

Recurso 498/2023
Resolución 550/2023
Sección Segunda

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

Sevilla, 10 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RESONANCIA ABIERTA DE CÓRDOBA, S.L.**, contra el anuncio de licitación y contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del «Acuerdo marco con varios empresarios por el que se fijan las condiciones para la contratación del servicio de asistencia sanitaria complementaria para pruebas diagnósticas a usuarios del Servicio Andaluz de Salud (SAS) en centros sanitarios y servicios privados de la Comunidad Autónoma de Andalucía y provincias limítrofes pertenecientes a otras Comunidades Autónomas», (Expte. CONTR 2023 0000875705 (2902/2023)), promovido por el Servicio Andaluz de Salud, organismo adscrito a la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de septiembre de 2023 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 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, siendo el valor estimado de 201.111.954,00 €. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil.

El 18 de octubre de 2023 se publicó en el perfil de contratante anuncio que informa de la ampliación del plazo de presentación de ofertas hasta las 14:00 horas del día 15 de noviembre de 2023, acordada mediante Resolución del Director de Gestión Económica y Servicios del SAS por la que se consideró conveniente, en virtud del artículo 136.2 de la LCSP, ampliar el plazo, a fin de facilitar a todos los interesados la información adicional relativa a las consultas recibidas, en orden a la elaboración de las ofertas.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 16 de octubre de 2023, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RESONANCIA ABIERTA DE CÓRDOBA, S.L.** (en adelante, la re-

currente) contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato referenciado. En su recurso la recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 17 de octubre se dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibido en esta sede con posterioridad.

Mediante Resolución MC 118/2023, de 20 de octubre se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación y del plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.4 de la LCSP.

Han presentado sendos escritos las entidades VIVO DIAGNÓSTICO S.L y CENTRO RADIOLÓGICO MACARENA S.L. Ambas entidades, pese a no haber tomado parte en la licitación, solicitan la personación en el procedimiento y en el caso de esta última, además, la vista del expediente.

La Secretaria del Tribunal, con fecha 7 de noviembre de 2023, comunica a las entidades VIVO DIAGNÓSTICO, S.L. y CENTRO RADIOLÓGICO MACARENA S.L que no tienen la condición de interesadas en el procedimiento de recurso especial en base a la normativa aplicable, por lo que no se las puede tener por personadas en el mismo y en el caso de la última entidad se le comunica además que no procede la solicitud de vista del expediente instada en su escrito.

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 la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. 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, entre los varios motivos de impugnación esgrimidos por la recurrente, se plantea la exigencia de solvencia económica que considera incompatible con el principio de proporcionalidad, poniendo de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan 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.



TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos en un acuerdo marco 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) y b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el anuncio de licitación y los pliegos fueron publicados en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el día 25 de septiembre de 2023.

Por tanto, el recurso presentado el 16 de octubre de 2023 en el registro electrónico del Tribunal se ha formalizado en plazo conforme a lo establecido en el artículo 50, letras a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre el motivo relativo a la falta de especificación en el anuncio de licitación de las condiciones especiales de ejecución previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) así como de la información sobre la solvencia exigida a los licitadores, y la exigida por los apartados 11, 14 y 18 del anexo III de la LCSP. Infracción del artículo 134.2 de la LCSP.

Por razones de sistemática, abordaremos de manera conjunta los dos primeros motivos del recurso, comenzando por las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente critica la falta de inclusión en el anuncio de licitación de las condiciones especiales de ejecución que se recogen en la cláusula 12 del PCAP, así como la utilización de una cláusula genérica de estilo que, según expone, no puede reputarse conforme a derecho al impedir a los candidatos conocer si los pliegos prevén aquellas. Considera que ello contraviene la finalidad del anuncio de licitación, y solicita que este sea declarado nulo de pleno derecho ex artículo 39 de la LCSP.

Denuncia el carácter incompleto del anuncio de licitación que predica de dos elementos que deben figurar, según expone, por mandato expreso del artículo 74.2 de la LCSP y del Anexo III de la referida norma (por remisión expresa del artículo 134.2 de la LCSP). En concreto, indica que el anuncio de licitación no contiene la siguiente información:

En primer lugar, la solvencia exigida a los licitadores, ni la documentación acreditativa de la misma, contraviene el artículo 74.2 de la LCSP². Como prueba inequívoca de ello señala que el único apartado que hace referencia a los operadores económicos es el relativo a los “*Criterios relativos a la situación personal de los operadores económicos*”; el cual tampoco indica nada al respecto.

En segundo lugar, tampoco incluye la información sobre los criterios relativos a la situación personal de los operadores económicos exigida por el apartado 11 de la Sección 4ª del Anexo III LCSP, sino que opta por la misma cláusula de estilo de remisión a los pliegos.



Adicionalmente, aunque parece que incluye la información exigida por el apartado 14 de la Sección 4ª del Anexo III LCSP4 (sobre si resulta posible presentarse a un solo lote o a varios, o si la adjudicación de lotes estará limitada),

manifiesta que en el anuncio no se incluye referencia alguna sobre la posterior agrupación de lotes que prevé el PCAP lo cual determina la inviabilidad de la licitación individual a los 34 lotes.

Finalmente, tampoco contiene la información relativa a los criterios de adjudicación (ex apartado 18 de la Sección 4ª del Anexo III LCSP), sino que utiliza la misma cláusula de remisión a los pliegos.

En definitiva, considera que tales omisiones, en la medida que se refieren a aspectos esenciales de la licitación y resultan contrarios al principio de transparencia deben motivar la anulación del anuncio de licitación por contravenir lo dispuesto en el artículo 134.2 de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en el informe al recurso solicita la desestimación del motivoc, alegando que los anuncios de licitaciones y demás actos que prevé la LCSP responden a la normalización hecha por la Comisión Europea en el Reglamento de ejecución 2015/1986 de la Comisión de 11 de noviembre de 2015, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 842/2011 y están definidos en el Anexo III de la ley, estableciendo la disposición adicional quinta que: «1. *Los anuncios de información previa, de publicación de información previa en el perfil de contratante, de licitación, de formalización, de concurso de proyectos, del resultado de concurso de proyectos, y de modificación, a que se refieren los artículos 134, 135, 154 y 186 y el apartado 3 del artículo 207, cuando vayan a ser publicados en el «Diario Oficial de la Unión Europea», incluirán la información mencionada en el Anexo III, según el formato de los formularios normalizados correspondientes, incluidos aquellos destinados a la corrección de errores».*

A continuación, explica que los anuncios de licitación ofrecen la información sobre las condiciones especiales de ejecución, pero mediante una referencia a lo establecido en la cláusula concreta del PCAP y que la utilización de dicha cláusula de remisión a los pliegos, obedece a que el formato del modelo de formulario se encuentra acotado a un número determinado de caracteres, sin que pueda entenderse que la utilización de la fórmula de remisión al PCAP produzca limitación o imposibilidad de acceso a la información. Prueba de ello - afirma - es la actuación del propio recurrente, que incluye en su escrito las condiciones especiales de ejecución aplicables en los contratos basados, lo que evidencia que la información contenida en el anuncio de licitación sí permite conocer a todas las personas interesadas cuáles son aquellas, no contraviéndose la finalidad del anuncio, y quedando deslegitimado el motivo del recurso.

