Recurso 475/2021
Resolución 96/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 4 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN)** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio integral de recursos materiales para la realización de sesiones de hemodiálisis en la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente", convocado por la citada Agencia pública (Expte. PA 010/21), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de octubre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el 4 de octubre de 2021, los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del perfil, siendo el valor estimado del contrato 2.012.400 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 18 de octubre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por FENIN contra el anuncio y los pliegos de la contratación referenciada. En su escrito de recurso, la federación recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

El 28 de octubre de 2021, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones al recurso al único licitador interesado en el procedimiento, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no consta que las haya formulado en el plazo legal concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la federación 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».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».*

El artículo 7 de los Estatutos de FENIN establece que *«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 el supuesto analizado, FENIN impugna el anuncio y los pliegos por entender que incumplen determinados preceptos de la LCSP; entre otros, los relativos al precio y su abono, así como a la entrega y recepción de los bienes. Es posible, pues, apreciar una conexión específica entre los actos recurridos y los intereses que representa y defiende la federación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso especial se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen un contrato calificado en los mismos como de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros y convocado por un ente del sector

público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

Los apartados a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP disponen 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. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante el 1 de octubre de 2021, por lo que el recurso especial presentado en el registro de este Tribunal el 18 de octubre de 2021 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el alegato de indebida calificación del contrato como de servicios, al tratarse de un contrato de suministro o, a lo sumo, mixto de suministro y servicios.

FENIN solicita la anulación del anuncio y pliegos de la licitación y funda esta pretensión en varios motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, esgrime que el contrato de servicios objeto de esta licitación está indebidamente calificado como tal en el anuncio y en los pliegos. Señala que la propia denominación del servicio es singular y que su terminología (servicio integral de recursos materiales) difiere de la correspondiente al código CPV que figura en el cuadro resumen del pliego (CPV: 85111900-9 / Servicios de diálisis en hospital). A tal efecto, aduce que una cosa son los servicios de diálisis en hospital donde el contratista realiza las sesiones de hemodiálisis a los pacientes con su personal y bajo su organización y otra, que el contratista provea al hospital de los recursos materiales necesarios para la realización de las sesiones de hemodiálisis por la Agencia pública sanitaria contratante con su personal y en sus instalaciones, lo que constituye el objeto de un contrato de suministro.

Reproduce varios apartados del pliego de prescripciones técnicas (PPT) que utilizan el término suministro y pone el énfasis en las prestaciones del contrato que se indican en las páginas 17 y 18 del citado pliego; a saber:
1. Entrega del material fungible necesario para la realización de sesiones de hemodiálisis en el centro hospitalario.
2. Cesión de uso de una planta de agua tratada para hemodiálisis.
3. Cesión de uso y mantenimiento integral de 18 monitores de hemodiálisis.
4. Cesión de uso y mantenimiento integral de 14 sillones de hemodiálisis.
5. Mantenimiento, integración y actualización de aplicaciones informáticas, bases de datos y equipos.
6. Centralizado de ácido.
7. Cesión de 4 tabletas electrónicas para el uso en sala.
8. Cesión y mantenimiento integral de una báscula.
9. Cesión y mantenimiento integral de un ecógrafo.

En tal sentido, manifiesta (i) que la adquisición de material fungible es la modalidad de suministro de tracto sucesivo en función de las necesidades del ente público contratante que prevé el artículo 16.3 a) de la LCSP, (ii) que la cesión de uso de los bienes antes descritos a cambio de un precio constituye en rigor jurídico un arrendamiento que también es una modalidad de suministro, y (iii) que el mantenimiento de los bienes cedidos así como de las aplicaciones informáticas y bases de datos es un servicio; por lo que la naturaleza jurídica del contrato es la de suministro o, a lo sumo, la de un contrato mixto de suministro y servicios.

Llegados a este punto, sostiene que la explicación a la calificación del contrato como de servicios que hacen los pliegos impugnados estriba en el apartado del PPT relativo a la facturación por sesión de hemodiálisis, cuyo tenor es *"El adjudicatario, con independencia de los materiales consumidos en el periodo, facturará mensualmente por el número de sesiones de hemodiálisis realizadas y reportadas al efectos por el Servicio de Hemodiálisis de la APSP".* Por tanto, concluye que el contratista no va a cobrar un precio por cada uno de los bienes que entrega, sino por cada una de las sesiones de hemodiálisis realizadas por el hospital con independencia del número o cantidad de materiales que se hayan suministrado; y que esta forma de pago del precio ya ha sido declarada ilegal por diversos Tribunales Superiores de Justicia y por el Tribunal Supremo, así como por diversos Órganos de resolución de recursos contractuales.

Frente al alegato expuesto, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que se está cuestionando una prerrogativa de la entidad pública contratante en la configuración del objeto del contrato atendiendo a sus necesidades, suplantando el diseño realizado en los pliegos para configurar la licitación conforme a intereses singulares.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. El objeto del contrato se denomina en los pliegos y en el anuncio «servicio integral de recursos materiales para la realización de sesiones de hemodiálisis en la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente».

Asimismo, el apartado 14 del PPT (Descripción del objeto) establece lo siguiente:

«Comprende el objeto del presente expediente de contratación el Servicio Integral de recursos materiales necesario para la realización de las Sesiones de Hemodiálisis que precisen los pacientes del Servicio de Hemodiálisis de la Agencia Pública Sanitaria Poniente en Hospital de Poniente.
(...)
Los materiales cuya adquisición se plantea son necesarios para la prestación de la asistencia sanitaria sustitutiva de la función renal, en modalidad hospitalaria, y comprenderán, al menos, las siguientes prestaciones, de acuerdo a las características específicas de este Pliego de Prescripciones Técnicas:

1. Material fungible necesario para la realización de sesiones de hemodiálisis en el centro hospitalario (...).

2. Cesión de uso de una Planta de Agua tratada para Hemodiálisis para la realización de la actividad objeto de contratación, incluyendo si fuera necesario su instalación, mantenimiento integral, y explotación, así como de la realización del Control de Calidad del Agua de Diálisis, y los repuestos y material que se precise para su correcto funcionamiento (...).

3. Cesión de uso y mantenimiento integral de 18 Monitores de Hemodiálisis durante el periodo de vigencia del contrato.

4. Cesión de uso y mantenimiento integral de 14 Sillones deHemodiálisis durante el periodo de vigencia del contrato (...).

5. Mantenimiento, integración y actualización de Aplicaciones Informáticas, bases de datos, y equipos de proceso de información necesarios para la realización de las sesiones de hemodiálisis (...).

