable, un tratamiento de diálisis de inferior intensidad al que se proporciona normalmente y al que está referido la tarifa máxima. Esta



menor duración comporta el uso de un menor número de bolsas de diálisis, lo cual redundaría en un menor coste para la empresa que ha de proveerlas. Igualmente, en el caso de la hemodiálisis, el aumento de las sesiones proporcionadas a los pacientes superando la pauta de tres sesiones semanales hace que en las siguientes el coste de los materiales empleados sea inferior. Ello justifica la aplicación del coeficiente reductor que se fija en la cláusula 24.1 del PCAP.

Pues bien, entrando en el examen de este nuevo motivo, hemos de partir del dato de que resulta de aplicación a los servicios de diálisis objeto de esta licitación lo dispuesto en la Orden de 13 de febrero de 2014, de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, por la que se actualizan las condiciones económicas aplicables a los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud y las compensaciones a pacientes por determinados tratamientos domiciliarios.

El Anexo I de la citada Orden contempla las tarifas máximas aplicables a los servicios de diálisis concertados, en concreto, a la hemodiálisis en club de diálisis, hemodiálisis en centro satélite y diálisis domiciliarias con sus suplementos.

En los importes de dichas tarifas se observa que, tratándose de la hemodiálisis en club y en centro satélite, las cuantías van disminuyendo a medida que aumentan las sesiones de tratamiento al mes. En tal sentido, se establecen tres tarifas máximas distintas según tramos de sesiones de tratamiento al mes.

No obstante, para las diálisis domiciliarias y sus suplementos se establece una tarifa única por sesión en los siguientes términos:

Diálisis domiciliarias	Tarifas
Hemodiálisis en domicilio con máquina incluyendo suplemento de bicarbonato, por sesión	114,00 €
Diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de volumen inferior a 15 litros/día, por sesión	58,00 €



Diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de volumen superior a 15 litros/día, por sesión	73,50 €
Diálisis peritoneal ambulatoria continua (DPAC), por sesión	41,50 €

Suplementos	Tarifas
Por diálisis peritoneal ambulatoria con solución de poliglucosa, por día	6,00 €
Por diálisis peritoneal mediante bicarbonato, por día	12,00 €

Pues bien, el objeto de la contratación que examinamos solo se refiere a los servicios de diálisis domiciliarias y sus suplementos y los precios unitarios máximos de dichos servicios que se establecen en el apartado 9.4 del cuadro resumen del PCAP coinciden con las tarifas máximas de la Orden que acabamos de señalar.

La controversia surge porque la cláusula 24.1 del PCAP prevé una reducción de esos importes que no está recogida en la Orden. Su tenor es el siguiente: “(...) *en las modalidades de diálisis peritoneal ambulatoria continua, el Servicio de Nefrología responsable del paciente en su orden de prescripción, o en cualquier momento mientras se presta el tratamiento, indicará la frecuencia diaria de cambio de bolsa que debe efectuar el paciente. En estos casos, la empresa recogerá esta orden facultativa en los datos que debe presentar junto con la factura y aplicará a la tarifa contractual una reducción del 34% (coeficiente multiplicador = 66%), por el menor coste de este tipo de tratamiento.*

En el caso de la Hemodiálisis, igualmente el Servicio de Nefrología responsable del paciente en su orden de prescripción, o en cualquier momento mientras se presta el tratamiento, indicará la frecuencia semanal de las sesiones de hemodiálisis que debe realizar el paciente. En estos casos, la empresa recogerá esta orden facultativa en los datos que debe presentar junto con la factura y aplicará a la tarifa contractual una reducción del 10% (coeficiente multiplicador = 90%), por el menor coste de este tipo de tratamiento a todas las sesiones realizadas en una misma semana a partir de la cuarta (esta incluida) y siguientes sesiones.”



La recurrente considera que la reducción de tarifas expuesta no se recoge en la Orden de 13 de febrero de 2014, por lo que la cláusula 24.1 del PCAP vulnera la citada Orden y también el artículo 87 del TRLCSP relativo a la fijación del precio de los contratos. A ello se opone el órgano de contratación señalando, en síntesis, que las cuantías de la Orden son importes máximos y que los porcentajes de reducción previstos en el PCAP están justificados, sin que la Orden impida su aplicación.

Pues bien, el artículo 90.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, dispone que *“Las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.”* Así, pues, tratándose de servicios sanitarios concertados con terceros, la Ley General de Sanidad encomienda a la Administración Sanitaria la fijación previa y revisión de las condiciones económicas de dichos servicios.

