

Recurso 358/2024
Resolución 418/2024
Sección Segunda

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

Sevilla, 27 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VANTIVE HEALTH S.L contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del acuerdo marco para la contratación del «Suministro del material específico de Nefrología (01.21) con disponibilidad de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento de los mismos con destino al Hospital Universitario Virgen del Rocío, centro sanitario adscrito a la Central Provincial de Compras Sanitaria de Sevilla (Expediente CONTR 2024 0000760170) convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de agosto de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del acuerdo marco para la contratación del suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo día. El valor estimado del acuerdo marco asciende a 3.194.867,22€.

Con fecha 2 de septiembre de 2024 se publica en el perfil de contratante una aclaración a los pliegos al amparo del artículo 138.3 de la LCSP.

Con fecha 18 de septiembre de 2024 a las 11:26: 55 horas se publica en el perfil de contratante una rectificación de los pliegos con motivo del dictado de la Resolución del órgano de contratación de fecha 17 de septiembre de 2024 por la que se modifica el contenido del pliego de prescripciones técnicas (PPT) y anexo al cuadro resumen “criterios de adjudicación” y se acuerda ampliar el plazo de presentación de ofertas hasta el 30 de septiembre de 2024, a las 15:00 horas.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 11 de septiembre de 2024, tuvo entrada en el registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VANTIVE HEALTH, S.L (en adelante, VANTIVE o la recurrente) contra los pliegos rectores de la contratación.

Mediante oficio de fecha 12 de septiembre de 2024, reiterado el día 17 de septiembre, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que tuvo entrada en esta sede con posterioridad, el 20 de septiembre de 2024, a excepción del listado de licitadores que ha tenido que ser reiterado y tuvo entrada finalmente el pasado 25 de septiembre de 2024.

Por Resolución MC 115/2024, de 18 de septiembre de 2024, notificada en el mismo día al órgano de contratación, se acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación y del plazo de presentación de ofertas que, a la fecha de adopción de tal medida, expiraba el 20 de septiembre de 2024.

No ha sido necesario el trámite de audiencia a los licitadores ante la inexistencia de ofertas presentadas según comunicación del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que según ella misma manifiesta, las irregularidades que denuncia inciden significativamente en las condiciones de participación en el mismo.

En este sentido, el primer párrafo del 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 el supuesto examinado, las circunstancias puestas de manifiesto determinan que los pliegos pueden restringir o dificultar sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones, por lo que procede reconocer legitimación activa a la recurrente.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos en un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la



condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

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

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. 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 analizado, los anuncios de licitación fueron publicados el 21 de agosto de 2024 en el perfil de contratante en la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía, día en el que también se puso a disposición de los licitadores el PCAP y el PPT rectores del procedimiento y el mismo día en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Con posterioridad, el 2 de septiembre de 2024 se publicó en el perfil de contratante un anuncio en el que se realizan aclaraciones sobre la puntuación total de los criterios de valoración objetivos automáticos (agrupación 1). El 11 de septiembre de 2024 la recurrente presentó escrito de impugnación, en el que hace referencia tanto al anuncio inicial de la licitación, así como a los pliegos y al anuncio aclaratorio.

En este sentido, teniendo en cuenta el plazo legal para la interposición del recurso contra los pliegos -que como anteriormente se ha indicado es de 15 días hábiles- aun cuando el objeto de la impugnación no estuviere relacionado con la aclaración publicada en el perfil de contratante el 2 de septiembre, el recurso está interpuesto en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal “(...) *estimar el recurso especial en materia de contratación conforme a los motivos expuestos, declarando contrario a Derecho los documentos contractuales que rigen la licitación, en los términos que han sido alegados en este escrito.*”

Los motivos de impugnación sobre los que fundamenta la pretensión que ejercita son los siguientes:

A) Incorrecta calificación del objeto del contrato. Vulneración de los artículos 18 y 122 de la LCSP.

La recurrente parte, en su exposición, de las previsiones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) respecto de las prestaciones objeto de la contratación (cláusula 1.1.3 y apartado 5.1 del Cuadro resumen, CR); así como lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) ya que, conforme se dispone en este último, el objeto del contrato lo integra el “*equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento de los mismos; la implantación de un Sistema de Información de Nefrología*



que permita la gestión informática completa de los procedimientos de hemodiálisis y hemodiafiltración instalación (o en su caso adecuación de la infraestructura actual) y el mantenimiento integral durante todo el periodo de la disposición de uso, sin repercusión de coste alguno por este concepto al Centro, de dos plantas de tratamiento de agua destinadas a las dos unidades de hemodiálisis objeto del pliego de prescripciones técnicas (ubicadas respectivamente en el Hospital General y en el Edificio de Laboratorios), para la obtención y provisión de agua ultrapura para la realización de las sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración en línea, de acuerdo a los estándares definidos en la Guía de gestión de calidad del líquido de diálisis de la Sociedad Española de Nefrología”; Equipos de bioimpedancia y ecografía”.

Indica que, a lo largo del PPT, se detalla el equipamiento a ceder por el adjudicatario de cada lote. Así, por ejemplo, señala que es imprescindible para la empresa que resulte adjudicataria de la Agrupación I (lotes 4 al 18) la cesión de 42 monitores de hemodiálisis, y que también se exige el mantenimiento integral de los mismos que es una prestación típica del contrato de servicios. Considera que la aglutinación de diversas prestaciones correspondientes a contratos de distinta tipología determina una contratación mixta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la LCSP, sin que exista justificación en el expediente que motive la aglutinación en un solo contrato de prestaciones diversas que no constituyen una unidad funcional. En su opinión, así lo dispone el artículo 18 de la LCSP, cuando establece que “*Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal*”, en cuyo caso la prestación principal se determinará “*en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros*”, determinación que, según denuncia, tampoco se aprecia en el conjunto de los documentos que conforman el expediente, en la medida que el órgano de contratación no ha determinado el valor que corresponde a cada una de las prestaciones que integran el contrato, ni ha justificado si existen otras consideraciones que determinan cuál sea la prestación principal.

Por tanto, considera que la ausencia de documentación en el expediente de contratación en la que figure la justificación acerca de la prestación principal supone la vulneración del artículo 122.2 de la LCSP y que la incorrecta calificación jurídica del contrato vulnera el artículo 18 de la LCSP en relación con los artículos 34.2 y 122.2 del mismo texto legal, lo que debe determinar la nulidad de la licitación.

B) Ausencia de desglose del presupuesto base de licitación. Infracción del artículo 100.2 de la LCSP.

Esgrime que en la determinación del presupuesto base de licitación no se han cuantificado los costes de las prestaciones adicionales que engloban el objeto contractual. Según sostiene, dichas prestaciones adicionales, que se encuentran recogidas en el PPT son las siguientes:

1. Sistema de Información de Nefrología que permita la gestión informática completa de los procedimientos de hemodiálisis y hemodiafiltración.
2. Instalación (o en su caso adecuación de la infraestructura actual) y el mantenimiento integral durante todo el periodo de la disposición de uso, sin repercusión de coste alguno por este concepto al centro, de dos plantas de tratamiento de agua destinadas a las dos unidades de hemodiálisis objeto del PPT(ubicadas respectivamente en el Hospital General y en el Edificio de Laboratorios), para la obtención y provisión de agua ultrapura para la realización de las sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración en línea, de acuerdo a los estándares definidos en la Guía de gestión de calidad del líquido de diálisis de la Sociedad Española de Nefrología.
3. Tres equipos portátiles de ósmosis inversa.
4. Equipos de bioimpedancia y ecografía: dos dispositivos de evaluación y monitorización de la composición corporal y fluidos mediante análisis de impedancia bioeléctrica; dos equipos de ecografía portátiles multipropósito.