6. Centralizado de Ácido (...).

7. Cesión de 4 Tabletas electrónicas según requerimientos necesarios para uso en sala (...).

8. Cesión y mantenimiento integral de una báscula (…).

9. Cesión y mantenimiento integral de un ecógrafo (...).

El material a suministrar reunirá las condiciones exigidas por la legislación vigente y, específicamente, por el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

Los licitadores deberán aportar obligatoriamente fichas técnicas detalladas, así como bibliografía y referencias de todos los materiales y equipos ofertados que avalen sus características, así como hacer entrega para su evaluación de las muestras de materiales fungibles y equipos que al efecto se establecen en la FICHA VIII DETALLE MUESTRAS DE MERCANCÍAS (...). »

Pues bien, las prestaciones descritas no corresponden a la calificación jurídica de un contrato de servicios. El artículo 17 de la LCSP dispone que *«Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.*

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

En esencia, el objeto de un contrato de servicios está constituido por una prestación de hacer o el desarrollo de una actividad por parte del contratista que difícilmente encaja en algunas de las prestaciones del PPT anteriormente transcritas, como (i) la entrega del material fungible necesario para la realización de las sesiones de hemodiális -prestación nada desdeñable pues sin ella es imposible la realización por el hospital de las sesiones de hemodiális- o (ii) la cesión de uso de determinado equipamiento que no deja de ser una entrega de bienes al hospital sin transferencia de su propiedad y que, dada su onerosidad al estar previsto que su coste formará parte del precio ofertado (apartado 15 del PPT), encaja en la figura del arrendamiento como modalidad del suministro previsto en el artículo 16.3 b) que, a su vez, incluye el mantenimiento de los bienes (artículo 298 de la LCSP).

Ciertamente, el contrato contempla también el mantenimiento, integración y actualización de aplicaciones Informáticas, bases de datos y equipos de proceso de información necesarios para la realización de las sesiones de hemodiálisis, pero ello determinaría que, a lo sumo, el contrato se calificase como mixto de suministro y de servicios rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 18 de la LCSP.

Asimismo, se observa que el apartado b) del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece para todos los lotes del contrato el CPV *«85111900-9 SERVICIOS DE DIÁLISIS EN EL HOSPITAL»,*

codificación que corresponde a servicios de diálisis realizados por el propio contratista y no a supuestos como el aquí examinado donde la prestación del servicio se lleva a cabo por la Agencia Sanitaria contratante, correspondiendo al adjudicatario la entrega de los materiales y equipos necesarios para que el hospital pueda llevar a cabo la sesiones de hemodiálisis.

Ello pone de manifiesto que se pretenden contratar unas prestaciones que no responden a la esencia de un contrato de servicios de diálisis en hospital, no resultando adecuada la calificación jurídica del contrato como de servicios ni, por ende, la aplicación de las normas de esta modalidad contractual a la preparación y adjudicación del contrato y a su régimen jurídico.

El motivo debe, pues, ser estimado con las consecuencias que se irán analizando en los sucesivos fundamentos.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la infracción de los artículos 100.2 y 18 de la LCSP.

FENIN alega que la cláusula 2.1.3 del PCAP establece que *"El importe del presupuesto base de licitación del contrato es el señalado como máximo en el apartado D del cuadro resumen, conforme al desglose recogido en el Anexo III"* y que al acudir a dicho Anexo III se comprueba que no figura desglose alguno, como tampoco en la memoria justificativa del expediente; lo que supone vulneración del artículo 100.2 de la LCSP.

Aduce, además, que este desglose era aún más necesario en este caso *«pues conforme establece el apartado G del Cuadro Resumen del PCAP, el sistema de determinación del precio es el de precios unitarios que, en concreto, es el precio unitario por sesión de hemodiálisis, y en el que -supuestamente- se habría de hacer confluir el precio o contraprestación de las distintas prestaciones que integran el objeto del contrato (página 20 del PPT). En tal caso, y conforme advierte el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), se ha de efectuar el desglose de los precios de cada una de las prestaciones que se repercutirán en el precio único.»*

Asimismo, señala que el contrato licitado es un suministro o, a lo sumo, un contrato mixto de suministro y servicios, siendo así que el artículo 18 de la LCSP establece que para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos, en que concurran prestaciones de obras, servicios y suministros, se atenderá al carácter de la prestación principal. Por tanto, concluye que es necesario fijar el valor estimado de las distintas prestaciones (suministro y servicios) para determinar la principal, si bien en ningún documento del expediente de contratación figura y se justifica de manera diferenciada el valor estimado de las mismas. Cita en apoyo de esta argumentación, la Resolución de este Tribunal 146/2017, de 14 de julio.

Frente al alegato expuesto, el órgano de contratación opone que en los pliegos se ha determinado un precio cierto y añade *«En un suministro no hay cantidades determinadas y eso influye en que el importe total sea indeterminado pues depende del consumo o aprovechamiento de los fungibles, pero en un servicio en cambio se convierte en cierto porque el número de sesiones máximo es determinado (...)».*

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. El apartado 2.1.3. (Presupuesto base de licitación) del PCAP establece que *«El importe del presupuesto base de licitación del contrato es el señalado como máximo en el apartado D del cuadro –resumen, conforme al desglose recogido en el Anexo III (...)»*. No obstante, el Anexo III del PCAP denominado «presupuesto base de licitación» establece dicho importe con IVA y sin IVA pero sin desglose alguno de costes en los términos exigidos por el artículo 100.2 de la LCSP cuyo tenor es el siguiente: *«En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, 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(...)».

El mencionado anexo se limita a mencionar las siguientes partidas: costes salariales directos (salarios, cotizaciones sociales, absentismos, incrementos sociales, otros gastos laborales, etc.), otros costes directos (materias primas, logística, etc.), el total de costes directos de servicios, gastos generales y de estructura, el total de costes de explotación y el beneficio industrial, pero sin indicar qué peso o porcentaje ha jugado cada partida de costes en el presupuesto base de licitación.

Ello supone una clara vulneración del artículo 100.2 de la LCSP.

Pero es más, la necesidad de desglose devendría igualmente necesaria desde otra perspectiva adicional. Téngase en cuenta que el precio se ha determinado por precios unitarios (apartado G del cuadro resumen del PCAP); en concreto, el apartado 12 del PPT señala un precio unitario por sesión de hemodiálisis de 43 euros, e indica que *«El coste de todo el material accesorio, la cesión de equipamiento, y servicios accesorios, así como el suministro de materiales, servicios, equipo e instrumental, accesorio o auxiliar necesario para la utilización de los artículos, formará parte del precio por sesión ofertado»*. Resulta, pues, que el precio unitario es, teóricamente, el resultado de la suma una serie de costes, pero se echa absolutamente en falta la más mínima mención en los pliegos sobre el porcentaje o proporción de cada uno de ellos en la determinación de aquel precio unitario. Se desconoce, pues, cómo se llega a esa cuantía de 43 euros por sesión de hemodiálisis y si este importe resulta adecuado y es comprensivo de los costes de todas las prestaciones que lo determinan.