En cumplimiento de este mandato legal, la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía dictó la Orden de 13 de febrero de 2014 sobre actualización de las condiciones económicas de los servicios de diálisis concertados. La citada Orden prevé para las diálisis domiciliarias objeto de la licitación que examinamos una tarifa máxima única por sesión. Por tanto, el órgano de contratación, a la hora de contratar la prestación de ese servicio público, debió respetar dicha tarifa máxima sin introducir en el PCAP alteración alguna de su importe a través de porcentajes de reducción que no estaban previstos en la Orden y que, con independencia de su justificación en el pliego, solo podían determinarse por aquella.

Asimismo, no puede admitirse el argumento del órgano de contratación de que la Orden de 13 de febrero de 2014 establece importes máximos y no impide fijar el precio en función de los análisis pertinentes. Ciertamente las tarifas



aprobadas tienen la condición de máximas (artículo 2 de la Orden) pero cualquier porcentaje de reducción aplicable a las mismas debió preverse en la propia Orden -como así ocurre para otros servicios como la hemodiálisis en club y en centro satélite-y no en los pliegos. De lo contrario, la uniformidad que se persigue con la fijación previa de las condiciones económicas de estos servicios se vería alterada si cada órgano de contratación pudiera alterarlas.

Asimismo, en la medida que la Orden fija las condiciones económicas de los servicios de diálisis en base a módulos de costes efectivos según precios de mercado y que como expresamente señala, se dicta para actualizar, por razones de interés público, las condiciones aplicables a los servicios de diálisis concertados por el Servicio Andaluz de Salud, hemos de considerar que las tarifas aprobadas por aquella son las adecuadas para el efectivo cumplimiento del contrato como establece el artículo 87 del TRLCSP, de modo que la reducción de su importe en los pliegos -no autorizada por dicha Orden-supondría no solo la vulneración de ésta, sino también la del citado precepto legal.

Por cuanto se ha expuesto, debe estimarse el segundo motivo del recurso y anularse el apartado 1 de la cláusula 24 del PCAP en lo relativo a los porcentajes de reducción aplicables a las tarifas.

OCTAVO. En el último motivo del recurso se alega infracción de los artículos 145 y 150.2 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. En concreto, FENIN señala que tal regulación prevé que en el sobre de documentación sujeta a valoración conforme a criterios que dependen de un juicio de valor no puede introducirse información que corresponda a criterios de evaluación automática y si se infringe tal prohibición, el licitador resultará excluido.

En cambio, a juicio de la recurrente, la cláusula 14 del PCAP señala el contenido de las proposiciones de un modo que conduce a los licitadores a infringir aquella



prohibición. En síntesis, alega que uno de los criterios de evaluación automática del apartado 15 del cuadro resumen es la oferta de un servicio de asistencia técnica las 24 horas del día/365 días al año, pero al mismo tiempo la cláusula 14.2.1 del PCAP establece que en el sobre nº 2 (documentación relativa a los criterios de evaluación no automática) los licitadores deberán describir el sistema permanente de llamadas y el sistema de atención urgente que ofertan. Aduce FENIN que con tales previsiones de los pliegos es fácil suponer que cuando un licitador describa en el sobre nº2 el sistema permanente de llamadas y el sistema de atención urgente, indique si oferta un sistema de llamadas 24 horas al día/365 días al año, por lo que los propios pliegos conducen al licitador a anticipar en el sobre nº2 información sobre los criterios de evaluación automática.

Por su parte, el informe sobre el recurso señala que en la cláusula 14 del PCAP y en el apartado 15 del cuadro resumen se advierte de la necesidad de separar la documentación correspondiente a los criterios dependientes de un juicio de valor de la relativa a los criterios de evaluación automática; por tanto, un licitador diligente, al describir en su oferta técnica el servicio permanente de llamadas y el servicio de atención urgente, conoce perfectamente que puede proporcionar datos de las características de estos servicios a excepción de los que deben figurar en el sobre de documentación relativa a criterios de evaluación automática.

Pues bien, en el examen de esta cuestión hemos de partir de las previsiones del PCAP. Su apartado 14.2.1 establece que los licitadores deberán presentar en el sobre nº2 (documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática) una memoria de actividad que recoja, entre otra información, *“memoria descriptiva de los medios materiales, sistemas organizativos, instalaciones, equipo técnico de que disponga el empresario para la realización del contrato, así como el sistema de comunicación de que disponga la empresa, y entre otros:*

-Servicio permanente de llamadas y servicio de atención urgente (...).”