Alega que, de entre las prestaciones indicadas, la instalación de dos plantas de agua exige la realización de una obra civil y un necesario proyecto técnico, no recogiendo el pliego nada sobre este aspecto, y tampoco lo cuantifica económicamente. En este sentido, invoca el Acuerdo 99/2019, de 26 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Manifiesta que, por las razones expuestas, es preciso realizar una estimación correcta del presupuesto de licitación, incluyendo el importe y/o coste de todas y cada una de las prestaciones técnicas exigidas en el PPT, no bastando con el mero desglose de costes para considerar cumplida la exigencia del artículo 100 de la LCSP, que ha de entenderse infringido, procediendo, por ello, la anulación de los pliegos.

C) Inexistencia de precio cierto. Vulneración del artículo 102 de la LCSP.

La recurrente denuncia que los pliegos infringen el artículo 102 de la LCSP porque el órgano de contratación ha optado para determinar el precio unitario el aplicativo de "SIGLO" -que recoge los precios unitarios que se describen en la tabla que inserta en el recurso- pero no se incluyen en la determinación del precio unitario todas las prestaciones relacionadas con el objeto del contrato.

En ese sentido, alega que, al tratarse de un contrato de suministro de tracto sucesivo del artículo 163 a) de la LCSP -en los que la cuantía total esté definida al tiempo de celebrar el contrato porque las necesidades pueden variar a lo largo de la vida del contrato-, el coste de los bienes variará para el adjudicatario en función del total entregado al finalizar el contrato, ya que deberá repercutir el coste de todas estas prestaciones adicionales no incluidas en el precio unitario en el importe que cobre por cada uno de ellos, con vulneración del principio de precio cierto.

Invoca la Resolución 72/2020, de 3 de marzo, de este Tribunal en la que se analizaba un expediente en el que se preveía la cesión de bienes sin coste adicional asociado a un contrato de suministros de los previstos en el artículo 16.3.a) de la LCSP. Asimismo, trae a colación la Resolución 33/2015, de 25 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Sostiene que, de la lectura del PPT y anexo II se desprende que existen discrepancias entre ambos, ya que en el PPT se solicita que tanto los filtros de endotoxinas como los productos de desinfección y desincrustación estén incluidos en el mantenimiento que corre a cargo de la empresa adjudicataria, y sin embargo, en el aplicativo "SIGLO", existen referencias que el hospital Virgen del Rocío compra para estos fines y que, por tanto, son productos que este compra con un coste y un precio asociado.

Concluye que es palmario que en la determinación del precio no se ha tenido en consideración todas las prestaciones que se incorporan al objeto del contrato, dejando por tanto indeterminado el importe que el adjudicatario recibirá al finalizar el contrato, conculcando lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSP, lo que implica la nulidad de la licitación.

Expone finalmente, que, para la correcta planificación del presente expediente de contratación, hubiese sido más acertado que se hubiesen realizado consultas al mercado en los términos previstos en el artículo 115 de la LCSP a fin de que el órgano de contratación hubiese podido realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que están activos en el mercado con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento.

D) Vulneración del principio de onerosidad en los contratos públicos.



Alega que, en la presente licitación, y de conformidad con lo expuesto, se produce una vulneración flagrante del principio de onerosidad en los contratos públicos, recordando, al respecto que el concepto de contrato público contenido en las sucesivas directivas de armonización de la contratación pública se ha incluido la noción de onerosidad desde siempre.

Esgrime, en definitiva, que imponer a un licitador que asuma económicamente prestaciones objeto del contrato, que no han sido previamente cifradas por el órgano de contratación, es contrario al citado principio, resaltando, además, que estas prestaciones gratuitas son características técnicas mínimas de cumplimiento conforme al PPT, por lo que, en caso de no realizarlas, se incumpliría el citado pliego. Cuestión distinta sería, en su opinión, que dichas prestaciones gratuitas formasen parte de los criterios de adjudicación que rigen la contratación del expediente. En este sentido invoca la Resolución 523/2023 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano al recurso solicita la desestimación de este con fundamento en las siguientes alegaciones, que pasamos a exponer a continuación:

A) Sobre la incorrecta calificación jurídica del contrato, e infracción de los artículos 18 y 122 de la LCSP.

El órgano de contratación defiende la configuración del objeto contractual definido en los pliegos indicando que la prestación del objeto del contrato es proporcionar el material necesario para la realización de los procedimientos de hemodiálisis y sus variantes en el Hospital Universitario Virgen del Rocío, que, según explica, es un procedimiento complejo que detalla de manera pormenorizada en el informe.

No obstante, también señala que ha advertido, “*con posterioridad a la publicación en el perfil de contratante, y antes de recibir el anuncio de interposición del recurso*”, (sic) que, dentro de las prestaciones adicionales recogidas en la cláusula 2 del PPT, no debe figurar la adecuación de la infraestructura para la instalación de dos plantas de tratamiento de aguas destinadas a las dos unidades de hemodiálisis, al entender que excederían de un contrato de suministro y por tanto, se ha publicado una rectificación de errores el día 18 de septiembre de 2024.

Insiste en que la justificación de este tipo de contrato y del objeto principal del mismo se encuentra recogido debidamente en los documentos contractuales, y en concreto, en la memoria justificativa y económica de fecha 7 de junio de 2024 que transcribe de manera parcial.

Finalmente, concluye que los elementos que integran la prestación del suministro están conectados para la consecución de una finalidad común que se justifica en los documentos contractuales y que forma parte, además, del ámbito de discrecionalidad en la configuración del objeto del que goza el órgano de contratación, invocando la doctrina consolidada de este Tribunal y del resto de órganos de resolución de recursos contractuales respecto del ámbito de libertad y discrecionalidad del órgano de contratación en la configuración del objeto del contrato.

B) Sobre la ausencia de desglose de presupuesto base de licitación y consiguiente vulneración del artículo 100.2 de la LCSP.

El órgano de contratación se opone, en primer lugar, alegando que, al tratarse de un acuerdo marco, le es de aplicación el apartado tercero del artículo 100 de la LCSP que establece que, con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición, no será necesario que se apruebe un presupuesto base de licitación.



Asimismo, se remite al Anexo II al cuadro resumen apartado 9.2.3 “Resumen de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para la determinación del precio unitario” defendiendo que en dicho documento se resumen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, cuantificándose en el mismo los costes de las prestaciones adicionales. Inserta una tabla que, según indica, forma parte del expediente y a través de la cual se puede comprobar que, en el precio unitario máximo, está englobado el coste de la cesión del equipo que es necesario para fijar el precio unitario final del contrato.

Respecto de las prestaciones adicionales señaladas por el recurrente, afirma que todas ellas están desglosadas en el coste del precio unitario del contrato, y previstas dentro de cada uno de los precios unitarios de aquellos lotes que precisan el suministro de reactivos, material fungible y disponibilidad del equipamiento, así como su mantenimiento. Invoca, al respecto, la Resolución 155/2023 de este Tribunal para sostener la admisibilidad de desglosar las prestaciones adicionales necesarias para la prestación principal a través de un porcentaje del precio unitario.

C) Inexistencia de precio cierto. Vulneración del artículo 102 de la LCSP.

Defiende la corrección del precio establecido de acuerdo con el mandato del artículo 102.3 LCSP indicando que se ha establecido en función de los últimos precios de compra de anteriores contratos a través de la base de datos “S/GLO” que refleja no solo la realidad del mercado en Andalucía y los operadores económicos, sino la realidad del mercado nacional en este sector.