Por último, la recurrente, sobre la base de la naturaleza mixta -suministro y servicio- del contrato licitado, aduce que también se ha infringido el artículo 18 de la LCSP relativo a los contratos mixtos. En este punto, ya se ha analizado en el anterior fundamento de derecho que, teniendo en cuenta las prestaciones que configuran el objeto del contrato, la calificación jurídica del mismo no puede ser de servicios. En puridad, el contrato engloba prestaciones propias de un suministro (entrega de materiales y cesión de uso de determinado equipamiento) y de un servicio (mantenimiento, integración y actualización de aplicaciones Informáticas, bases de datos, y equipos de proceso de información necesarios para la realización de las sesiones de hemodiálisis) por lo que su naturaleza, conforme al artículo 18 de la LCSP, es la de un contrato mixto en el que se atenderá al carácter de la prestación principal para determinar las normas que deben regir su adjudicación.

En este punto, la nueva regulación legal difiere de la anterior donde el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no aludía a «prestación principal», sino a «prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico»; pero en cualquier caso, qué duda cabe que el peso económico de la prestación sigue siendo un elemento objetivo, entre otros, para ponderar la importancia de la misma, deviniendo fundamental que, en contratos como el examinado, los pliegos especifiquen el importe de las prestaciones que integran el contrato mixto.

No obstante lo expuesto, la infracción legal del artículo 18 de la LCSP que denuncia la recurrente lo es sobre la base de la calificación del contrato como mixto, calificación que no es la que realizan los pliegos; de modo que las consideraciones aquí realizadas en cuanto a la determinación de los importes de las diferentes prestaciones del contrato mixto habrían de tenerse en cuenta si los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben mantienen las mismas prestaciones que configuran el contrato ahora analizado.

Con base en las consideraciones realizadas en este fundamento de derecho, el motivo debe ser estimado.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la infracción de los artículos 77.1 b), 89 y 90 de la LCSP.

FENIN centra su alegato en el contenido del Anexo VI del PCAP sobre *«Solvencia económica y financiera y técnica»* y en particular en los medios de acreditación de la solvencia técnica descritos en el citado anexo e identificados con las letras a, b, c, d, f y g:

a) Relación de los principales suministros o servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

b) Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos o servicios a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos o servicios perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas técnicas.

g)Indicación de los sistemas de gestión de la cadena de suministro, incluidos los que garanticen el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, y de seguimiento que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

La recurrente sostiene que si la calificación que corresponde al contrato es la de suministro, resultan ilegales e inválidos tanto el medio de acreditación de solvencia técnica establecido en la letra a) del Anexo VI (al permitir la acreditación de solvencia técnica mediante relación de "servicios") como la posibilidad de acreditación alternativa de solvencia mediante la clasificación que establece ese mismo anexo; y si la calificación que correspondiera al contrato fuera la de servicios (conforme se indica en el pliego), resultarían ilegales e inválidos los medios de acreditación de solvencia técnica establecidos en las letras a), d), f) y g) del Anexo VI del PCAP que se refieren al contrato de suministro.

Finalmente, señala que esa misma infracción concurriría si el contrato se califica como mixto, pues la solvencia exigible será únicamente la correspondiente a la prestación principal o de mayor valor económico.

Con base en tales consideraciones, FENIN solicita la anulación del citado anexo y con ella, la de la convocatoria y los pliegos.

Frente a tal alegato, no hay oposición expresa del órgano de contratación.

Procede, pues, examinar el motivo expuesto. Debe señalarse con carácter previo que FENIN denuncia la ilegalidad de determinados medios de acreditación de la solvencia técnica establecidos en el Anexo VI del PCAP y lo hace barajando varias opciones en función de que el contrato se califique como de servicios, suministro o mixto.

Cabe indicar que el proceder adecuado hubiese sido sostener la ilegalidad de dichos medios de acreditación sobre la base de la calificación jurídica realizada en el propio pliego; pues, mientras este surta efectos y no sea en su caso anulado por este Tribunal, no resulta adecuado invocar infracción alguna atendiendo a una calificación jurídica diferente.

En cualquier caso, debemos efectuar las siguientes consideraciones:

1. Habida cuenta de la calificación del contrato en el anuncio y en los pliegos como de servicios, no tienen acomodo en el artículo 90 de la LCSP los medios de acreditación de la solvencia técnica descritos en el anexo impugnado bajo las letras a, d, f y g, porque son medios establecidos legalmente para el contrato de suministro (artículo 89 de la LCSP).

2. A mayor abundamiento, sobre la base de que la calificación jurídica del contrato debe ser la de mixto de suministro y servicios conforme a lo argumentado en fundamentos de derecho anteriores y en caso de mantenerse las mismas prestaciones en unos eventuales pliegos futuros que sustituyan a los ahora examinados, el órgano de contratación deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 18 de la LCSP a la hora de regular los medios de acreditación de la solvencia que deben regir.

Con base en las consideraciones efectuadas, el anexo impugnado debe ser anulado al señalar, como medios de acreditación de la solvencia técnica, algunos que están previstos para otra modalidad contractual distinta a la indicada en los pliegos.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre la indebida exigencia de certificados de sistemas de gestión de la calidad y de gestión medioambiental (ISO).

FENIN impugna la exigencia establecida en el Anexo VI del PCAP sobre aportación de *«Certificación de los sistemas de gestión de la calidad y de gestión medioambiental (ISO) con alcance a los procesos de producción, gestión, distribución y/o administración de los elementos objeto del contrato»*.

Esgrime que se exige la aportación de dicha certificación de una forma muy imprecisa, sin concretar la norma ISO que se requiere; pues únicamente se indica que esa ISO deberá alcanzar a los procesos de producción, gestión, distribución y/o administración de los elementos objeto del contrato. Concluye, pues, que esta previsión del PCAP no es conforme a derecho como vienen señalando los órganos de resolución de recursos contractuales y transcribe parcialmente, al efecto, varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sobre esta cuestión no se ha encontrado oposición expresa en el informe al recurso; si bien, en cualquier caso, ha de darse la razón a la recurrente. El Anexo VI del PCAP establece, como acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental (artículos 93 y 94 de la LCSP), la aportación por los licitadores de certificación de los sistemas de gestión de la calidad y de gestión medioambiental (ISO)con alcance a los procesos de producción, gestión, distribución y/o administración de los elementos objeto del contrato.

Ahora bien, no se concretan ni precisan las normas ISO o equivalentes que deben acreditarse mediante los correspondientes certificados, no siendo posible exigir certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental si no se concretan en los pliegos las normas cuyo cumplimiento debe certificarse, ni las medidas de control de calidad y de gestión medioambiental que el empresario debe aplicar al ejecutar el contrato.

El motivo debe, pues, estimarse.

NOVENO. Fondo del asunto: sobre la ilegalidad de la facturación por sesión como régimen de determinación y pago del precio.