En el mismo sentido se rebaten las alegaciones formuladas respecto de la información sobre los requisitos mínimos de solvencia que deben reunir las personas licitadoras mediante una referencia a lo establecido en los pliegos, al no ser posible añadir al formulario previamente establecido apartados no previstos en el mismo para detallar toda la información completa que, por el contrario, sí se recoge de forma exhaustiva en el PCAP.

Respecto del incumplimiento de lo establecido en el artículo 134.2 de la LCSP (y en concreto, respecto de la infracción consistente en la falta de publicación de la información establecida en los apartados 11,14 y 18 de la sección 4ª del anexo III de la LCSP), el informe alega que el artículo 134.2 de la LCSP - cuya infracción se denuncia-, no se refiere al anuncio de licitación sino al anuncio de información previa, debiendo entenderse referidas



las argumentaciones vertidas en el recurso respecto a los anuncios de licitación realizados y que constan aportados como parte del expediente.

Asimismo, añade que el artículo 135 de la LCSP se remite al contenido establecido en el anexo III de la LCSP, no obstante, indica que la sección 4 del citado anexo, y por tanto, todos sus apartados, se refieren a la información que debe figurar en los anuncios de licitación cuando no proceda la aplicación de la sección 5 siguiente, que es la aplicable a este acuerdo marco por tratarse de un acuerdo marco de contratos de servicios especiales del Anexo IV, por lo que considera que no se vulneran ninguno de los preceptos referidos, y niega que exista intención de limitar ningún detalle de la licitación, ni que se pretenda contravenir el principio de transparencia.

3. Consideraciones del Tribunal.

El 25 de septiembre de 2023 se publicó en el perfil de contratante el anuncio de licitación del acuerdo marco examinado. En la misma fecha se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La cuestión controvertida en el primer y segundo motivo de impugnación que, por razones de sistemática, va a ser objeto de examen conjunto, como hemos indicado, consiste en determinar si es posible apreciar la infracción del artículo 135.4 de la LCSP por contener el anuncio de licitación una información incompleta y no recoger los extremos relativos a las condiciones especiales de ejecución previstas en el artículo 202 de la LCSP, así como los apartados 11, 14 y 18 del anexo III de la LCSP.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 134.2 de la LCSP, invocado por la recurrente, se refiere a la información que debe recoger el anuncio de información previa y no el anuncio de licitación, cuya regulación viene recogida en el artículo 135 de la LCSP.

Dicho precepto, bajo el título «Anuncio de licitación» dispone lo siguiente:

«1. El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado».

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación.

2. Cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras y concesiones de servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

3. Los anuncios de licitación y los anuncios de información previa a que se refiere la disposición adicional trigésima sexta no se publicarán en los lugares indicados en el primer párrafo del apartado primero anterior antes de su publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en el caso en que deban ser publicados en dicho Diario Oficial, debiendo indicar la fecha de aquel envío, de la que los servicios dependientes del órgano de contratación deja-



rán prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. No obstante, en todo caso podrán publicarse si el órgano de contratación no ha recibido notificación de su publicación a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio enviado.

4. Los anuncios de licitación de contratos contendrán la información recogida en el anexo III.

5. En los contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV la convocatoria de licitación se realizará en todo caso mediante el anuncio de información previa a que se refiere la Disposición adicional trigésima sexta.» (el subrayado es nuestro) »

Por su parte, tratándose el acuerdo marco que nos ocupa de un contrato de servicio especial de los enumerados en el anexo IV, habrá de estarse a lo dispuesto en el Anexo III que, bajo la rúbrica “*Información que debe figurar en los anuncios*” dispone lo siguiente:

« (...) Sección 5. Información que debe figurar en los anuncios de licitación relativos a contratos de servicios especiales del Anexo IV:

1. Nombre, número de identificación, dirección, incluido código NUTS, dirección electrónica y de internet del poder adjudicador.

2. Código NUTS del emplazamiento principal de las obras, en el caso de los contratos de obras, o código NUTS del lugar principal de entrega o de ejecución, en los contratos de suministro y de servicios.

3. Breve descripción del contrato de que se trate, incluidos los números de referencia a la nomenclatura CPV.

4. Condiciones para la participación, y, en concreto:

– Cuando proceda, indicación de si el contrato público está restringido a talleres protegidos o si se prevé que sea ejecutado únicamente en el marco de programas de empleo protegido,

– Cuando proceda, indicar si con arreglo a disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, se reserva la prestación del servicio a una determinada profesión.

5. Plazo(s) para ponerse en contacto con el poder adjudicador, con vistas a participar.

6. Breve descripción de las características principales del procedimiento de adjudicación que se va a aplicar.»

Expuesto el marco legal de aplicación, en el supuesto que nos ocupa, el anuncio de licitación de esta contratación se publicó el día 25 de septiembre de 2023. Entre la información que consta en el mismo figura la siguiente:

- Objeto del contrato, con indicación del perfil de contratante; tipo de poder adjudicador; principal actividad ejercida; dirección; denominación del contrato; tipo de contrato; lugar de ejecución; duración del contrato; número de expediente; enlace a la licitación; división por lotes; cantidad de lotes; indicación del número de lotes a adjudicar limitado; lotes que se pueden ofertar; posibilidad de oferta integradora; clasificación y si se trata de un contrato cubierto por el Acuerdo sobre Contratación Pública y la descripción.
- Tramitación y procedimiento de adjudicación, con indicación del sistema de racionalización; procedimiento; tramitación; idioma de presentación de las ofertas o solicitudes y forma de presentación de estas.



- Presupuesto base de licitación, con indicación del importe de licitación (con y sin IVA); valor estimado; posibilidad de variantes; la sujeción a regulación armonizada y si es susceptible de recurso especial.
- Detalle de los lotes (34) con indicación, respectivamente del número de lote; título; clasificación; lugar de ejecución y datos económicos.
- Obtención de documentación e información con indicación de fecha límite de obtención; lugar; puntos de contacto; persona; e-mail y otras informaciones.
- Criterios relativos a la situación personal de los operadores económicos: los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Cláusulas sociales y ambientales: con mención de las cláusulas sociales (igualdad/ plan de igualdad y ámbito laboral/ cumplimiento de obligaciones laborales)
- Presentación de ofertas con indicación de la fecha límite de presentación de ofertas y el lugar de presentación.
- Criterios objetivos para la selección de los candidatos en el procedimiento: los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Referencia en Diarios Oficiales.
- Documentos adjuntos.
- Criterios de adjudicación: los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Condiciones particulares de ejecución del contrato: los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Así, es posible constatar que en el anuncio de licitación constan los extremos que la recurrente pone de manifiesto en su escrito, no pudiéndose apreciar que la utilización de la fórmula de remisión a los pliegos (máxime cuando estos están a disposición de los licitadores desde el mismo día de la publicación del anuncio) invalide aquel ni suponga una infracción del artículo 135.4 de la LCSP.