Indica que, para la determinación del precio unitario se ha atendido al análisis de los últimos precios de compra de los bienes a adquirir, de conformidad con la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS. En concreto, menciona que se han incluido los costes directos de fabricación/ producción del suministro (materia prima, diseño, transporte y mano de obra) la disponibilidad de los equipos y su mantenimiento; en los costes indirectos (gastos generales, costes de administración) así como el beneficio industrial, obtenidos del correspondiente estudio de mercado de las ofertas existentes en las diferentes Centrales de Compras del SAS. Asimismo, señala que, dado que el contrato, conlleva la disponibilidad del uso del equipamiento necesario para la utilización del material suministrado, el coste de dicha disponibilidad se encuentra incluido en el coste del material específico, comprobándose que la amortización de los equipos se establece en un 4%, y el mantenimiento de los mismos, incluidos en otros gastos de explotación, en un 5%, todo lo cual se desglosa en el cuadro que adjunta de las agrupaciones de lotes que es donde se solicita la disponibilidad de equipos.

D) Vulneración del principio de onerosidad de los contratos públicos.

Sostiene que con fundamento en las alegaciones efectuadas todas las prestaciones adicionales han sido cuantificadas económicamente por lo que se cumple y respeta el principio de onerosidad de los contratos públicos.

Con relación a la cuestión relativa a la conveniencia de haber acudido para la correcta planificación del presente expediente de contratación, a las consultas preliminares al mercado reguladas en el artículo 115 de la LCSP, el órgano de contratación no alega nada con fundamento en el carácter no obligatorio de dichas consultas.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida sobre la base de los diferentes motivos de impugnación que se formulan y que pasamos a analizar a continuación.



Primer motivo. – Sobre la incorrecta calificación jurídica del contrato y la infracción de los artículos 18 y 122 de la LCSP.

Con carácter previo a entrar en el análisis de la cuestión controvertida, conviene destacar las siguientes actuaciones realizadas por el órgano de contratación que se desprenden de la documentación obrante en el expediente administrativo, (en adelante, EA) así como del contenido del informe remitido por el órgano en cumplimiento del artículo 56.2 de la LCSP.

1º Como se ha indicado en los antecedentes, con fecha 11 de septiembre de 2024 la recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal contra los pliegos y demás documentación contractual de la licitación cuya convocatoria se publicó en el perfil de contratante el 21 de agosto de 2024. El 12 de septiembre de 2024 este Tribunal remitió el recurso al órgano de contratación solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que no fue remitida por aquel hasta el 20 de septiembre de 2024.

2º Consta en el EA que con fecha 17 de septiembre de 2024 se dicta Resolución del órgano de contratación en la que se indica que, con posterioridad a la publicación en el perfil de contratante de la licitación, se advierten errores administrativos en la redacción del PPT y en el anexo de criterios de adjudicación cuya rectificación se justifica al amparo del artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En la citada Resolución se acuerda además la ampliación del plazo de presentación de ofertas hasta el 30 de septiembre de 2024, publicándose en el perfil de contratante el 18 de septiembre de 2024 a las 11:26:55 horas.

3º Ese mismo día, 18 de septiembre de 2024, ante la ausencia de alegaciones a la medida cautelar por parte del órgano de contratación y la falta de remisión del EA en el plazo que marca la LCSP, este Tribunal acuerda proseguir la tramitación y adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación y del plazo concedido para la presentación de ofertas. Dicha Resolución MC 115/2024 fue notificada al órgano de contratación en el mismo día, constando justificante de la aceptación de fecha 18 de septiembre a las 13:33 horas. No obstante, lo anterior, el órgano de contratación no procede a publicar la Resolución de este Tribunal acordando la suspensión en el perfil de contratante hasta el 24 de septiembre de 2024, a las 12:17:05 horas.

4º Con fecha 23 de septiembre de 2024, el Tribunal solicita del órgano de contratación la documentación acreditativa de la ejecución de la Resolución MC 115/2024, así como el listado de licitadores a fin de poder cumplimentar el trámite de alegaciones.

5º Con fecha 25 de septiembre de 2024 el órgano de contratación atiende la petición efectuada por este Tribunal remitiendo el anuncio de publicación en el perfil de contratante de la referida Resolución, que acompaña de una impresión de pantalla en la que se indica que no aparece ninguna empresa en el portal de licitación “SIREC”.

Pues bien, expuesto lo anterior, y sin perjuicio de lo que se analizará a lo largo del presente fundamento, procede entrar a abordar la primera cuestión controvertida.

El objeto del contrato se denomina en los pliegos y en el anuncio de licitación “Suministro de material específico de Nefrología (01.21) con disponibilidad de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento de los mismos con destino al Hospital Universitario Virgen del Rocío, centro sanitario adscrito a la Central Provincial de Compras Sanitaria de Sevilla”



Asimismo, el apartado 1.1 del PPT establece lo siguiente:

“El objeto del presente Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT, en adelante) es el **Suministro del material específico de nefrología (01.21) con disponibilidad de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento de los mismos con destino al Hospital Universitario Virgen del Rocío, centro sanitario de la central provincial de compras de Sevilla**, según se detallan en el **Anexo I** de este Pliego, de conformidad con la Clasificación Universal del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, Genérico de Centro, en su caso, denominación, atributos y medidas que se especifican en dicho Anexo.(...)”

Por su parte, el apartado 2.1 del PPT prevé, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente:

“2.1 Disponibilidad de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y mantenimiento de los mismos.

El presente expediente conlleva la disponibilidad de uso del equipamiento necesario para la utilización del material suministrado, haciendo constar expresamente que el coste de dicha disponibilidad de uso así como el mantenimiento integral del mismo, se encuentra repercutido en el coste del material específico que es objeto del presente contrato.

La oferta deberá contemplar la disponibilidad de uso de los equipos a los que van asociados los productos afectados y que son necesarios para su uso, según se detalla a continuación:

2.1.1 Equipamientos para la utilización de los artículos contenidos en La Agrupación I : Hemodiálisis Convencional de Bajo y Alto Flujo, de Alta eficacia y Hemodiafiltración en línea, Unidad hospitalaria y Unidad del Edificio de Laboratorio del Hospital Universitario Virgen del Rocío:

La empresa que resulte adjudicataria de **la Agrupación I, lotes 4 al 18**, deberán poner en disponibilidad de uso: **42 Monitores de hemodiálisis** necesarios para desarrollar las terapias de hemodiálisis; distribuidos en el siguiente centro sanitario vinculado en el contrato:

CENTRO SANITARIO	MONITORES DE HEMODIALISIS
H U VIRGEN DEL ROCIO	42

(...)

Se entenderán incluidos en el mantenimiento integral el reemplazo periódico de los filtros de endotoxinas o cualquier otro dispositivo fungible imprescindible para el correcto funcionamiento del monitor, así como la provisión de los productos de desinfección y desincrustación que se requieran para su uso habitual.

La empresa adjudicataria dispondrá de un servicio técnico de su estructura, con presencia física diaria en el centro todos los días del año en que se presten servicios (servicio técnico personalizado). Para incidencias urgentes, estará localizado mediante teléfono móvil, cuyo número se incluirá en la oferta, y se comprometerá por escrito a atender las mismas en un plazo máximo de 24 horas.

La empresa adjudicataria se compromete a la renovación tecnológica de los equipos a lo largo de todo el tiempo que dure el contrato reemplazando los monitores por aquellos modelos que ofrezcan novedades tecnológicas o complementos significativos respecto de la gama instalada.