FENIN estructura este motivo en tres amplios apartados que cabe sintetizar del modo siguiente:

1. El precio del contrato se formula en «precio unitario por sesión de hemodiálisis» estableciéndose en el PPT (página 19) un precio unitario máximo de 43 euros, de modo que los licitadores deben ofertar un precio unitario por sesión en el que se entiende incluido, conforme indica el citado pliego en su página 20, *«el coste de todo el material accesorio, la cesión de equipamiento, y servicios accesorios, así como el suministro de materiales, servicios, equipo e instrumental, accesorio o auxiliar necesario para la utilización de los artículos.»*

Asimismo, la recurrente se centra en el apartado 25 del PPT sobre la facturación por sesión de hemodiálisis, cuyo tenor es *«El adjudicatario, con independencia de los materiales consumidos en el periodo, facturará mensualmente por el número de sesiones de hemodiálisis realizadas, y reportadas al efecto por el Servicio de Hemodiálisis de la APSP.*

El precio de facturación de las sesiones se calculará dividendo el importe de licitación del lote ofertado por el adjudicatario entre el número de sesiones inicialmente previsto (37.440 sesiones en 4 años) para el periodo objeto de contrato.

Se facturará mensualmente 1/12 parte de la anualidad, regularizándose trimestral/semestralmente en función de las sesiones realmente realizadas», para concluir que el precio se paga al contratista, no por cada elemento de material que entrega al hospital, sino por cada sesión de hemodiálisis que el hospital lleva a cabo con el material entregado pues únicamente se podrán facturar las sesiones que sean reportadas por el servicio de hemodiálisis de la Agencia Pública Sanitaria. Es decir, el precio que se paga al adjudicatario viene dado por el resultado de la actividad del hospital y no por el material que se suministra.

Manifiesta que la consecuencia de este sistema es evidente: si una vez entregados los productos se produce alguna incidencia por la que queden inutilizados, o si dichos productos fueran sustraídos, o si por impericia de los trabajadores del centro en su utilización se inutilizaran los productos de otro modo, o si por cualquier otra razón imaginable los productos y bienes entregados no fueran debidamente empleados en los equipos por el personal del centro para la realización de las sesiones de hemodiálisis, el contratista no percibirá precio alguno por razón de esos productos.

Es más, aun cuando ninguna de esas incidencias se produjera, la facturación de esos bienes -a pesar de haber sido efectiva y materialmente entregados y estando a plena disposición del hospital- queda supeditada a que los mismos sean utilizados y consumidos por el centro sanitario y a que, como fruto o resultado de esa utilización, se realicen sesiones de hemodiálisis que, además, solo se podrán cobrar si son computadas y validadas por el hospital.

FENIN señala que este sistema de pago del precio -vinculado a la actividad o resultado obtenido por los centros utilizando los bienes entregados- ya ha sido censurado por los órganos de resolución de recursos contractuales y por los órganos jurisdiccionales; y cita diversas resoluciones de aquellos y varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y una del Tribunal Supremo.

2. Se infringen los artículos 300 y 301 de la LCSP, así como el artículo 1256 Código civil.

La recurrente esgrime que, conforme a los artículos 300 y 301 de la LCSP, el contratista tiene derecho a que se le abone un precio por los bienes que entregue efectivamente y que la Administración reciba, y todo ello con independencia de la actividad o resultado que pueda obtener la Administración por la posterior utilización de tales bienes (sin perjuicio, claro está, de las penalidades que se puedan establecer para el caso de ejecución defectuosa del suministro).

Asimismo, sostiene que el momento de la entrega del producto tiene una especial trascendencia jurídica, pues con la entrega del bien se transmiten los riesgos y desde ese momento, el riesgo por su posible pérdida o deterioro pasa a la Administración, y ello aun cuando todavía no haya verificado la corrección del producto suministrado mediante su recepción formal, tal como prevé el artículo 300.3 de la LCSP *"Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra."*

Sin embargo, aduce la recurrente, que el sistema de facturación y pago previsto en los pliegos vulnera el sistema legal de transmisión de riesgos pues, al abonar solamente el precio por sesiones de hemodiálisis, las pérdidas de productos suministrados serán soportadas por el contratista. Así, manifiesta que *«es enormemente ilustrativo lo establecido en la página 24 del PPT sobre el denominado "sistema logístico": se indica que se implante (sic) el sistema "Vendor Managed Inventory", en función del cual es el contratista quien habrá de responsabilizarse de los inventarios, lo que supone que los bienes, ya materialmente entregados en el Almacén Central del Hospital, se ubicarán en lo que se denomina "espacio para el almacenamiento temporal" que se pone a disposición del contratista (que, por lo que se ve, habría de alquilarlo, pues el PPT le denomina arrendatario) y en el que se ubicarán los bienes hasta que sean consumidos por el Hospital, afirmándose que mientras los bienes se encuentren en ese "espacio para el almacenamiento temporal" se entenderá que seguirán siendo propiedad del contratista, que seguirá asumiendo cualquier riesgo sobre los mismos (razón por la que el PPT establece que el contratista deberá tenerlos asegurados a todos riesgo): ese sistema "Vendor Managed Inventory" y ese "espacio para el almacenamiento temporal" no es más que otra denominación o variante de los "almacenes de regulación intermedia" que la Agencia Pública Sanitaria Poniente ya intentó establecer y que ese TARCJA declaró ilegal en su Resolución 72/2020 (y que, bajo la denominación de "depósitos logísticos", ya había sido también declara ilegal por los Tribunales de Justicia y por los Tribunales administrativos de recursos contractuales) pues, de acuerdo con la norma imperativa del LCSP transcrita, desde que los bienes son materialmente entregados en el almacén central del Hospital la responsabilidad sobre los mismos pasa a la Administración»*.

Y concluye la recurrente este subapartado alegando también infracción del artículo 1256 del Código Civil al estimar que el cumplimiento de la obligación de la Administración de abonar el precio se encuentra supeditado a su propia voluntad (pues de ella depende utilizar diligentemente el material suministrado realizando el mayor número de sesiones de hemodiálisis o, por el contrario, hacerlo negligentemente, disminuyendo las sesiones de hemodiálisis abonables).

Para sustentar su alegato, reproduce el contenido de diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo.

3. Se infringe el artículo 198.4 de la LCSP cuyo tenores es el siguiente: *«La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.*
Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 y en el apartado 1 del artículo 243, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio.
En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono».

La recurrente esgrime que, conforme a los pliegos impugnados, el contratista no tendrá derecho a cobrar un precio cierto por cada uno de los productos que entrega materialmente en el Hospital y a hacerlo efectivo en un plazo máximo desde que los entregó. Solo tendrá derecho a cobrar en función de las sesiones de diálisis realizadas por el Hospital, con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la entrega de los productos al Hospital. Se trata, a juicio de la recurrente, de un sistema especialmente beneficioso para la Administración (y especialmente perjudicial para el contratista), en que ésta elude la exigencia del plazo de pago impuesto por el art. 198.4 LCSP y, con ella, la eventual exigencia de intereses de demora.