En el Anexo III de la LCSP, en concreto, en la sección 5ª, se establece el contenido que habrá de tener el anuncio de licitación, habiéndose comprobado que dichos extremos constan en el anuncio de licitación de la contratación que nos ocupa. No pueden acogerse, pues, los argumentos de la entidad recurrente acerca de la omisión de aspectos esenciales y vulneración del principio de transparencia, puesto que la posibilidad de acceder a los pliegos desde el mismo momento de publicación del anuncio hace decaer aquellos, sin que la utilización de la fórmula de remisión a los pliegos, insistimos, pueda ser equiparada a la omisión de aspectos esenciales como defiende la recurrente. En este sentido, ha de darse la razón al órgano de contratación cuando afirma que toda la información está disponible para cualquier persona interesada en los anuncios de licitación del DOUE y del perfil del contratante o en la documentación publicada en el perfil del contratante a disponibilidad de cualquier persona interesada, no limitándose en ningún caso la información.

Como consecuencia de lo expuesto, a juicio de este Tribunal, es válido el contenido del anuncio de licitación, sin que pueda apreciarse la infracción denunciada.

Debe, pues, desestimarse el motivo de recurso analizado.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre la infracción de los artículos 100,101 y 102 de la LCSP.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.



La recurrente alega la defectuosa configuración del presupuesto base de licitación y la infracción de los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP por omisión de partidas y/ o costes de producción de unidades de ejecución material del servicio, lo que acarrea, a su entender, un grave perjuicio de las empresas licitadoras.

Esgrime que, según se desprende de la memoria justificativa, en la determinación del presupuesto base de licitación no se han tenido en cuenta los costes vinculados a (i) la puesta en funcionamiento e integración de información referidos en los apartados 9.10 y 9.11 del PPT; y (ii) el seguro de responsabilidad civil de 700.000 euros/ anuales exigidos por la cláusula 8.3 del PCAP.

Considera que la no inclusión de tales partidas en la configuración del presupuesto base de licitación provoca un empobrecimiento injusto del adjudicatario, y el correlativo enriquecimiento injusto del órgano de contratación, por lo que concluye que tanto el anuncio de licitación como los pliegos infringen el artículo 100.2 de la LCSP y, por tanto, deben ser declarados nulos de pleno derecho.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en el informe al recurso se opone a este motivo, puntualizando en primer lugar, que, al tratarse de un acuerdo marco, como se recoge en el artículo 100.3 de la LCSP, con carácter previo a la tramitación no es necesario que se apruebe un presupuesto base de licitación.

Defiende la corrección de la determinación del presupuesto base de licitación señalando (i) que los costes directos e indirectos se han calculado para la determinación de los precios unitarios de licitación correspondiente a cada uno de los lotes, y su adecuación a los precios de mercado, y el valor estimado; (ii) que se han tenido en cuenta como costes directos gastos de personal, fungible sanitario y no sanitario, mantenimiento equipamiento, consumo de fármacos y consumos varios, que se requieren para la prestación de las distintas pruebas diagnósticas. Para ello, señala, se ha elaborado una estimación de consumos atendiendo a las diferentes características de las diferentes prestaciones sanitarias, así como de los consumos en fungibles sanitarios y no sanitarios, gases medicinales y fármacos. Por otra parte, indica que los importes relativo a los costes indirectos tenidos en cuenta a la hora de fijar las tarifas máximas se calculan conforme al peso que representan cada uno de ellos en los gastos de los distintos servicios (limpieza, seguridad, lavandería...), consumos energéticos (agua, electricidad, gas...), prestaciones, admisión, administración, etc., añadiéndole a todo ello un porcentaje del 6% en concepto de beneficio empresarial.

Sostiene que los dos conceptos que la recurrente alega que han sido obviados sí están incluidos conforme a los argumentos que ofrece, y que se exponen a continuación.

Por un lado, entiende que los sistemas de información necesarios para la prestación de la asistencia sanitaria se han tenido en cuenta en la estimación de costes para la determinación de los precios unitarios de licitación y el valor estimado de licitación al estar incluidos dentro de los Centros de Responsabilidad Básicos (Administración), como costes indirectos, los costes no sanitarios, como así determina el PCAP, no siendo exigible la inclusión expresa del coste de la integración de los sistemas de información de forma pormenorizada en la estimación del "presupuesto", considerándose suficiente el nivel de desagregación de los costes establecidos en la presente licitación toda vez que el importe de dicho coste se considera irrelevante en comparación con otros costes, y que está comprendido en los costes generales de las empresas, las cuales, a la hora de licitar, pueden tener ya cubiertas estas contingencias por entenderse imprescindibles para la prestación del servicio objeto de este acuerdo marco. Asimismo, señala que la puesta en funcionamiento e integración de información -referidos en



los apartados 9.10 y 9.11 del PPT-, se recogen en el expediente como una obligación siendo el criterio de adjudicación la reducción del plazo de la puesta en marcha e integración de dichos sistemas respecto al plazo establecido en el PPT, por lo que, al tratarse el criterio de adjudicación de una reducción de plazos, es esta una aportación que las personas licitadoras pueden optar por proveer o no por lo que no ha de repercutir en el coste.

Por otro lado, y respecto de la falta de inclusión del seguro de responsabilidad civil, el informe argumenta que el coste particular de la prima del seguro de responsabilidad, además de ser irrelevante en comparación con otros costes, está comprendido en los costes generales de las empresas, las cuales, a la hora de licitar, pueden tener ya cubiertas estas contingencias. Por tanto, es una obligación a cumplir por el propio centro sanitario teniéndose en cuenta en la determinación de la estructura de costes, incluido dentro de los gastos generales, aunque sin desglose específico, pero no por ello se contraviene el principio de transparencia, puesto que el seguro de responsabilidad civil que debe suscribir la entidad es consustancial al funcionamiento y ejercicio de la actividad sanitaria. Niega que se produzca un enriquecimiento injusto de la Administración ni un empobrecimiento de la entidad licitadora por el carácter obligatorio de este seguro cuyo importe sí ha sido fijado por la Administración dentro de su ámbito de discrecionalidad para participar en esta licitación, pero de forma proporcional y consustancial al objeto del acuerdo marco.