Como complemento de la oferta realizada, con carácter obligatorio, por parte del licitador y sin coste adicional al Centro, deberá ofertarse la implantación de un Sistema de Información de Nefrología que permita la gestión informática completa de los procedimientos de hemodiálisis y hemodiafiltración en línea incluyendo su integración con las herramientas corporativas, adaptación a los dispositivos asistenciales del centro, mantenimiento integral, formación y soporte a los usuarios y actualización del software ofertado de acuerdo con el Anexo de cláusulas TIC.



Durante la vigencia del contrato, el adjudicatario que implante el Sistema de Información deberá realizar el mantenimiento del software y hardware ofertado, así como el suministro de las actualizaciones del software, sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud.

Como complemento de la oferta realizada y con carácter obligatorio, por parte del licitador, deberá ofertarse la instalación (o en su caso adecuación de la infraestructura actual) y el mantenimiento integral durante todo el periodo de la disposición de uso, sin repercusión de coste alguno por este concepto al Centro, de dos plantas de tratamiento de agua destinadas a las dos unidades de hemodiálisis objeto del pliego de prescripciones técnicas (ubicadas respectivamente en el Hospital General y en el Edificio de Laboratorios), para la obtención y provisión de **agua ultrapura** para la realización de las sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración en línea, de acuerdo a los estándares definidos en la Guía de gestión de calidad del líquido de diálisis de la Sociedad Española de Nefrología (<http://dx.doi.org/10.1016/j.nefro.2016.01.003>) de 2015 y su actualización parcial de 2021(https://www.senefro.org/contents/webstructure/Actual_GuiaCalidadLiquido HD.pdf) y a la Norma UNE-EN ISO 23500:2019 o sus actualizaciones vigentes en cada momento.

Cada una de estas plantas deberá disponer lo siguiente:

1. Un **sistema completo de pretratamiento de agua bruta** que incluya conjunto de prefiltración, descalcificadores, filtros de carbón activo independientes, grupo de microfiltración previo a la ósmosis de al menos 1µm y equipos de bombeo, con duplicidad de todos los elementos para garantizar el funcionamiento de la instalación en caso de avería de cualquiera de ellos, con mecanismos de regeneración/lavado programables automáticos para cada uno de los componentes, reguladores de presión y caudal para asegurar su estabilidad y con los conjuntos de válvulas, manómetros, puntos de toma de muestras y cuantos dispositivos adicionales se precisen para el funcionamiento óptimo de la instalación.
2. Un **equipo de ósmosis inversa de doble etapa** certificado como Dispositivo Sanitario, con etapas independizables para su funcionamiento individual en caso necesario, que garanticen un caudal de agua ultrapura adecuado a las necesidades de las Unidades que se licitan que será de al menos 50 L/hora por cada puesto de hemodiálisis activo: 24 puestos en la Unidad del Hospital General y 10 puestos en la Unidad del Edificio de Laboratorios.
3. Un **anillo de distribución de agua ultrapura** hasta la totalidad de los puestos de hemodiálisis de cada Unidad respectiva, incluyendo adicionalmente en ambas unidades dos puestos en cada taller de monitores y en el caso de la Unidad del Hospital General, además de los puestos de las tres salas de hemodiálisis, los dos puestos de la unidad de trasplante renal y tres tomas para la conexión de las ósmosis portátiles mientras se encuentren en periodo de reposo, lavado o desinfección. El anillo estará libre de espacios muertos con su recorrido optimizado y protegido, realizado con tuberías de alta calidad elaboradas con material inerte de elevada resistencia mecánica, química y térmica, libres de corrosión, con riesgo reducido de contaminación y de fácil limpieza y desinfección, dotado de paneles técnicos en cada puesto de hemodiálisis para las conexiones individuales de agua ultrapura y de concentrado centralizado a los monitores de hemodiálisis y con los anillos adicionales de distribución parcial y de retorno que se precisen de acuerdo al diseño del circuito para su funcionamiento óptimo.
4. Una **central de distribución de concentrado ácido** que permita el almacenamiento y distribución centralizada a la totalidad de los puestos de la unidad de hemodiálisis correspondiente de al menos dos opciones de composición del mismo, incluyendo los tanques correspondientes, los anillos de distribución y las tomas o conexiones individuales para cada monitor insertables en los paneles técnicos respectivos de cada Unidad.

Adicionalmente, con carácter igualmente obligatorio por parte del licitador y sin repercusión de coste alguno por este concepto al Centro, deberá ofertarse la disponibilidad de uso de **tres equipos portátiles de ósmosis inversa**, capaces de producir **agua purificada para hemodiálisis** de acuerdo a los estándares de la Guía de gestión de calidad del líquido de diálisis de la Sociedad Española de Nefrología de 2015 y su actualización parcial de 2021 y de la Norma UNE-EN ISO 23500:2019 y sus actualizaciones vigentes, incluyendo el mantenimiento integral de los equipos durante todo el periodo de la disposición de uso. Serán de diseño compacto con grupo de pretratamiento, descalcificación y



micro/ultrafiltros incluidos proporcionando un caudal mínimo de 50 L/hora. Deberán estar dotados de sistemas de alarmas y seguridad para impedir el suministro al paciente en caso de alarma o fallo, panel de control con lectura de calidad del agua y alarmas y disponer de programas de lavado y desinfección automatizados o programables. Contarán con ruedas o sistema de transporte con mecanismo de anclaje y puerto de toma de muestras. Se entenderán incluidos en el mantenimiento integral las actuaciones preventivas o reactivas ante cualquier incidencia y la realización de los controles periódicos de calidad físicos, químicos y microbiológicos necesarios para garantizar la pureza y calidad del agua purificada para hemodiálisis de acuerdo a los estándares de la Guía de gestión de calidad del líquido de diálisis de la Sociedad Española de Nefrología de 2015 y su actualización parcial de 2021 y de la Norma UNE-EN ISO 23500:2019 y sus actualizaciones vigentes, debiendo quedar registrados en un formato accesible por medios electrónicos por los responsables del Servicio de Nefrología y comunicarse de forma directa a los mismos en caso de superarse los límites recomendados de cualquier componente o contaminante.

Como complemento de la oferta realizada, con carácter obligatorio y sin coste adicional para el centro, el licitador deberá ofertar:

Equipos de bioimpedancia y ecografía. Características técnicas y adicionales del material complementario

1. La disponibilidad de uso de **dos dispositivos de evaluación y monitorización de la composición corporal y fluidos mediante análisis de impedancia bioeléctrica**, que permitan determinar el agua corporal total, la masa magra y otros parámetros de utilidad en los pacientes en hemodiálisis. Deberán incluir los sistemas de electrodos necesarios para su uso, carro de transporte y bandeja o cajón de depósito de accesorios, así como permitir el almacenamiento e impresión de los datos.

2. **Dos equipos de ecografía portátiles multipropósito** para estudio del acceso vascular, examen abdominal, cardíaco, pulmonar y venoso y preparados para trabajar en ambientes críticos, de fácil transporte y durabilidad, con modos de imagen 2D, M, Doppler color velocidad, pulsado, pulsado simultáneo, tisular y continuo, con pantalla de alta resolución de como mínimo 12” y transductor convex para exploración abdominal, lineal para examen venoso y del acceso vascular y sectorial para examen cardíaco y pulmonar. Deberá incluir carro de transporte ajustable con alojamiento o soporte para los transductores y bandeja, soporte o cajón para depositar el gel, papel y otros accesorios y alojar las agujas, así como los kits de esterilidad para las sondas. La garantía de estos equipos se extenderá al menos al periodo de duración del contrato de suministro.