Frente al alegato expuesto, no se advierte oposición expresa en el informe al recurso, por lo que entrando ya en el examen de la controversia hemos de señalar que, pese a la amplitud del motivo expuesto, el núcleo del debate gira en torno a la legalidad o no del sistema de facturación por sesión de hemodiálisis señalado en el apartado 25 del PPT, conforme al cual el adjudicatario facturará mensualmente por el número de sesiones de hemodiálisis realizadas y reportadas (o validadas) por el hospital con independencia de los materiales consumidos, es decir, el contratista percibirá el precio por el número de sesiones realizadas y validadas y no por el número de bienes utilizados por el hospital para la realización de dichas sesiones.

Al respecto, hemos de partir de lo dispuesto en el **artículo 300 de la LCSP** (entrega y recepción) *«1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.*
(...)
3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.
4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será esta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos» y **artículo 301.1** (Pago del precio) *«El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los*

suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato».

Tales preceptos establecen el régimen legal de las obligaciones de las partes en el contrato de suministro, sin que dicho régimen pueda ser disponible para las partes con amparo en el principio de libertad de pactos (uno de cuyos límites es el respeto al ordenamiento jurídico -artículo 34.1 de la LCSP-)- y mucho menos pueda aquel ser incumplido por una de las partes en perjuicio de la otra. Partiendo de esta premisa, el contratista cumple entregando los bienes en el almacén general de la Agencia Pública en el plazo que se establezca en los pedidos (apartados R y S del cuadro resumen del PCAP) y la Administración abonando a aquel el precio de los bienes efectivamente entregados y formalmente recibidos.

Es decir, las obligaciones del adjudicatario finalizan con la entrega y recepción formal de los bienes suministrados, y a partir de aquí surge su derecho al pago de esos bienes, debiendo existir una correlación exacta entre lo que se entrega y lo que se paga, pues así lo ha establecido el legislador en el artículo 301 de la LCSP; de modo que vulnera el régimen legal del contrato cualquier estipulación de los pliegos que rompa dicha correlación favoreciendo que el precio a pagar no responda a los suministros efectivamente entregados. Y esto es lo que sucede en el supuesto enjuiciado donde el apartado 25 del PPT es claro y rotundo al indicar que el adjudicatario facturará por número de sesiones de hemodiálisis *"con independencia de los materiales consumidos"* para su obtención. En efecto, el pago del precio por sesión deja a expensas de una actividad de la Agencia pública contratante, posterior al suministro, el cumplimiento de la obligación de pago en los términos previstos en el citado artículo 301 de la LCSP

Como señala la recurrente, esta cuestión no es novedosa y existe doctrina de los órganos administrativos de recursos contractuales y de los órganos jurisdiccionales, al respecto. En tal sentido, resulta ilustrativa la Resolución 55/2014, de 27 de mayo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi que, a propósito de la impugnación de los pliegos de un contrato de suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría, señala:

> *«En primer lugar, el hecho de que el pago se supedite a la realización de las determinaciones, que es una actividad que no depende del adjudicatario, sino de la propia Administración, infringe el artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe que los efectos de un contrato puedan quedar al arbitrio de una de las partes. La Administración puede, por ejemplo, no realizar ni una sola determinación con las unidades de reactivos efectivamente entregados de conformidad, impidiendo que el contratista perciba remuneración alguna a pesar de que dichos reactivos ya han salido del patrimonio del contratista e ingresado en el de la Administración, produciendo un inaceptable enriquecimiento injusto, o puede malograr las pruebas clínicas sin obtener determinaciones por el uso negligente de los productos sin que eso le suponga consecuencias negativas, las cuales serían asumidas por la empresa, en contradicción con el principio que prohíbe la exoneración de responsabilidad en casos de culpa grave. En segundo lugar, se infringe el artículo 293 TRLCSP, que establece claramente el derecho del contratista a percibir el precio correspondiente a los bienes efectivamente entregados y recibidos, siendo indiferente que, posteriormente, la Administración haga o no uso de ellos; en este sentido, debe señalarse que la realización de las pruebas compete al poder adjudicador y no forma parte del objeto del contrato. Todo ello no es contradictorio con que dicho poder adjudicador pueda rechazar los bienes suministrados que no cumplan con los requisitos técnicos acordados, posibilidad consustancial a cualquier contrato y que requiere la comprobación de la deficiencia. Por el contrario, las estipulaciones impugnadas permiten a la Administración dejar de abonar el precio de bienes conformes con el contrato por razones ajenas al cumplimiento del mismo».*

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1858/2017, de 28 de noviembre, señala que *«En todo caso (...) el cumplimiento del contrato de suministro, no sólo no puede --como no puede ningún otro-- quedar al arbitrio de una de las partes sino que debe contar con un precio cierto a cambio de la entrega por el contratista a Osakidetza de los bienes, aquí reactivos y equipos, en que ese suministro consiste. No es, ni puede ser, relevante para el mismo la utilización o no utilización que de ellos haga la Administración»*.

En parecidos términos, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo -Sección primera), de 12 de febrero de 2014 (Recurso de apelación 111/2013) cuando señala lo siguiente:

> *«En cualquier caso y como se expone por parte de la recurrente en su oposición a la apelación, la cuestión controvertida que ahora se suscita ya (sic) sido objeto de consideración por esta misma Sección, en su sentencia de 29 de junio de 2004 recurso de apelación número 14/2004, que se acompaña a la demanda, que decide la cuestión en la misma forma que lo hace ahora la juez a quo. Así, en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, en el que se impugnaba el pliego de cláusulas administrativas particulares que habían de regir el concurso público del Hospital Universitario Virgen de la Victoria por procedimiento abierto para la contratación de suministro de reactivos y material de laboratorio para la realización de determinaciones analíticas, se concluía que es requisito necesario para la celebración de los contratos administrativos la fijación del precio (al igual que con arreglo a la normativa ahora aplicable, siguiendo el tenor del artículo 9.3.a) de la Ley de contratos del Sector Público), que debe ser siempre cierto. Al igual que en aquel supuesto, también ahora se contempla que el abono del suministro del material -en este caso, fungible necesario para realizar las sesiones de hemodiálisis- se realiza por sesiones, según las que se llevaren a cabo en el hospital con el material suministrado. Ello lleva a concluir en una indeterminación en el precio, quedando la definitiva fijación del mismo al arbitrio de una de las partes, la Administración contratante, sin correspondencia necesariamente efectiva con el material suministrado, de modo que no puede saberse o preverse racionalmente por resultar imposible saber el número de sesiones que va a efectuar el hospital, máxime cuando el contratista carece de cualquier control sobre dicha actividad y sobre la correcta utilización de los materiales suministrados (...)».*

Y la Sentencia núm. 111/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 de enero de 2012, al declarar que:

> *«El objeto del contrato es claramente el suministro de material necesario para la realización de determinaciones de gasometrías con destino al Hospital Universitario Virgen de las Nieves, precisando el punto 1.1.3 que el expediente de contratación se instrumenta conforme lo previsto en el art. 172.1 a) del RD Legislativo 2/00, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Y por ello, es de aplicación el art. 186 LCAP que precisa que el adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato; lo que, en el ámbito del presente recurso contencioso administrativo, determina que el precio que deba abonarse al adjudicatario debe ser el referente a todo el material suministrado, con independencia de si coincide o es mayor al de las determinaciones realizadas con su utilización, dado que el precio viene así fijado en la Ley para el contrato de suministro, que es el convocado por la Administración sanitaria demandada».*

A la vista de las consideraciones realizadas, el motivo debe ser estimado y en consecuencia, procede anular el sistema de facturación o pago del precio por sesiones de hemodiálisis en los términos recogidos en el apartado 25 del PPT.