3. Consideraciones del Tribunal.

Para dar respuesta a este motivo, hemos de partir de lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes de la LCSP. En concreto, el artículo 100.2 del texto legal dispone que: *“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”.*

Asimismo, el artículo 101.2 de la citada norma contractual señala que: *“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo, deberán tenerse en cuenta: a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos. c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas. En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”.*

De otro lado, hemos de tener en cuenta la asentada doctrina de este Tribunal sobre la materia, siendo una de las primeras resoluciones en que se abordó esta materia la Resolución 231/2018, de 31 de julio, en la que señalábamos lo siguiente:



“(...) 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 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 supuesto examinado, en el anexo I del PCAP en relación con el presupuesto base de licitación aparece el importe global y el de cada uno de los centros que integran cada uno de los lotes en los que se divide el contrato. Asimismo, respecto del valor estimado del contrato aparece el importe global como resultado de adicionar al presupuesto base de licitación la consideración de una prórroga de la misma duración que el contrato inicial. Sin embargo, tanto para el supuesto del valor estimado como del presupuesto base de licitación, en todos y cada uno de los lotes en que se divide el contrato, no aparecen las exigencias previstas en el PCAP y en la LCSP, tales como el que se haya tenido en cuenta 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 -para el cálculo del valor estimado- y la indicación en el PCAP o documento regulador de la licitación de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, así como la indicación de los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional - para el cálculo del presupuesto base de licitación-. Omisiones que quedan acreditadas en base a lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, al señalar que “dada la naturaleza económica del presente contrato decidió no desglosar en el PCAP una estructura de costes única para todo el contrato, debido a la complejidad de cada uno de los 24 lotes”; y ello a pesar de las exigencias recogidas en los preceptos transcritos de la LCSP y en las previsiones del PCAP. El problema, por tanto, se centra en la existencia de un desajuste del presupuesto base de licitación y, consecuentemente, del valor estimado del contrato que no se encuentran correctamente configurados para cada uno de los lotes en que se divide el contrato conforme a lo anteriormente expuesto. Con ello se vulnera lo dispuesto en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, así como lo establecido en la cláusula 3 del PCAP, y se contraviene el principio de transparencia con grave perjuicio para las entidades licitadoras tanto en el momento de preparar y presentar sus ofertas, al no disponer de información necesaria para su adecuada formulación, como durante la ejecución del contrato, pues puede dar lugar a una inadecuada prestación del servicio que derive en la resolución del contrato”.

Pues bien, en el supuesto examinado, el desglose de costes del presupuesto se contiene en la cláusula 3.2. 3 del PCAP, así como en la memoria justificativa (apartado II.7.4).

En el referido apartado de la memoria justificativa se establece, bajo la rúbrica, “Precios unitarios” lo siguiente: “El precio máximo unitario son los establecidos en este apartado y están referidos a la Orden de 23 de febrero de 2023, por la que se actualiza y desarrolla el sistema de presupuestación y tarificación de convenios y conciertos que suscriba el Servicio Andaluz de Salud para la prestación de asistencia sanitaria en centros sanitarios”.



Se inserta un cuadro con la descripción de las agrupaciones (8); los lotes (34); la descripción del servicio y la indicación del precio unitario que no reproducimos por razones de extensión.

A continuación, se indica el “Resumen de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para la determinación de los precios unitarios de licitación” en los siguientes términos:

«Para conocer los costes efectivos se ha tenido en cuenta los distintos centros de costes que intervienen en los distintos procesos asistenciales que nos ocupan.

Se parte de la definición de los diferentes centros de costes en cada uno de los procesos asistenciales y se clasifican en dos categorías: Básicos y Centrales. El primero, se caracteriza por ser centro de coste, aunque Básico, tiene como tarea dar soporte a los Centros de costes centrales y básicamente son no asistenciales. En cambio, los Centrales se consideran asistenciales porque entre sus responsabilidades se encuentra la de prestar servicios, principalmente de diagnóstico, a otros centros.

Centros de Responsabilidad Básicos	Unidad Óptima
Mantenimiento, Personal, Limpieza y Seguridad	Metros cuadrados
Administración, docencia e Investigación	Número de Trabajadores
Atención al cliente y Admisión	Número de pacientes atendidos
Lencería y Lavandería	Cantidad de ropa lavada (en kilos)
Centros de Responsabilidad Centrales	Unidad Óptima
Farmacia	Proporcional al consumo
Anestesia, Reanimación	Horas disponibles
Análisis clínicos, Microbiología, Parasitología, Inmunología, Genética, Anatomía Patológica, Radiodiagnóstico, medicina Nuclear y Radioterapia	Consumo Unidades Relativas de Valor

En el cuadro se muestran los diferentes centros de costes, incluidos en las categorías Básicos y Centrales, así como, los criterios de imputación de costes señalados como “óptimos” en el modelo.

Si nos centramos en la clasificación de costes, podemos decir, que el modelo diferencia los Costes Directos de los Indirectos. Los Costes Directos, son los que se pueden identificar como exclusivos de cada centro de responsabilidad, por ejemplo, los gastos de personal (convenio colectivo de trabajo para empresas de hospitalización, internamiento, consultas, asistencia y laboratorio de análisis clínicos para la provincia de Sevilla, publicado en el Boletín oficial de la Provincia de Sevilla nº293 del 20 de diciembre de 2019; Convenio Colectivo provincial de establecimientos sanitarios y clínicas privadas de la provincia de Granada, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia nº154 del 12 de agosto de 2021; Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios de carácter privado de la provincia de Cádiz, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia nº77 del 24 de abril de 2018; Convenio colectivo de clínicas y hospitales privados de la provincia de Málaga, publicado en el Boletín oficial de la Provincia nº161 del 22 de agosto de 2018 y Convenio colectivo de clínicas privadas de Córdoba, publicado en el Boletín Oficial de la provincia nº 110 del 13 de junio de 2023), el mantenimiento de equipamiento, los consumos de fungibles o de fármacos. Dentro de los Costes Indirectos, encontramos los No Sanitarios que están relacionados con los Centros de Costes Básicos y se distribuyen mediante cascada y los Sanitarios que se imputan a los Centros Centrales.

En el caso de los Centros de Costes Centrales deberemos utilizar las Unidades Relativas de Valor (URVs), para poder ponderar cada una de las pruebas que realizan estos centros para prestar los servicios de diagnóstico y tratamiento a los centros.

Costes directos tenidos en cuenta a la hora de fijar la tarifa máxima:



El importe relativo a los costes directos tenidos en cuenta a la hora de fijar la tarifa máxima, se ha calculado conforme al consumo que representan cada uno de los costes directos en gastos de Personal, Fungible Sanitario y No Sanitario, Mantenimiento Equipamiento, Consumo de Fármacos y Consumos Varios, que se requieren para la prestación de las distintas pruebas diagnósticas.

Esta atención sanitaria, se realiza tanto por personal sanitario facultativo como por personal sanitario y no sanitario. Para ello se ha hecho una estimación de consumos atendiendo a las diferentes características de las diferentes prestaciones sanitarias, así como de los consumos en fungibles sanitarios y no sanitarios, gases medicinales y fármacos.

Respecto a los Costes indirectos tenidos en cuenta a la hora de fijar la tarifa:

Los importes relativo a los costes indirectos tenidos en cuenta a la hora de fijar las tarifas máximas se calculan conforme al peso que representan cada uno de ellos en los gastos de los distintos servicios (limpieza, seguridad, lavandería...), consumos energéticos (agua, electricidad, gas...), prestaciones, admisión, administración, etc.

El detalle de costes, junto con el beneficio empresarial (6%) y al tratarse de un servicio de asistencia sanitaria que se encuentra exento de IVA se encuentran exentas las prestaciones objeto del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 Uno, 2º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre., del Impuesto sobre el Valor Añadido.