Para la totalidad de los equipos e instalaciones cedidas en disponibilidad se deberá especificar en la oferta técnica el tipo de equipo y material ofertado no fungible, con indicación de la referencia, marca, modelo, identidad del fabricante, y el plazo de puesta en funcionamiento de los equipos/instalaciones en cesión.

La disponibilidad de los equipos y los sistemas de información supondrá que el contratista realizará a su cargo el mantenimiento integral de los mismos durante todo el periodo de la disposición de uso, sin repercusión de coste alguno por este concepto al Centro, dado que este coste ya se ha tenido en cuenta en el precio de licitación, de modo que los mismos se encuentren en perfecto estado de uso. Asimismo el contratista también realizará a su cargo la implantación, integración y puesta en marcha de los equipos y sistemas de información ofertados, también tenidos en cuenta en el precio de licitación (...).”

Como hemos indicado al principio, con posterioridad a la interposición del recurso especial (aun cuando el informe del órgano al recurso indique lo contrario) se ha publicado una Resolución de rectificación de errores que alcanza, por lo que aquí nos concierne, al apartado 2 del PPT y que indica lo siguiente:

“2. Donde dice: Como complemento de la oferta realizada y con carácter obligatorio, por parte de licitador, deberá ofertarse la instalación (o en su caso adecuación de la infraestructura actual) y el mantenimiento integral durante todo el periodo de la disposición de uso, (pág.6) sin repercusión de coste alguno por este concepto al Cen-



tro, de dos plantas de tratamiento de agua destinadas a las dos unidades de hemodiálisis objeto del pliego de prescripciones técnicas (ubicadas respectivamente en el Hospital General y en el Edificio de Laboratorios), para la obtención y provisión de agua ultrapura para la realización de las sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración en línea, de acuerdo a los estándares definidos en la Guía de gestión de calidad del líquido de diálisis de la Sociedad Española de Nefrología.

Debe decir: Como complemento de la oferta realizada y con carácter obligatorio, por parte del licitador, deberá ofertarse la instalación y el mantenimiento integral durante todo el periodo de la disposición de uso (pág.6), sin repercusión de coste alguno por este concepto al Centro, de dos plantas de tratamiento de agua destinadas a las dos unidades de hemodiálisis objeto del pliego de prescripciones técnicas (ubicadas respectivamente en el Hospital General y en el Edificio de Laboratorios), para la obtención y provisión de agua ultrapura para la realización de las sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración en línea, de acuerdo a los estándares definidos en la Guía de gestión de calidad del líquido de diálisis de la Sociedad Española de Nefrología”.

Pues bien, el artículo 16 apartados 1, y 3 de la LCSP dispone que «1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. (...)

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, encualquieradesusmodalidadesdepuestaadisposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada»

Por su parte, el artículo 298 LCSP establece que «En el contrato de arrendamiento, el arrendador o empresario asumirá durante el plazo de vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del objeto del mismo. Las cantidades que, en su caso, deba satisfacer la Administración en concepto de canon de mantenimiento se fijarán separadamente de las constitutivas del precio del arriendo».

Pues bien, expuesto lo anterior estamos en condiciones de resolver la presente controversia.

El informe del órgano al recurso, tras describir la necesidad administrativa a satisfacer y la complejidad técnica del procedimiento de hemodiálisis, centra el argumento principal de oposición en afirmar que tanto la prestación principal como las prestaciones adicionales se encuentran comprendidas dentro del artículo 16 de la LCSP. Por tanto, reconoce y asume la inclusión de una serie de prestaciones adicionales si bien esgrime que la justificación del objeto contractual figura en la memoria justificativa y económica defendiendo que los elementos que integran la prestación del suministro están conectados para la consecución de un fin común, dentro del ámbito de discrecionalidad técnica en la configuración del objeto contractual del que goza el órgano de contratación.



Según se extrae de los pliegos reguladores de la presente contratación, el objeto se define como un contrato de suministro del material específico de nefrología y la disponibilidad de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento de los mismos con destino al Hospital Universitario Virgen del Rocío. Comprende, por tanto, en principio (i) la entrega del material necesario para la realización de hemodiálisis, y (ii) lo que se denomina “disponibilidad de uso” que en puridad (y pese a que ni esté definida así ni cuantificada económicamente como más adelante analizaremos) entraña la cesión de uso de determinado equipamiento -que no deja de ser una entrega de bienes al hospital sin transferencia de su propiedad- y cuyo coste, dada la onerosidad de los contratos públicos, debería formar parte del precio ofertado (cuestión que será analizada con posterioridad) y encajaría 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).

A priori, no asiste plenamente la razón a la recurrente cuando afirma que el mantenimiento integral del equipamiento a ceder por el adjudicatario de cada lote (por ejemplo, de la agrupación I, lotes 4 al 18, serían 42 monitores de hemodiálisis) entraña una prestación típica del contrato de servicios ya que, como antes hemos indicado, la cesión de uso del equipamiento se incardinaría en la figura del arrendamiento como modalidad de suministro y englobaría el mantenimiento de los bienes. Cuestión distinta es la indeterminación en el alcance de las obligaciones en la presente licitación, de acuerdo con la configuración dada en los pliegos al objeto contractual, que sí advierte este Tribunal en la medida que el objeto contractual no describe el arrendamiento y mantenimiento de los bienes y equipos que se detallan en el PPT como necesarios para la realización del procedimiento de hemodiálisis, sino que alude, de manera vaga y genérica, a la “disponibilidad de uso” (que no se corresponde con ninguna figura contractual típica) y además el clausulado del PPT, como a continuación analizaremos, detalla una serie de prestaciones adicionales definidas como “*complemento de la oferta realizada*” y que se exigen con carácter obligatorio al licitador que podrían determinar la configuración de una contratación mixta en el sentido que plantea la recurrente.

Así, por ejemplo, el apartado 1.3 del PPT exige la implantación de un sistema de información de nefrología que permita la gestión informática completa de los procedimientos de hemodiálisis y hemodiafiltración, incluyendo su integración con las herramientas corporativas, adaptación a los dispositivos asistenciales del centro, mantenimiento integral, formación y soporte a los usuarios y actualización del software ofertado de acuerdo con el Anexo de cláusulas TIC. Asimismo, prevé el mantenimiento del software y hardware ofertado, así como el suministro de las actualizaciones del software, sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud.

Dicha prestación no figura ni cuantificada económicamente ni descrita en términos que permitan calificarla como contrato de suministro de adquisición de programas de ordenador (que se considerarían como contratos de suministro) del artículo 16 b) o como adquisición de programas de ordenador a medida, en cuyo caso y conforme a lo dispuesto en el artículo 16 b) *in fine* habrían de considerarse como contratos de servicios.

Al respecto, conviene traer a colación el informe 58/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) conforme al cual, la regla general implica que los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro, con una excepción: que se trate de programas de ordenador confeccionados a medida, en cuyo caso constituyen contratos de servicios, sujetos ambos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y a los que serían de aplicación las previsiones señaladas del artículo 308. Dicho razonamiento es, además, aplicable a cualquier tipo de servicio o puesta a disposición de software informático, incluido, como recordaba la JCCPE, los contratos de prestación de servicios en la nube (Informe 13/2021 JCCPE). Así, en este último informe, la JCCPE recordaba que “ (...) *la diferencia sustancial entre los contratos de suministros y los de servicios, en lo que atañe a los contratos de tipo informático, radica precisamente en la confección a medida de servicios que, como tales, presentan una notable complejidad, funcionalidades específicas y únicas para el órgano de contratación o una personalización que excede de las prestaciones que de forma ordinaria, masiva o general se ponen a disposición del público por parte del contratista. Sólo si se producen estas circunstancias podremos*



calificar un contrato de este tipo como un servicio. Por el contrario, en los casos en que falten estas condiciones deberá aplicarse la regla general que califica a estos contratos como suministros. En este mismo sentido se pronunció nuestro Informe 28/96, de 5 de junio (...)