DÉCIMO. Fondo del asunto: sobre la entrega de los productos a través del denominado *"espacio para el almacenamiento temporal".*

FENIN denuncia en este motivo el sistema logístico establecido en la página 24 del PPT, cuyo tenor es el siguiente:

«24. SISTEMA LOGÍSTICO

***Implantación de sistema VMI** (Vendor Managed Inventory): Sistema de gestión logística en el cual el Servicio de Hemodiálisis suministra información sobre consumos e inventarios al adjudicatario, responsabilizándose este de la administración de los inventarios, así como sobre la toma de decisiones sobre el suministro (cantidades de pedidos y fechas de suministro), asumiendo directamente y por sus propios medios, y sin que suponga ningún coste adicional para la APSP por ningún concepto, del suministro directo de los materiales requeridos al Servicio de Hemodiálisis.*

El adjudicatario deberá aportar los sistemas de control de inventarios e información de consumos que estime oportunos para el desarrollo del sistema VMI, sin coste adicional para la APSP por ningún concepto, e integrarlo, en su caso, con el ERP de la APSP.

Al efecto de simplificar la gestión logística del adjudicatario, el Área de Gestión Logística de la APSP pondrá a su disposición en su Almacén Central, ubicado en el Hospital de Poniente de un espacio para el almacenamiento temporal de los materiales fungibles que se precisen para las sesiones de hemodiálisis. Asimismo, pondrá a su disposición los medios de transporte internos (traspaletas) para el transporte de estos fungibles hasta el Servicio de Hemodiálisis. Todos los materiales serán propiedad exclusiva del arrendatario, que deberá tenerlos asegurados a todo riesgo.

La aceptación del sistema VMI no eximirá al licitador de hacer entrega al AGL de toda la documentación correspondiente a entregas de materiales, con carácter previo a su entrega, y consumos, en los hitos de control que se establezcan, y que obligatoriamente deberán, al menos, realizarse 1 vez al mes, y esta obligatoriamente coincidiendo con el último día laboral del mismo».

La recurrente sostiene que el PPT impone al contratista realizar la entrega aplicando el sistema "Vendor Managed Inventory" y a través del denominado "espacio para el almacenamiento temporal", que no es sino otra denominación y variante de los "almacenes de regulación temporal" que la misma Agencia Pública Sanitaria Hospital de Poniente ya intentó establecer con anterioridad y fueron declarados ilegales por Resolución 72/2020 de este Tribunal y que, previamente, bajo la denominación de "depósito" o "depósito logístico" ya había sido también declarado ilegal por los Tribunales de Justicia y algunos Tribunales administrativos de recursos contractuales.

Alega que de la previsión del PPT resulta lo siguiente:

1. Se impone al contratista efectuar la entrega mediante un "espacio para el almacenamiento temporal", que se ubica en el propio Almacén General del Hospital de Poniente ubicado en ese Hospital.

2. El contratista parece que habrá de pagar por el alquiler de ese "espacio para el almacenamiento temporal", pues el PPT califica al contratista de arrendatario.

3. Con la calificación de "espacio para el almacenamiento temporal" del contratista, el PPT considera que los bienes (a pesar de que se encuentran materialmente en las instalaciones del hospital -en el Almacén del Hospital- y a disposición del mismo, que puede utilizarlos para realizar las sesiones de hemodiálisis) siguen siendo propiedad del suministrador mientras se encuentren en el "espacio para el almacenamiento temporal" y hasta el momento en que son utilizados y consumidos por el Hospital para realizar las sesiones de hemodiálisis. De este modo, hasta dicho momento, el contratista seguirá asumiendo los riesgos por pérdida, deterioro o defectos de esos productos y, en su caso, las caducidades (tan es así que el PPT establece que el contratista ha de asegurarlos a todo riesgo); y a la finalización del contrato tendrá que retirar los productos que se encuentren en el "espacio para el almacenamiento temporal" y no hayan sido utilizados por el hospital, sin que pueda cobrar nada por ellos.

4. La empresa suministradora no podrá facturar el precio unitario del producto, a pesar de haber sido efectiva y materialmente entregado en el centro sanitario y únicamente podrá facturar por aquellos productos que hayan sido efectivamente utilizados por el Hospital; es más, solo podrá cobrar por las sesiones de hemodiálisis que el Hospital haya realizado con esos productos.

Por tanto, estima que los pliegos han establecido un mecanismo por el que la Administración se beneficia retrasando tanto el momento en que pasa a asumir el riesgo de los bienes suministrados como la fecha en que comienza el plazo de pago en favor del contratista. Se vulneran, pues, derechos del contratista establecidos en normas de derecho imperativo que no pueden alterarse por la Administración invocando una supuesta libertad de pactos.

Por parte del órgano de contratación no se realiza oposición expresa en el informe al recurso.

Pues bien, en el presente alegato el debate se suscita porque el apartado 24 del PPT diseña un sistema de gestión logística por el cual el contratista, pese a la entrega del producto en el almacén del hospital, sigue ostentando la propiedad del bienes suministrados (que deberán estar asegurados a todo riesgo) hasta el momento en que los mismos sean requeridos por el servicio de hemodiálisis. Con este sistema se pervierte el sistema de transmisión de riesgos en el contrato de suministro donde la entrega y recepción determina el momento en que se traslada el riesgo de una parte a otra (artículo 300 de la LCSP), así como el momento en que surge el derecho al cobro por parte del contratista (artículos 301 y 198.4 de la LCSP).

Esta cuestión no es nueva y ha sido ya abordada por los Órganos jurisdiccionales y por este Tribunal en su Resolución 72/2020, pues hemos de estar de acuerdo con la recurrente en que el sistema logístico del apartado 24 del PPT, pese a su cambio de denominación -Sistema VMI (Vendor Managed Inventory)-, no deja de ser el mismo que se ha utilizado en licitaciones anteriores bajo otras denominaciones como la de "almacenes de regulación intermedia" o, con alguna variante, la de "depósitos logísticos" o "depósitos asistenciales".