PRUEBAS DIAGNÓSTICAS

(reproducimos a título de ejemplo la agrupación 1 por razones de extensión)

AGRUPACIÓN	LOTE	DESCRIPCIÓN	PRECIO UNITARIO	COSTES DIRECTOS (80%)	COSTES INDIRECTOS (14 %)	BENEFICIO INDUSTRIAL (6%)
1	1	ESOFAGOGASTRODUODENO SCOPIA SIN BIOPSIA	122,96 €	98,37	17,21	7,38
	2	ESOFAGOGASTRODUODENO SCOPIA CON BIOPSIA (incluye estudio AP)	163,96 €	131,17	22,95	9,84

Con idéntico contenido se contempla el desglose de costes directos e indirectos tenidos en cuenta a la hora de fijar la tarifa máxima en la cláusula 3.2.3 del PCAP.

Expuesto lo anterior, estamos en condiciones de resolver la cuestión controvertida.

El planteamiento de la recurrente centra su reproche, en primer lugar, en la falta de inclusión en el presupuesto de licitación de los costes vinculados a la puesta en funcionamiento e integración referidos en los apartados 9.10 y 9.11 del PPT; en segundo lugar, en la falta de inclusión del seguro de responsabilidad civil de 700.000 euros anuales exigidos en la cláusula 8.3 del PCAP.

Por lo que aquí nos concierne, los apartados 9.10 y 9.11 del PPT establecen lo siguiente:

«9.10. La empresa deberá adaptar sus Sistemas de Información y permitir la compatibilidad con los sistemas de información corporativos, garantizando el correcto funcionamiento de los mismos, especialmente aquellos sistemas de información corporativos del SAS, implicados directamente con la actividad asistencial desarrollada por los mis-



mos, tal como Historia de Salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en especial, Cita Web y Pruebas de Diagnóstico por Imagen (PDI), en un plazo máximo de 30 días desde el inicio del primer contrato basado.

9.11. Antes de que transcurran 6 meses desde el inicio del primer contrato basado, la empresa tendrá en funcionamiento en módulo de Datos Clínicos Centralizado para los informes de las pruebas diagnósticas».

El órgano de contratación esgrime en abstracto que tales gastos sí están previstos como costes indirectos (costes no sanitarios) en el desglose que se efectúa tanto en la memoria justificativa como en la cláusula del PCAP. Además, alega que no es imprescindible incluir de forma pormenorizada el coste de la integración de los sistemas de información y, por otra parte, considera irrelevante su alcance en comparación con otros costes, aparte de que indicar que se trata de un concepto que está comprendido dentro de los “costes generales” de las empresas (sic).

Pues bien, a la vista de la literalidad de las cláusulas transcritas, este Tribunal entiende que los costes derivados de la obligación contractual que imponen los apartados 9.10 y 9.11 del PPT, en cuanto forma parte del contenido contractual, deben ser retribuidos y, por tanto, su estimación incluida dentro del presupuesto base de licitación, sin que en los pliegos ni en la documentación del expediente se acredite que los mismos figuran incorporados y en qué cuantía. Por otra parte, *a priori* este Tribunal no puede determinar si se trata o no de un concepto irrelevante, como pretende hacer valer el órgano de contratación, puesto que, al no conocer su importe ni siquiera el porcentaje que pudiera representar, no podemos descartar que se trate de un concepto nada desdeñable.

Ciertamente, en el informe al recurso se indica que los sistemas de información necesarios para la prestación de la asistencia sanitaria se han tenido en cuenta en la estimación de costes para la determinación de los precios unitarios de licitación, pero falta toda justificación acerca de la proporción en que han influido en la fijación o cálculo de dichos precios unitarios. No basta, pues, la mera afirmación de que los costes de dichos sistemas se han tenido en cuenta, si tal extremo está carente de acreditación.

Tampoco podemos admitir el argumento esgrimido por el órgano de contratación que alude a la naturaleza de la previsión como criterio de adjudicación infiriendo de ello que se trata de una aportación que pudiera no repercutir en el coste por ser optativa su aportación por el licitador. En efecto, como ya hemos indicado, la obligación que los apartados 9.10 y 9.11 del PPT imponen al adjudicatario es clara, y taxativa, y de ahí la repercusión en el coste de la ejecución misma del contrato. Distinto es que se prevea como criterio de adjudicación el compromiso asumido de reducción del plazo, pero ello no enerva la condición de obligación contractual, y la necesidad de reflejar el coste en el desglose del presupuesto, lo cual no ha acontecido, y por tanto procede la estimación del motivo.

Por otra parte, la cláusula 8.3 del PCAP respecto del seguro de responsabilidad civil dispone:

«La persona adjudicataria, con carácter previo a la formalización del acuerdo marco, deberá aportar a través de SiREC-Portal de Licitación Electrónica:

(...)

- Documento acreditativo de haber formalizado una póliza de seguro que cubra las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de los contratos basados. El importe mínimo asegurado será setecientos mil euros/anual (700.000,00 €), con independencia de la obligación del adjudicatario de responder por todos los daños y perjuicios que cause e independientemente del número de lotes adjudicados. La vigencia de la póliza se acreditará periódicamente hasta la extinción de los contratos basados».



Pues bien, idéntico razonamiento ha de efectuarse respecto de la falta de inclusión del coste relativo al seguro de responsabilidad civil que exige la cláusula antes transcrita, sin perjuicio de lo que se analizará más adelante respecto de la licitud de la exigencia misma de la suscripción de la póliza. Analizada la cuestión en los términos en que aparece planteada en el presente motivo de impugnación, consideramos que los argumentos del órgano de contratación – basados exclusivamente en la irrelevancia del coste de la prima en abstracto y en la subsunción de éste dentro de los costes generales de la empresa- no pueden ser acogidos, por las razones anteriormente expuestas.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre el motivo referente a la infracción del artículo 99.3 de la LCSP por la falta de justificación de la agrupación de lotes y la no división por territorios.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente, tras exponer el cambio de paradigma que, a su juicio, supone la Directiva 2014/24/UE en lo que se refiere al establecimiento con carácter preferente de la división en lotes del objeto del contrato, alega que la configuración en la presente contratación del objeto contractual en ocho agrupaciones (32 lotes) y dos lotes independientes (33 y 34) no resulta respetuosa con el marco legal contenido en el artículo 99.3 de la LCSP.

En primer lugar, sostiene que la inicial división en lotes (previa a la agrupación) demuestra el carácter injustificado de su posterior agrupación sin que los motivos aducidos en la memoria justificativa puedan reputarse válidos. En este sentido, considera que se ha utilizado una auténtica “cláusula de estilo” que podría ser utilizada en cualquier licitación, y resulta contraria a la finalidad del control de legalidad que impone el artículo cuya infracción se denuncia. Invoca, al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de junio de 2020.

En segundo lugar, esgrime que no existe justificación que permita conocer las razones de la no división en lotes y agrupaciones por provincias, utilizando el criterio territorial, alegando que en la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco resulta determinante la distancia entre el centro y el área sanitaria que requiere la colaboración del adjudicatario. Considera que ello tendrá un efecto restrictivo de la competencia en la medida que los operadores implantados únicamente en las provincias con menor PIB de Andalucía no tendrán opciones reales de resultar adjudicatarios dado que cuentan con menores recursos tecnológicos y materiales.