Por otra parte, la previsión del PPT anteriormente mencionada incluye también, dentro del objeto contractual, el mantenimiento del software y hardware ofertado, así como el suministro de actualizaciones del software, sin que, dada la imprecisión que se advierte en los pliegos, pueda inferirse, tal y como venimos analizando, si el mantenimiento del software adquiere tal entidad que pudiera calificarse como contrato de prestación de servicios, o por el contrario, podría considerarse como una simple actualización de la licencia y como garantía adicional del suministro.

Por otro lado, la recurrente señala que la cláusula 1.3 del PPT añade una prestación adicional al suministro que abocaría a la configuración de una contratación mixta, refiriéndose, en concreto, a la instalación y el mantenimiento integral durante todo el período de disposición de uso de dos plantas de tratamiento de agua destinada a las unidades de hemodiálisis objeto del PPT (ubicadas en el Hospital General y en el edificio de laboratorios) que se exige al licitador en la cláusula antes referida.

El órgano de contratación en el informe indica que ha advertido que, efectivamente, dicha previsión literalmente “no debe formar parte *“la adecuación de la infraestructura actual” para la instalación de las dos plantas de tratamiento aguas destinadas a las dos unidades de hemodiálisis, toda vez que se entiende que dichas prestaciones no estarán dentro de un contrato de suministro, sino que sería la ejecución de una obra...*” procediendo a su eliminación mediante la resolución de rectificación de errores que se publicó con fecha 18 de septiembre de 2024.

Pues bien, sin que este Tribunal prejuzgue la actuación del órgano de contratación al proceder a la rectificación de errores por un motivo de impugnación sobre el que versaba precisamente el recurso especial, y aun cuando el informe del órgano plantee en el fondo que, respecto de dicho motivo concreto, se produciría una pérdida sobrevenida del objeto del recurso, lo cierto es que, tras el análisis efectuado por este Tribunal, no es posible alcanzar dicha conclusión. La razón de ello es que, tras la rectificación de errores operada, ciertamente se ha eliminado la inclusión como prestación adicional, de la adecuación de la infraestructura actual por entender el órgano de contratación que ello sí podría constituir una prestación característica de una obra, pero sin embargo, mantiene la prestación relativa a la instalación obligatoria de dos plantas de tratamiento de aguas destinadas a las unidades de hemodiálisis, sin que ni del clausulado de ambos pliegos ni de ningún otro documento contractual obrante en el expediente se pueda inferir la entidad y envergadura de tales operaciones como para descartar que la instalación que se exige con carácter complementario, así como el mantenimiento integral durante todo el período de disposición de uso de las referidas plantas de tratamiento no conlleven prestaciones típicas de los contratos de obras y servicios, que, en su caso, determinarían la configuración de la contratación mixta.

Resulta, además, que el órgano de contratación no ha rebatido en este punto la escasa relevancia e impacto económico, ni, por otra parte, tampoco ha acreditado de alguna forma que se trate de actuaciones que pudieran quedar subsumidas en las actuaciones relativas a la puesta en marcha del equipamiento, limitándose en el informe a insistir en el carácter imprescindible de la disponibilidad de una planta de tratamiento de agua específica para este fin, extremo este que no es el objeto propiamente controvertido, sino si lo anterior pudiera conllevar la realización de una serie de actuaciones que configurasen prestaciones de otros tipos contractuales.

Ciertamente, el contrato, aparte de la indeterminación de que adolece respecto de la cesión de uso del equipamiento, y si esto conlleva el arrendamiento y por ende, el mantenimiento integral de los equipos, contempla, junto con el suministro del equipamiento necesario, otras prestaciones adicionales para la realización de las sesiones de hemodiálisis, que es la necesidad que se pretende cubrir, que determinaría que, a lo sumo, el contrato se calificase como mixto rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 18 de la LCSP en cuanto a las normas



que deben aplicarse para la preparación y adjudicación, y por lo establecido en el artículo 122.2 del citado texto legal en cuanto al régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato.

En definitiva, lo expuesto en este fundamento evidencia que se pretenden contratar unas prestaciones que no responden a la esencia de un contrato de suministro únicamente, no resultando adecuada la calificación jurídica del contrato conferida 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 objeto contractual responde al propio de un contrato mixto, en los términos que se han analizado, habiéndose vulnerado, en consecuencia, lo establecido en los artículos 18 y 122.2 de la LCSP.

El motivo debe, pues, ser estimado.

Segundo motivo. Sobre la ausencia de desglose del presupuesto base de licitación e infracción del artículo 100.2 de la LCSP.

La estimación del anterior motivo de impugnación vincula, de manera indefectible, y condiciona el análisis del siguiente motivo esgrimido por la recurrente en la medida que, habiendo apreciado este Tribunal que determinadas prestaciones adicionales que se incluyen en los pliegos podrían exceder del objeto contractual establecido y no están debidamente presupuestadas, ello determina, en consecuencia, que el presupuesto base de licitación no esté configurado correctamente conforme a las previsiones legales.

Al respecto, y sobre la elaboración y configuración del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, conviene traer a colación la doctrina de este Tribunal que se ha pronunciado en multitud de ocasiones, entre otras, en las Resoluciones 259/2019, de 9 de agosto, 323/2019, de 10 de octubre, 335/2019, de 18 de octubre, 352/2019, de 24 de octubre, 116/2020, de 21 de mayo, 218/2020, de 26 de junio, 77/2021, de 4 de marzo, 452/2022, de 22 de septiembre, 93/2023, de 15 de febrero y 365/2023, de 14 de julio. En ellas, tras transcribir los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, se señalaba que *«Así pues, de los preceptos transcritos (...), puede extraerse como conclusión que para el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes resultantes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, debiendo dentro del presupuesto base de licitación consignarse de manera desglosada en el PCAP o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales 4 gastos calculados para su determinación y para el supuesto que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato -circunstancia que concurre en el supuesto examinado-, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia; obviamente, dichas exigencias en el supuesto de que el contrato prevea su división en lotes habrán de cumplirse para cada uno de los lotes en que aquel se divida. En el sentido expuesto en el párrafo anterior se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 231/2018, de 30 de julio, 233/2018, de 2 de agosto, 271/2018, de 28 de septiembre, 99/2019, de 4 de abril y 192/2019, de 13 de junio, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 632/2018, de 29 de junio y 389/2019, de 17 de abril».*

En concreto, el artículo 100 de la LCSP, denominado presupuesto base de licitación -cuya infracción denuncia la recurrente- dispone en su apartado 2, lo 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. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia».*



Pues bien, la recurrente denuncia, en síntesis, que en la medida que los pliegos contienen una serie de prestaciones adicionales por las que no se ha fijado un precio cierto y que no han sido debidamente presupuestas se infringe lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP, al no haberse efectuado correctamente el desglose y detalle legalmente requeridos para la configuración y estimación correcta del presupuesto. En concreto, y aparte de las ya referidas anteriormente (relativas a la implantación del sistema de información de Nefrología; la adquisición de tres equipos portátiles de ósmosis inversa, y los equipos de bioimpedancia y ecografía) destaca la prestación relativa a la instalación y en su caso, adecuación de la infraestructura actual y el mantenimiento integral de las dos plantas de tratamiento de agua destinadas a las unidades de hemodiálisis, denunciando que, a pesar de la envergadura económica, ni siquiera está cuantificada económicamente, por lo que el presupuesto de licitación contraviene lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP.