Así, en nuestra Resolución 72/2020 señalábamos:

> *«(…) la federación recurrente denuncia que la exigencia de entrega de los productos a través de los denominados en el pliego almacenes de regulación intermedia, equivale materialmente a la entrega en los depósitos logísticos, lo que a juicio de FENIN infringe los artículos 198.4, 300 y 301 de la LCSP.*

En este sentido, de las alegaciones del órgano de contratación en su informe al recurso se infiere que no es objeto de discusión el que la entrega de los suministros por parte de la entidad adjudicataria en los denominados "depósitos logísticos" vulnera determinados artículos de la LCSP, circunstancia que ha podido constatar este Tribunal, entre otras, en las sentencias esgrimidas por la federación recurrente. La controversia gira en torno a si la exigencia de entrega de los productos a través de los "almacenes de regulación intermedia" equivale o no a entregarlos en los "depósitos logísticos".

Pues bien, la diferencia radica como afirma el informe al recurso en el momento de la entrega de los materiales, siendo el resto de las actuaciones sustancialmente las mismas.

En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia, de 19 de marzo de 2015, apelación 512/2014, de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), relativa a los denominados depósitos logísticos. En el fundamento primero de la misma, se recoge la apelación de la Administración demandada en la que explicita la esencia del tipo de contrato al que se refieren dichos depósitos logísticos, en aquel caso un suministro de material de anestesia epidural, similar al que se examina. Dice así: «es un contrato de suministro sucesivo que por su naturaleza carece de presupuesto fijo, el cual, quedará establecido en función de las necesidades de la Administración, al igual que la cantidad de bienes a suministrar. De esta forma y al desconocerse las necesidades del producto, se requiere que el contratista disponga de una cantidad de bienes en stock que garantice la disponibilidad de los mismos en el momento en que sea requerido por la Administración. Disponibilidad que queda garantizada plenamente con el depósito de bienes a realizar en las propias dependencias de la Administración, lo que se consigue con la constitución de los depósitos logísticos. Ello no vulnera precepto legal alguno, según alega esta parte, ni derechos del contratista, pues el pliego de cláusulas administrativas particulares, prevé únicamente la constitución del depósito logístico como criterio de adjudicación, siendo ésta voluntaria. Ello no altera la propiedad de los bienes depositados o almacenados, que siguen siendo del licitador, si bien, en el supuesto de que éste lo haya ofertado, la Administración como depositario asume la obligación de custodia de los mismos y de mantenimiento de su correcto estado, a excepción en nuestro caso, de la obligación del contratista de actualizar los productos que superen la fecha de caducidad. De este modo, el régimen de los bienes resulta prácticamente el mismo que si permanecieran en el almacén de la empresa contratista».
(...)
Pues bien, en el supuesto examinado, el procedimiento es sustancialmente el mismo que en los depósitos logísticos con la diferencia, como se ha expuesto, del momento de la entrega de los materiales que en la presente licitación conforme a los pliegos lo es cuando son retirados por el personal de los centros hospitalarios, y en el de los depósitos logísticos cuando le son entregados para su custodia, pero en ambos casos, hasta la retirada del material por el personal del órgano de contratación no son recepcionados por la Administración naciendo entonces su obligación de su pago, debiendo asumir mientras tanto el contratista los riesgos de perdida, caducidad, deterioro o perjuicio de los bienes.

En este sentido, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que con los armarios automatizados la entrega de los materiales «se produce cuando se dispensa al personal de los centros hospitalarios desde el almacén (armario) propiedad del contratista», de cuyo tenor parece desprenderse que la dispensa se hace por parte del contratista al órgano de contratación, lo que sin duda supondría una atención personalizada por parte del contratista las 24 horas al día los 365 días del año, o bien disponer de un sistema que permite la entrega automatizada con todas las garantías

de recepción y conformidad, que este Tribunal desconoce que pueda existir, sin que en ningún caso se establezca dentro del presupuesto base de licitación una estimación del coste que ello pudiese representar.

En definitiva, aun cuando en el supuesto que se examina formalmente la entrega de los materiales al órgano de contratación se produce cuando el material es utilizado por el personal asistencial, materialmente el procedimiento no difiere del requerido para los depósitos logísticos, pues en ambos casos el contratista asume los riesgos de perdida, caducidad, deterioro o perjuicio de los bienes.

En este sentido, es preciso traer a colación determinadas afirmaciones que realiza la Administración sanitaria en la citada Sentencia del TSJA, que confirman la identidad sustantiva entre ambas formas de entrega. Así cuando manifiesta que «se requiere que el contratista disponga de una cantidad de bienes en stock que garantice la disponibilidad de los mismos en el momento en que sea requerido por la Administración. Disponibilidad que queda garantizada plenamente con el depósito de bienes a realizar en las propias dependencias de la Administración», o cuando señala que «Ello no altera la propiedad de los bienes depositados o almacenados, que siguen siendo del licitador», o, por ejemplo, cuando concluye que «el régimen de los bienes resulta prácticamente el mismo que si permanecieran en el almacén de la empresa contratista».

Todo ello evidencia que aun cuando en el sistema que se examina formalmente la entrega se difiere a un momento posterior al de los depósitos logísticos, sustantivamente el procedimiento es el mismo, dado que el contratista en ambos casos asume los riesgos de perdida, caducidad, deterioro o perjuicio de los bienes.

Circunstancia que como se ha expuesto vulnera determinadas normas de la LCSP. En concreto las contenidas en los artículos 198.4, 300.4 y 301.1; así en particular el citado artículo 300.4 (292.4 del TRLCSP) dispone que «Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos».

En este sentido, la citada Sentencia, de 19 de marzo de 2015, apelación 512/2014, de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA, en su fundamento de derecho tercero, dispone que «Así, en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, en el que se impugnaba el pliego de cláusulas administrativas particulares que habían de regir el concurso público del Hospital Universitario Virgen de la Victoria por procedimiento abierto para la contratación de suministro de reactivos y material de laboratorio para la realización de determinaciones analíticas, se concluía que es requisito necesario para la celebración de los contratos administrativos la fijación del precio (al igual que con arreglo a la normativa ahora aplicable, siguiendo el tenor del artículo 9.3.a) de la Ley de Contratos del Sector Público), que debe ser siempre cierto.
También ahora se admite que el depósito logístico puede diferir el pago al momento en que los bienes son consumidos, como se finalizaba el escrito de conclusiones presentado durante la instancia por la demandada. Ello lleva, por una parte, a concluir en una indeterminación en el precio, sin correspondencia necesariamente efectiva con el material suministrado. Y, por otra parte, a una infracción del artículo 292.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como señala el juez a quo, desde el momento en que existe una efectiva entrega material de los bienes a la Administración y aun así mantiene el contratista el riesgo de caducidad de los productos no utilizados».