Finalmente, considera que la decisión de no dividir en lotes acudiendo a un criterio territorial/ geográfico choca frontalmente con su utilización como elemento determinante para la adjudicación de los contratos basados. Invoca Resoluciones de este Tribunal como la Resolución 49/2020, considerando que, habida cuenta la identidad sustantiva y material entre el presente caso y el analizado por aquella, se impone la aplicación de la misma solución.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación solicita la desestimación del motivo alegando que la configuración del objeto contractual se halla formal y sustantivamente justificada, y que las razones esgrimidas en el expediente de contratación para sostener la unidad en la licitación –respecto de los lotes agrupados- encuentra respaldo legal en el segundo de los motivos señalados en el artículo 99.3 de la LCSP, resultando suficientes, a tales efectos, las razones obrantes en el expediente que van más allá de lo que puede considerarse “cláusula de estilo”, por extenderse a aspectos de carácter técnico relacionados con la práctica diagnóstica, como el área de co-



nocimiento del personal facultativo que realiza la prueba y la técnica e informe de la prueba diagnóstica, y la necesidad de un determinado equipo para su ejecución.

Frente a la crítica de no haber utilizado un criterio geográfico o territorial para promover la división en lotes, el informe invoca la discrecionalidad del órgano de contratación para la conformación de los lotes y agrupaciones de lotes, lo que responde a la necesidad que tiene que satisfacer el órgano contratante, ante la concurrencia de causas de índole clínica y asistencial puestas de manifiesto en la memoria justificativa y en los pliegos, que justifican razonablemente los criterios utilizados en esta contratación para su división en lotes y su agrupación.

En este sentido, insiste en que lo que no puede pretender la recurrente es que el órgano de contratación lleve a cabo una configuración del contrato de acuerdo a sus propios intereses, desconociendo la libertad del mismo para determinar sus necesidades, salvo que se restringiese la competencia de forma injustificada, circunstancia que, a su juicio, no acontece en la licitación examinada, donde además de motivarse adecuadamente la división en lotes y agrupaciones, se promueve la concurrencia al contemplarse en la cláusula 5.2 la posibilidad de que las personas licitadoras puedan suscribir proposiciones en unión temporal de empresas (UTE), e incluso que se pueda recurrir a la solvencia o medios de otras empresas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la LCSP.

3. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia que se centra en comprobar si la configuración de la presente licitación conculca el contenido del artículo 99.3 de la LCSP.

Al respecto, el referido precepto dispone que *“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras. En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes: a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia. b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”*.

La regla general en nuestra normativa contractual ha sido la unidad del objeto, debiendo justificarse en el expediente el fraccionamiento en lotes. No obstante, la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública señala en su considerando 78 que la contratación pública debe adaptarse a las necesidades de las PYMES y a tal efecto, para favorecer la concurrencia, procede animar a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. De este modo, el artículo 46.1 de la Directiva establece que los poderes adjudicadores, en caso de que no dividan el objeto del contrato en lotes, deberán justificar su decisión, recogiendo esta previsión el artículo 99.3 de la LCSP en los términos que hemos transcrito. Así pues, la regla general en el nuevo contexto



legal debe ser la división, lo que no obsta a que los órganos de contratación puedan mantener la unidad del objeto contractual con una motivación válida en el expediente.

En el supuesto analizado, y dado que el presente expediente se ha dividido en ocho agrupaciones de lotes, como resulta de la cláusula 2.1.2 del PCAP, la recurrente no cuestiona propiamente la indivisión sino el criterio utilizado y la justificación ofrecida criticando que no se haya utilizado un criterio territorial o geográfico (por provincias). En concreto, alega (i) que no existe justificación que permita conocer los motivos por los que no se ha acudido a la división por provincias, empleando un criterio territorial (ii) que ello tendrá un efecto restrictivo en la competencia; (iii) y finalmente, que choca frontalmente con la utilización del criterio geográfico como elemento determinante para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, conforme establece la cláusula 23.3.2 del PCAP que prevé que los términos para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco de entre las empresas seleccionadas en el acuerdo marco se basarán en las siguientes condiciones objetivas: entre ellas, la accesibilidad y disponibilidad del equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva (de los centros adjudicatarios del acuerdo marco que se encuentren dentro de una distancia menor o igual a 20 km al centro derivador, el que tenga adjudicado en el acuerdo marco disponibilidad de equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva y menor precio).

En el supuesto enjuiciado, conforme dispone la cláusula 2.1.1 del PCAP *«El objeto del acuerdo marco es fijar las condiciones para la prestación de servicios de asistencia sanitaria, de carácter complementario a la prestada en centros propios, a usuarios del Servicio Andaluz de Salud en centros sanitarios y servicios privados de la Comunidad Autónoma de Andalucía y provincias limítrofes pertenecientes a otras Comunidades Autónomas y se centrará en las actuaciones que se describen a continuación:*

Prestación de asistencia sanitaria para la realización de pruebas diagnósticas, de los siguientes procedimientos más prevalentes en la lista de espera: endoscopias, colonoscopias, polipectomía endoscópica, ecografías y doppler, resonancias magnéticas (RM), tomografía axial computerizada (TAC), tomografía por emisión de positrones (PET-TAC), electromiografía, mamografía, gammagrafía y la lectura y emisión de informes de los procedimientos radiodiagnósticos (RM, TAC y PET-TAC), conforme a los servicios específicamente contratados, a usuarios del SAS en la Comunidad Autónoma de Andalucía y provincias limítrofes de otras Comunidades Autónomas».

Por otra parte, la cláusula 2.1.5 del PCAP prevé lo siguiente: *«Los servicios objeto de esta contratación podrán ser ofertados por lotes y agrupaciones de lotes.*

No se establece un número máximo de lotes/agrupaciones de lotes a los que se podrá presentar ofertar ni un número máximo de lotes/agrupaciones de lotes que puede adjudicarse a una sola persona licitadora.

Caso de que la misma persona resulte adjudicataria de varios lotes/agrupaciones de lotes se firmará un acuerdo marco por cada uno de los lotes/agrupaciones de lotes que se le adjudiquen». Y la cláusula 2.1.6 dispone: *«Tal y como se establece en el presente PCAP, cada lote o agrupación de lotes del presente acuerdo marco se adjudicará a las personas adjudicatarias seleccionadas por cumplir los requisitos de solvencia y técnicos, su oferta técnica supere el umbral mínimo que se fije en los pliegos y su oferta económica no supere el precio unitario máximo que establezca el órgano de contratación. Las ofertas adjudicatarias deberán cumplir los requisitos mínimos del PPT y se clasificarán en atención a la puntuación obtenida en aplicación de los criterios de adjudicación del acuerdo marco».*

En la memoria justificativa del expediente remitido, consta lo siguiente:



«La división en lotes y agrupaciones que se propone en el presente acuerdo marco se realiza en función de las necesidades asistenciales y capacidad de la oferta, así como, de la accesibilidad de la prestación diagnóstica a los usuarios del Servicio Andaluz de Salud, de tal forma que permita disponer de un número ilimitado de personas adjudicatarias para cada lote/agrupación de lotes.