El órgano de contratación, en su informe, se ampara, por un lado en la inaplicabilidad del artículo 100.2 a los acuerdos marco, y en segundo lugar, esgrime que todas las prestaciones adicionales recogidas en el apartado 2 del PPT -que tienen directa vinculación con el suministro licitado- se ha contemplado su coste dentro del apartado “Costes directos, materia prima, diseño, transporte y mano de obra” a excepción de la adecuación del espacio de las dos plantas de tratamiento, al haber sido suprimida dicha prestación a través de la rectificación de errores.

En el apartado 9.1.2 del CR se establece el sistema de determinación del precio que, en el presente expediente, lo es por precio unitario, indicándose en el apartado 9.1.3 “Método utilizado para calcular el Valor máximo estimado del Acuerdo Marco” lo siguiente:

“Para el cálculo del importe estimado del conjunto de contratos previstos que se pretenden adjudicar se han tenido en cuenta los datos de estimaciones anuales de consumo de estos bienes en el Servicio Andaluz de Salud”

En el apartado 9.2.3 del CR “Resumen de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para la determinación del precio unitario” se remite al Anexo II al CR donde se indica, por lo que aquí nos concierne, lo siguiente:

“Para la determinación del precio unitario del artículo se ha establecido en función de los últimos precios de compra de anteriores contratos, como del muestreo realizado mediante consultas de la base de datos de Siglo, se ha establecido una correcta estimación del importe del contrato atendiendo al precio general de mercado. Y para ello se ha consultado una base de datos de artículos y referencias comerciales con la suficiente representatividad, atendiendo a su tamaño, de lo que sucede en el mercado sanitario.

Entendemos que la base de datos de precios de la aplicación corporativa Siglo refleja no solo la realidad del mercado sanitario en Andalucía y los operadores económicos que en él intervienen, sino que, dada su importancia, refleja de forma significativa la realidad del mercado nacional, en este sector.

Resumen de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para la determinación del precio unitario de licitación:

Para la determinación del precio unitario se ha atendido al análisis de los consumos agrupados de los distintos centros, durante los doce meses previos a la propuesta de inicio de la licitación, y a los últimos precios de compra de los

bienes a adquirir, de conformidad con la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS.

Se han incluido en el precio de licitación, los costes directos de fabricación/producción del suministro (materia prima, diseño, transportes y mano de obra), los costes indirectos (gastos generales, costes de administración), así como el beneficio industrial, obtenidos del correspondiente estudio de mercado de las ofertas existentes en las diferentes Centrales Provinciales de Compras del SAS, recogidas en el aplicativo SIGLO.



En la determinación del precio del acuerdo marco se han considerado el siguiente desglose del coste: se estiman los costes directos e indirectos de la contratación teniendo en cuenta que la Central de Balances del Banco de España pone a disposición de los usuarios, de manera completamente libre, los informes de una base de datos públicas con información de sectores de actividad (Agregados Sectoriales) elaborada a partir de las empresas disponibles en la base de datos CBI (Central de Balances Integrada) que resulta de la unión de la información procedente de las fuentes CBA (Central de balances Anual) y pymes y grandes empresas con menos de 500 empleados de CBB (Base de datos de información depositada en los Registros Mercantiles.) (...) (el subrayado es nuestro)

En el cuadro que figura en las páginas 3 y 4 del citado anexo II al CR figura, respecto de cada lote, una casilla correspondiente a los costes directos 83% (materia prima, diseño, transporte y mano de obra) en el que se distingue (coste de fabricación, 74%) y coste cesión equipos (9%). Por otro lado, se incluye una casilla correspondiente a los costes indirectos (8%) gastos generales y costes de administración, y otra casilla finalmente que contempla un porcentaje del 9% de beneficio industrial.

Ahora bien, existen otras prestaciones asociadas al objeto contractual descritas en el apartado 2.1 del PPT y que anteriormente hemos transcrito que se imponen al contratista “como complemento de la oferta a realizar” y sin coste o repercusión para el SAS (así, por ejemplo, la implantación de un sistema de información de Nefrología, o la instalación (aun cuando se haya eliminado la adecuación de la infraestructura actual) y el mantenimiento integral durante todo el período de disposición de uso de las dos plantas de tratamiento a las que se refiere la citada cláusula.

Así las cosas, el presupuesto base de licitación, y por ende el valor estimado del contrato, en el apartado 9.2 del CR del PCAP, no cumplen todas las exigencias de los artículos 100.2, por las siguientes razones:

En primer lugar, tal y como se ha analizado en el motivo anterior, por la falta de determinación y configuración precisa del objeto del contrato, por las razones que hemos apreciado, al no establecerse un precio cierto por determinadas prestaciones que se imponen al adjudicatario y que no figuran debidamente presupuestadas.

En segundo lugar, porque tampoco figura debidamente presupuestada la partida relativa al arrendamiento en su caso de los equipos, por un lado, y por otro, al servicio de mantenimiento, al margen de que se deba presupuestar correctamente y determinar el precio con arreglo a lo establecido en el artículo 100.2 de la LCSP.

No puede compartir este Tribunal el argumento invocado por el órgano de contratación en su informe cuando esgrime que, al tratarse de un acuerdo marco, no es necesario desglosar el presupuesto base de licitación. En primer lugar, porque tal afirmación es contradictoria con lo previsto en los pliegos, que efectivamente, recogen, tal y como hemos indicado, el desglose de los costes directos e indirectos y otros gastos eventuales calculados para su determinación. En segundo lugar, porque la previsión del artículo 100.3 LCSP respecto de que no será necesario aprobar un presupuesto base de licitación (y disponer del crédito correspondiente) no exime de la obligación que impone el artículo 100.2 de la LCSP cuya infracción se denuncia.

Cuestión similar a la aquí resuelta ya ha sido abordada por este Tribunal en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, donde señalábamos lo siguiente:

«En cuanto a la segunda cuestión planteada en el recurso, esto es, si la cláusula 1.2.2 del PPT vulnera el artículo 87 del TRLCSP al no retribuir la prestación que contempla o hacerlo con cargo al importe abonado por las restantes prestaciones, hemos de partir de lo dispuesto en el apartado 9 de cuadro resumen del PCAP sobre el valor estimado, precio, presupuesto y anualidades del contrato. El examen de dicho apartado nos permite concluir que existe un precio de licitación con sus correspondientes anualidades presupuestarias para cada una de las prestaciones definidas en la cláusula 2.1 del PCAP



(suministro de fungible, arrendamiento de monitores y mantenimiento de los mismos), no así para la prestación definida en la cláusula 1.2.2 del PPT (suministro del material necesario para el correcto funcionamiento de las unidades de tratamiento de agua para diálisis).

Lo anterior se traduce en que el adjudicatario debe ejecutar una prestación para la que no existe previa consignación en el presupuesto y que por tanto, no será expresamente retribuida. Asimismo, la imprecisión de la cláusula respecto al alcance o extensión de la prestación impide determinar si la misma es accesoria o no, es decir, si es o no significativa en cuanto a su importe, lo que arroja más incertidumbre aún sobre el coste final de la misma.

Tampoco se señala en el clausulado de los pliegos que el coste de esta prestación se encuentre comprendido en el precio de las restantes. Antes al contrario, el apartado 1.3.3 del PPT determina que todos los materiales necesarios para el adecuado funcionamiento de las unidades de tratamiento de agua para diálisis serán suministrados sin cargo adicional por el adjudicatario, lo que evidencia que el coste de este suministro, así como el coste anual de mantenimiento de las depuradoras de agua no están ni siquiera englobados o comprendidos implícitamente en el precio que la Administración abonará por las restantes prestaciones contractuales.