Asimismo, el apartado 15 del cuadro resumen del PCAP establece como criterio de evaluación automática el *servicio de asistencia técnica al paciente*, ponderado con hasta 10 puntos según fórmula explicitada en el pliego y cuyo tenor es el siguiente: *“Se asignará el máximo de puntuación a la empresa que oferte un servicio de asistencia técnica telefónica las 24 horas del día/365 días al año, asignándose la puntuación al resto de las empresas mediante proporcionalidad directa en función de la cobertura ofertada.”*

A juicio de la recurrente, los propios pliegos conducen al licitador a anticipar en el sobre nº2 información sobre los criterios de evaluación automática -concretamente sobre el servicio de asistencia técnica telefónica al paciente-, mientras que el órgano de contratación considera que los pliegos advierten en varios apartados de la necesidad de separar la documentación de los distintos sobres y que un licitador diligente, al describir en su oferta técnica el servicio permanente de llamadas y el servicio de atención urgente, conoce perfectamente que puede proporcionar datos de las características de estos servicios a excepción de los que deben figurar en el sobre de documentación relativa a criterios de evaluación automática.

Pues bien, lo primero que se observa es que en el sobre nº2 (documentación acerca de los criterios de evaluación no automática) debe obrar información relativa al servicio permanente de llamadas y al servicio de atención urgente y en el sobre nº4 (documentación sobre los criterios de evaluación automática) debe figurar un compromiso de garantía del servicio de asistencia técnica telefónica al paciente, asignándose la máxima puntuación al licitador que oferte asistencia telefónica las 24 horas del día/365 días al año.

Se colige pues, sin dificultad, que el servicio permanente de llamadas y de atención urgente del sobre nº2 es el mismo al que se refiere el sobre nº4 como servicio de asistencia técnica telefónica al paciente, extremo que viene a reconocer implícitamente el órgano de contratación en su informe, si bien alega



que los datos a proporcionar en el sobre nº2 deberán hacer mención a características del servicio distintas a las que deben figurar en el sobre nº4.

Pues bien, es doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de Tribunales de recursos contractuales que procede la exclusión de aquella proposición que anticipe documentación o información evaluable automáticamente en el sobre de documentación relativa a criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y ello como garantía de imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas, que es objetivo primordial del TRLCSP. Es por ello que no solo los licitadores deberán cuidar estos extremos para evitar la exclusión de su oferta, sino que los órganos de contratación también deberán ser cuidadosos en la redacción de los pliegos para no propiciar situaciones de ambigüedad que conlleven a tal exclusión.

En el supuesto analizado, no podemos afirmar que el PCAP incurra en una infracción directa de aquella garantía de imparcialidad que salvaguardan los artículos 150.2 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, pues el mismo es reiterativo en cuanto a la documentación a introducir en cada uno de los sobres, de modo que es el licitador quien deberá cuidar este extremo y no errar en la documentación que incluye en cada uno. En tal sentido, en el sobre nº2 habrá de aportar toda la información posible acerca del servicio permanente de llamadas y servicio de atención urgente, excepción hecha de su extensión temporal en número de horas diarias y días al año -información esta última que deberá indicarse en el sobre nº4-.

En definitiva, no puede apreciarse en el PCAP la infracción denunciada en el recurso, sin perjuicio de que el contenido del mismo pudiera ser mejorado -en aras de evitar eventuales exclusiones futuras- bien unificando en un solo criterio todas las características o aspectos susceptibles de valoración en <<el servicio permanente de llamadas>>, bien expresando que en el sobre nº2 deberá hacerse referencia a todas las características del servicio, a excepción de la



extensión temporal del mismo que será valorada con arreglo a un criterio de evaluación automática.

En tal sentido, como quiera que el PCAP examinado ha de ser anulado por los motivos expuestos en los fundamentos anteriores de esta resolución, sería aconsejable que en el nuevo pliego que, en su caso, sea aprobado pueda tenerse en cuenta la recomendación aquí efectuada.

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 FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Gestión del servicio público para la prestación del servicio de diálisis domiciliaria en la provincia de Cádiz, mediante concierto”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 270/2015), y en consecuencia, anular los apartados 16 y 17 del cuadro resumen y el apartado 1 de la cláusula 24 del citado pliego respecto a los porcentajes de reducción aplicables a las tarifas, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que se proceda en los términos expuestos en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

SEGUNDO Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordado por este Tribunal en resolución de 20 de enero de 2016.



TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