Se han realizado agrupaciones de lotes atendiendo a dos criterios, por un lado, el área de conocimiento del personal facultativo que realiza la prueba y la lectura e informe de la prueba diagnóstica, y por otro la necesidad de un determinado equipo para su ejecución, justificándose las distintas agrupaciones de lotes del acuerdo marco dada sus características homogéneas y complementarias entre sí de las mismas áreas funcionales y susceptibles de realizar en un mismo acto, no limitándose la concurrencia de personas licitadoras.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 99 de la LCSP, el objeto del presente acuerdo marco se han establecido los siguientes lotes/agrupaciones, para cubrir las necesidades de actividad diagnóstica de los usuarios del Servicio Andaluz de Salud:

(A título ejemplificativo transcribimos la agrupación 1 que se compone de los lotes 1 y 2 con el siguiente contenido:

AGRUPACIÓN	LOTE	DESCRIPCIÓN
1	1	ESOFAGOGASTRODUODENOSCOPIA SIN BIOPSIA
	2	ESOFAGOGASTRODUODENOSCOPIA CON BIOPSIA (incluye estudio AP)

La recurrente centra sus alegaciones en la falta de justificación, por un lado, y en que la no división en lotes por criterio territorial o geográfico, aparte de provocar un efecto restrictivo de la competencia, choca frontalmente con su utilización como elemento determinante de la adjudicación de los contratos basados.

Sin embargo, a juicio de este Tribunal, las razones aducidas por el órgano de contratación para la división del objeto contractual en las agrupaciones y lotes en que se divide atendiendo a aspectos de carácter técnico relacionados con la práctica diagnóstica, como el área de conocimiento del personal facultativo que realiza la prueba y la técnica e informe de la prueba diagnóstica y la necesidad de un determinado equipo para su ejecución, esto es, a aspectos clínico-asistenciales, entronca con el margen de discrecionalidad que corresponde a la Administración a la hora de configurar el objeto del contrato sin que esta facultad reconocida por ley (artículo 28.1 de la LCSP) a los órganos de contratación de las entidades del sector público pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores.

Al respecto, señalábamos en nuestra Resolución 267/2020, de 30 de julio, que: «(...)este Tribunal ha venido aplicando una sólida doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de configurar el objeto del contrato (v.g., entre otras, Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre, 203/2017, de 13 de octubre, 109/2018, de 25 de abril y 230/2020, de 2 de julio), conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a



satisfacer mediante la contratación de que se trate. En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y, por tanto, su división o no en lotes, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES. En este sentido, es cierto que la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí debe referirse a las concretas razones que concurren en ese expediente, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida esta obligación. Por otro lado, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada expediente para poder determinar si la justificación ofrecida por el órgano de contratación es suficientemente expresiva de dichas razones o no, único elemento al que podría en su caso alcanzar la revisión de este Tribunal que, por lo demás, tiene vedada la supervisión de la corrección técnica de dicha decisión, en virtud de la doctrina de la discrecionalidad técnica que resulta de plena aplicación a esta cuestión». En el supuesto analizado, el órgano de contratación, haciendo uso de su discrecionalidad en la configuración del objeto ha justificado en el propio PCAP las razones que le han llevado a la división por razones clínico-asistenciales, sin que haya podido probar la recurrente que tal división arrastra consigo un efecto restrictivo de la concurrencia.

Entendemos que el diseño de la configuración del objeto contractual en el presente expediente no provoca un efecto restrictivo de la concurrencia porque, como antes hemos indicado, no se establece un número máximo de lotes/agrupaciones de lotes a los que se podrá presentar ofertar ni un número máximo de lotes/agrupaciones de lotes que puede adjudicarse a una sola persona licitadora, por lo que, en principio, a cada agrupación/ lote se podrán presentar todas aquellas licitadoras que así lo deseen, en función de la técnica o prueba diagnóstica que delimite cada lote/ agrupación, con independencia del territorio en el que se encuentren ubicados los centros de que dispongan para llevar a cabo la ejecución del contrato, y sin que el hecho de que no se haya tomado en consideración el elemento geográfico/ territorial para la delimitación de los lotes haya de tener incidencia o pudiera provocar una restricción de la participación en la licitación. La recurrente acude a la cláusula 23.3.2 del PCAP para fundamentar su tesis esgrimiendo que para la adjudicación de los contratos basados se tiene en cuenta la distancia media entre los centros sanitarios y el área de salud de los pacientes, y por ello, debería haberse utilizado un criterio geográfico insistiendo en que los operadores implantados en las provincias con menor PIB no tendrán opciones de resultar adjudicatarios.

Pues bien, esa tesis no puede prosperar. La referida cláusula prevé las condiciones objetivas, para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco sin nueva licitación, entre ellas, como primer parámetro de la accesibilidad y disponibilidad equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva con el siguiente contenido: “De los centros adjudicatarios del acuerdo marco que se encuentren dentro de una distancia menor o igual a 20 km al centro derivador, el que tenga adjudicado en el acuerdo marco disponibilidad de equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva y menor precio.

Para medir la distancia se utilizará la ruta más cercana entre el centro derivador y el centro sanitario adjudicatario, según la aplicación Google Maps.

Si por saturación o por incapacidad de dar respuesta al total de los procedimientos ofertados en el plazo establecido de ejecución en el contrato basado, se podrá acudir al siguiente proveedor dentro del mismo tramo de distancia menor o igual 20 km y con disponibilidad de equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva y siguiente menor precio para la demanda no satisfecha.

Y así sucesivamente, por accesibilidad, disponibilidad de equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva y mejor precio, hasta que la demanda se encuentre adjudicada en el tiempo establecido para su ejecución.



Caso de no existir ningún centro adjudicatario en ese tramo se acudirá por orden a los sucesivos tramos de la siguiente tabla:

Distancia KM
<= 20 km
<= 30 km
<= 40 km
<= 50 km
<= 60 km
<= 70 km
<= 80 km
<= 100 km
>100 km

Por accesibilidad nos referimos a la facilidad con la que los usuarios del SAS pueden llegar a los centros sanitarios concertados, implicando que dichos centros deben estar ubicados de manera estratégica y conveniente para que los usuarios puedan acceder a ellos sin dificultades significativas en términos de distancia y/o tiempo de desplazamiento. Se han estimado los tramos anteriores, ya que se consideran razonables con los tiempos de desplazamientos y distancias medias que se emplean en los desplazamientos dentro de una misma área hospitalaria y se consideran idóneas para la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación, asegurando que los servicios estén geográficamente accesibles para una amplia gama de usuarios que puedan necesitarlos.

Se considerará que un centro se encuentra saturado cuando no pueda asumir más derivaciones y/o no puedan dar respuesta en el tiempo de ejecución establecido, o cuando se haya dispuesto al menos del 95% de las sesiones recogidas en su oferta, pudiéndose acudir al siguiente adjudicatario».