Asimismo, la reciente Sentencia, de 2 de abril de 2019, apelación 690/2018, de la citada Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA, en su fundamento de derecho quinto, dispone que esta Sala, en Sentencia de 16 de junio de 2015, ha declarado la ilegalidad del suministro o entrega de los bienes en el denominado depósito asistencial (depósito logístico), señalando que «procede su anulación por infringir el artículo 292.4 del Texto refundido de la Ley Contratos del Sector Público que previene que, una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos. Se impone por la Administración un deposito de los suministros no previsto en la Ley de contratación, alterando el régimen legal de transmisión de riesgos propia de los contratos de suministros. Por otro lado, al diferirse el pago al momento en que los bienes son consumidos, lleva, por una parte, a concluir en una indeterminación en el precio, sin correspondencia necesariamente efectiva con el material suministrado, además de alterar los plazos de pago fijados en la ley, ya que no se inicia el plazo del pago desde la recepción de los suministros sino desde su consumo».

También, los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, se han pronunciado en los mismos términos, por todas, las Resoluciones 148/2012, de 15 de diciembre, 223/2015, de 23 de diciembre y 139/2018, de 9 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y 203/2016, de 11 de marzo y 586/2016, de 15 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales».

Con base en las consideraciones aquí realizadas y la doctrina expuesta, el motivo debe ser estimado debiendo anularse el apartado 24 del PPT relativo al sistema logístico.

UNDÉCIMO. Fondo del asunto: sobre la falta de vinculación con el objeto del contrato de las condiciones especiales de ejecución establecidas.

El Anexo XVIII del PCAP establece condiciones especiales de ejecución del contrato en los siguientes términos:

«(…) Será obligatorio establecer al menos una de las siguientes:

***. Social y/o ético**:*
- Acreditar mediante declaración responsable, acreditación de organismos públicos o entidades privadas, que la empresa cuenta con una plantilla con un porcentaje superior al 2% de trabajadores con discapacidad.
- Acreditar mediante declaración responsable, acreditación de organismos públicos o entidades privadas, que la empresa cuenta con una plantilla con un porcentaje superior al 2% de trabajadores con espaciales dificultades de inserción en el mercado laboral.
- Acreditar mediante declaración conforme de representantes de los trabajadores de la empresa, acreditación de organismos públicos o entidades privadas, la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo.
- Acreditar mediante declaración conforme de representantes de los trabajadores de la empresa, acreditación de organismos públicos o entidades privadas, que se promueve la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración.
- Acreditar mediante declaración conforme de representantes de los trabajadores de la empresa, acreditación de organismos públicos o entidades privadas, que se promueve la formación en el lugar de trabajo.

- Acreditar mediante declaración conforme de representantes de los trabajadores de la empresa, acreditación de organismos públicos o entidades privadas, que se promueve la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables.
- Acreditar mediante declaración conforme de representantes de los trabajadores de la empresa, acreditación de organismos públicos o entidades privadas, que se promueve la adopción de medidas para prevenir la siniestralidad laboral.
- Acreditar mediante certificado de organismos públicos o entidades privadas, que se promueve garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

. Innovación:
- Acreditar mediante declaración responsable que la empresa cuenta con centros de I+D+I a los que destina un porcentaje superior al 2% de su presupuesto de gastos.

. Medioambientales:
- Acreditar mediante declaración responsable de que la empresa tiene adoptadas medidas para la promoción de reciclado de productos y el uso de envases reutilizables.
- Acreditar mediante declaración responsable de que la empresa tiene implantados sistemas de gestión de sostenible del agua.
- Acreditar mediante declaración responsable de que la empresa tiene contratados suministros energéticos de orígenes verdes.

No procederá la adjudicación al licitador que no cumpla con al menos uno de los requisitos establecidos».

FENIN sostiene que lo primero que resulta sorprendente de esta previsión del pliego es la afirmación de que "no procederá la adjudicación al licitador que no cumpla con al menos uno de los requisitos establecidos", pues las condiciones, por definición, no son exigibles a los licitadores, sino únicamente al contratista. Asimismo, señala que dichas condiciones se refieren a las empresas y su actividad en general, sin circunscribirse a la ejecución del contrato.

Frente al alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso, esgrimiendo, en síntesis, que esas condiciones deberían ser, en sus aspectos sociales, éticos, de innovación y medioambientales, las mínimas que debería cumplir cualquier empresa que contratara con una Administración Pública u otros poderes adjudicadores.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, en su considerando 104, señala que «*El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas».* Asimismo, en su artículo 70 *"Condiciones de ejecución del contrato"* dispone que *«Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo».*

Y en sentido muy similar al de la Directiva, el artículo 202 de la LCSP establece que *«1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.*
(…)
2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.»

Pues bien, los preceptos citados de la Directiva 2014/24 y de la LCSP establecen como requisito de las condiciones especiales de ejecución del contrato su vinculación al objeto del contrato. Asimismo, el artículo 116.4 de la LCSP establece que en el expediente de contratación habrá de justificarse adecuadamente la elección de las condiciones especiales de ejecución; justificación que permitirá apreciar la vinculación al objeto de las condiciones establecidas.

En el supuesto analizado, nada motiva la memoria justificativa obrante en el expediente sobre la elección de las condiciones especiales de ejecución establecidas en el Anexo XVIII del PCAP, ni tampoco el informe al recurso dice nada al respecto. Así las cosas, este Tribunal, dada la generalidad de las condiciones establecidas, no puede apreciar el cumplimiento de la exigencia legal de vinculación al objeto, refiriéndose la mayoría de aquellas condiciones a características, circunstancias o aspectos de las empresas, sin proyección aparente sobre la prestación contratada.

La recurrente denuncia también que se exija al licitador y no al adjudicatario el cumplimiento de, al menos, una de las condiciones establecidas, puesto que el PCAP dispone que*"no procederá la adjudicación al licitador que no cumpla con al menos uno de los requisitos establecidos"*. Ciertamente, advertimos que la dicción literal del PCAP altera la naturaleza de la condición (que solo debe cumplir y exigirse al adjudicatario), para convertirla en requisito de solvencia exigible al licitador, pues es el momento de la licitación y no el de la adjudicación el que determina que la condición deba cumplirse.

Asiste, pues, razón a la recurrente con su denuncia, no pudiendo los pliegos exigir más que el compromiso de los licitadores de cumplir una de las condiciones establecidas en caso de resultar adjudicatarios, verificándose el citado cumplimiento una vez adjudicado el contrato y durante su ejecución.

Con base en las consideraciones realizadas, el motivo debe ser estimado y con él, la totalidad del recurso interpuesto. Por tanto, procede la anulación del contenido de los pliegos impugnado en el recurso y por ende, la del anuncio de licitación y de los citados pliegos, junto a los demás actos del expediente relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocase una nueva licitación.

Asimismo, habida cuenta que el recurso se ha estimado, no cabe acoger la pretensión del órgano de contratación de imposición de multa a la federación recurrente por concurrir mala fe en la interposición de aquel.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN)** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio integral de recursos materiales para la realización de sesiones de hemodiálisis en la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente", convocado por la citada Agencia pública (Expte. PA 010/21); y en consecuencia, anular los citados actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 28 de octubre de 2021.

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.

NOTIFÍQUESE 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.