En definitiva, la prestación examinada, como parte integrante del objeto contractual según el propio tenor de la cláusula 1.2.2 del PPT, debería conllevar su contrapartida en precio. Al no haberse efectuado de este modo en los pliegos, se vulnera uno de los principios básicos de la contratación que es la adecuada retribución de la prestación realizada, toda vez que los contratos del sector público tienen carácter oneroso según prevé el artículo 2.1 del TRLCSP y refrenda el artículo 87.1 del citado texto legal al señalar que la retribución del contratista consistirá en un precio cierto».

En el supuesto que examinamos, en concreto, en el anexo II CR del PCAP se establece que en el desglose porcentual de los costes directos se incluye la fabricación del producto, la amortización y el mantenimiento de los equipos, pero nada se indica respecto de las prestaciones adicionales que señala la recurrente.

Así las cosas, la indeterminación en la configuración y cuantificación de las prestaciones conlleva en el presente expediente que el precio no sea cierto, y que el presupuesto base de licitación, y por ende el valor estimado del contrato, configurados los pliegos no cumplen, por las razones expuestas, todas las exigencias legales.

Procede, por tanto, estimar el motivo.

Tercer motivo. Sobre la inexistencia de precio cierto. Vulneración del artículo 102 de la LCSP.

La recurrente esgrime, en síntesis, que, conforme al PCAP, el contrato licitado es un suministro de tracto sucesivo de los previstos en el artículo 16.3 a) de la LCSP; en el que el precio de los bienes se ha establecido por precios unitarios que incluyen los conceptos de fabricación/producción del suministro (materia prima, diseño, transportes y mano de obra) los costes indirectos (gastos generales, costes de administración) así como el beneficio industrial, obtenidos del correspondiente estudio de mercado de las ofertas existentes en las diferentes Centrales Provinciales de Compras del SAS recogidas en el aplicativo "SIGLO"

En tal sentido, VANTIVE señala que podría parecer que el objeto del contrato se limita a la mera adquisición de bienes, pero lo cierto es que el PPT incorpora prestaciones adicionales que no tienen repercusión ni se contemplan



en el precio unitario, lo que, a su juicio, supone una vulneración del artículo 102 de la LCSP conforme al cual *“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado (...)”* e invoca en apoyo de su alegato varias resoluciones de este Tribunal y de otros Órganos de resolución de recursos contractuales.

El órgano de contratación viene a reiterar los mismos argumentos esgrimidos frente al motivo anterior y sostiene, en definitiva, que en el precio unitario del total fungible en aquellos lotes que tienen incluido la disponibilidad de equipos, el coste de las prestaciones adicionales -que están contempladas en la cláusula 2.1 del PPT- figura repercutido en el precio unitario (dentro de los costes directos) y, por tanto, niega que se estén imponiendo al contratista prestaciones o entregas gratuitas.

Expuesto el anterior contenido de los pliegos que resulta necesario para solventar la controversia, nos encontramos con que el acuerdo marco se adjudica atendiendo a un precio unitario máximo establecido para cada lote. Dicho precio unitario, conforme al apartado 9.2.3 del cuadro resumen del PCAP, incluye los conceptos tendentes a su fabricación (materia prima, diseño, transporte y mano de obra) así como el beneficio industrial. Pero no refleja porcentualmente que en el concepto del precio unitario esté indicado el coste del mantenimiento del equipamiento (solo indica el porcentaje del 74% para la fabricación y el 9% para la cesión dentro del 83% que fija para los costes directos). Por otro lado, existen otras prestaciones asociadas al suministro y vinculadas necesariamente al mismo -ya que se imponen al licitador, según prevé el clausulado del PP, como complemento de la oferta realizada con carácter obligatorio- entre ellas, la implantación de un sistema de información de Nefrología, en los términos analizados, o la instalación y el mantenimiento de las dos plantas de tratamiento de aguas que resulta que son *“sin coste alguno”* para el Servicio Andaluz de Salud y que tampoco aparecen reflejadas en los conceptos que integran el precio unitario máximo de cada uno de los bienes conforme al citado apartado 9.2.3 del cuadro resumen.

No discute este Tribunal la vinculación y necesidad de que tales prestaciones vayan asociadas al suministro de los bienes necesarios para la realización del procedimiento de hemodiálisis, pero sí que estas deban ser asumidas por el contratista sin coste alguno para la Administración contratante.

Así las cosas, entendemos que los pliegos infringen lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSP, apartados 1 *“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada (...)”* y 3 *“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 de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación”*; por cuanto se imponen al contratista prestaciones sin la correlativa contraprestación por parte del órgano de contratación, lo que supone, a todas luces, que el importe o precio del contrato no ha sido correctamente estimado, y por ende, procede estimar el motivo.

Finalmente, respecto de la cuestión suscitada por la recurrente (en conexión, en cierta medida, con el motivo que acabamos de analizar) relativa a la conveniencia de que el órgano de contratación hubiera acudido para la correcta planificación del presente expediente de contratación, a las consultas preliminares al mercado reguladas en el artículo 115 de la LCSP, y sobre la que el órgano de contratación no muestra oposición invocando solamente el carácter no obligatorio de dichas consultas, entendemos que, a falta de desarrollo argumentativo sobre la cuestión que indica, no deja de ser una mera opinión o valoración subjetiva de la recurrente sobre la conveniencia de que el órgano de contratación hubiera acudido a tal posibilidad, pero no por ello podemos inferir vulneración de precepto alguno ni considerar incorrecta la actuación de aquel.

Cuarto motivo. Vulneración del principio de onerosidad de los contratos públicos.

La estimación de los anteriores motivos obliga a estimar el motivo referido a la vulneración del principio de onerosidad de los contratos públicos.



En efecto, como nos pronunciábamos en la Resolución 463/2021, de 11 de noviembre de 2021, que transcribe, a su vez, la Resolución 48/2016, de 15 de febrero, uno de los principios básicos de la contratación pública es la adecuada retribución de la prestación realizada, dado el carácter oneroso de los contratos del sector público.

De igual modo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 33/2015, de 25 de febrero, afirmaba que *“Los contratos públicos son contratos onerosos, es decir, la entrega de un suministro tiene como contrapartida un precio. No se puede pretender ni imponer al contratista la realización de prestaciones o entregas gratuitas. La obligación de que el contrato tenga un precio cierto que responda al precio de mercado que se establece en el artículo 87 del TRLCSP invalida la obligación que se impone a los suministradores de fungibles de ceder un equipamiento consistente en centrifugas, congeladores y otro equipamiento necesario para la fase pre analítica del laboratorio.”*

De ahí que, por las consideraciones hasta aquí efectuadas, haya de darse la razón a la recurrente y haya de prosperar el motivo esgrimido en la medida que los pliegos objeto de impugnación imponen al contratista la realización de una serie de prestaciones sin coste alguno, que no están cuantificadas económicamente ni se ha acreditado tengan repercusión en el precio unitario.

Por cuanto se ha argumentado, el motivo debe ser estimado, y, por ende, el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VANTIVE HEALTH S.L contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del acuerdo marco para la contratación del «Suministro del material específico de Nefrología (01.21) con disponibilidad de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento de los mismos con destino al Hospital Universitario Virgen del Rocío, centro sanitario adscrito a la Central Provincial de Compras Sanitaria de Sevilla (Expediente CONTR 2024 0000760170)convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, y, en consecuencia, anular dichos pliegos para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

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 MC. 115/2024, de 18 de septiembre.

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 personas 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.