En este sentido, la previsión anterior que establece una condición objetiva para la adjudicación de los contratos basados, atendiendo a la distancia de los centros sanitarios ofertados y al grado de accesibilidad de los usuarios, no impide, a priori, como pretende hacer valer la recurrente, concurrir a los licitadores implantados exclusivamente en un determinado territorio puesto que no se está exigiendo una ubicación geográfica concreta (lo que supondría una cláusula de arraigo territorial que estaría vetada) sino que, en principio, al comprender el expediente todo el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Andalucía y provincias limítrofes pertenecientes a otras Comunidades Autónomas, todo licitador puede ofertar a las agrupaciones/ lotes que desee cualquiera que sea el ámbito territorial de los centros sanitarios que oferte para la realización de las prestaciones objeto del contrato.

Por otra parte, la Resolución 49/2020, de 17 de febrero de este Tribunal, invocada por la recurrente, no guarda la identidad sustantiva y material que pretende hacer valer en la medida que en aquella se analizaba la falta de justificación de la no división en lotes del contrato (lo que no sucede en el caso que examinamos en el que lo que se cuestiona es que no se haya utilizado el criterio territorial) concluyendo que la ubicación en un ámbito territorial determinado que el pliego entonces impugnado establecía como un requisito para la ejecución de la prestación - impone mayores cargas a aquellos licitadores no arraigados en el territorio correspondiente-, por lo que entendíamos que la falta de división en lotes por razones geográficas era otra circunstancia añadida susceptible de dificultar el acceso a una licitación de estas características; debiendo reforzarse aún más la motivación exigida legalmente (artículo 99.3 de la LCSP).

Consideramos, por lo expuesto, que el motivo debe desestimarse.



OCTAVO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre la infracción del artículo 74.2 de la LCSP con relación a la solvencia económica exigida en el PCAP.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente esgrime que, no obstante, la discrecionalidad que ostenta la Administración, la configuración de la solvencia económica exigida en la cláusula 7.5.2 del PCAP no resulta compatible con el principio de proporcionalidad, en la medida que –afirma– el valor del volumen de negocios más alto exigido ni siquiera supone el 10% del valor estimado (VE) del lote/agrupación (agrupación 4) y el más bajo ni siquiera supone el 1% del VE del lote/agrupación (agrupación 8).

Considera que, por tanto, la solvencia exigida se aleja de la recomendación que se efectúa en el considerando 83 de la Directiva 2014/24/UE cuando alude al “doble del VE del contrato”. En ese sentido, manifiesta que, teniendo en consideración (i) que se trata de un servicio esencial (diagnóstico clínico) (ii) que se ha configurado abstractándose del elemento territorial y (iii) para el que los pliegos exigen que los licitadores cuenten con la tecnología más avanzada, el cumplimiento de estas exigencias es incompatible con la solvencia exigida, por lo que procede la anulación de los pliegos por contravención del artículo 74.2 de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano rebate las alegaciones formuladas por la recurrente alegando que no son de aplicación los criterios aducidos por la recurrente en cuanto a la proporcionalidad de la solvencia económica y la cuantía del contrato.

Alude al documento denominado “*Justificación de la capacidad y solvencia técnica, económica y financiera exigible en el acuerdo marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para la contratación del servicio de asistencia sanitaria complementaria para pruebas diagnósticas a usuarios del Servicio Andaluz de Salud en centros sanitarios y servicios privados de la Comunidad Autónoma de Andalucía y provincias limítrofes pertenecientes a otras comunidades autónomas, mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas*” para sostener que, teniendo en cuenta la configuración del acuerdo marco con varias empresas, resulta patente que uno de los objetivos ha sido lograr una amplia concurrencia por lo que, al estar dividida la licitación en lotes y agrupaciones de lotes, la solvencia económica exigida por los pliegos es proporcional a la naturaleza del expediente en cuestión, no limitándose la posible multiplicidad de adjudicatarios, y respetuosa con el principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública.

3. Consideraciones del Tribunal.

En este motivo del recurso se discute la proporcionalidad del requisito mínimo de solvencia económica establecido en la cláusula 7.5.2 del PCAP que dispone lo siguiente:

«Documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos de la persona propuesta adjudicataria, y en su caso de aquellas otras a cuyas capacidades se recurra:

(...5) Documentación que acredite estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia que han de estar vinculados al objeto del acuerdo marco y ser proporcionales al mismo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 86, 87 y 90 de la LCSP.



Conforme al artículo 87.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a fin de acreditar la solvencia económica y financiera, las personas licitadoras deberán presentar:

- Declaración sobre el volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona empresaria y de presentación de las ofertas, por importe igual o superior a los indicados a continuación para cada una de las agrupaciones y/o lotes a los que se licite.

- Valor por agrupaciones y lotes:

(...)

Deberá acreditarse esta solvencia para cada uno de los lotes y agrupaciones a los que se presente una oferta.

En caso de presentarse oferta a más de un lote y/o agrupación, esta solvencia se acreditará con la cantidad total que resulte de sumar las que correspondan a cada uno de los lotes y/o agrupaciones a los que licite. Hasta un máximo de un millón quinientos mil euros (1.500.000,00 euros).

La acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de las cuentas anuales, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho Registro, y en caso contrario, por las depositadas en el Registro Oficial en que deba estar inscrito, referidas al mejor ejercicio de los tres últimos disponibles, así como declaración indicando el volumen global de la empresa en estos tres últimos ejercicios».

Obra en el expediente administrativo (páginas 29 y siguientes) un documento que justifica la capacidad y solvencia técnica o profesional y, que establece por lo que aquí nos interesa, respecto de la solvencia económica y financiera exigible en el acuerdo marco, lo siguiente:

«En función de lo señalado en el articulado de la LCSP, se constata la necesidad de establecer unos criterios exigibles de solvencia económica y financiera, proporcionales al objeto del acuerdo marco definido, que permitan la libre concurrencia en el procedimiento de contratación y fomenten la participación en el mismo de la pequeña y mediana empresa.

Es por ello, que la solvencia económica que se solicite debe permitir la concurrencia de esa pequeña y mediana empresa, a pesar del valor estimado elevado que supone la licitación de cada lote contemplado en el expediente.

(...)

Deberá acreditarse esta solvencia para cada uno de los lotes y agrupaciones a los que se presente una oferta.

En caso de presentarse oferta a más de un lote y/o agrupación, esta solvencia se acreditará con la cantidad total que resulte de sumar las que correspondan a cada uno de los lotes y/o agrupaciones a los que licite.

Hasta un máximo de un millón quinientos mil euros (1.500.000,00 euros).

La acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de las cuentas anuales, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho Registro, y en caso contrario, por las depositadas en el Registro Oficial en que deba estar inscrito, referidas al mejor ejercicio de los tres últimos disponibles, así como declaración indicando el volumen global de la empresa en estos tres últimos ejercicios.

Justificación de la proporcionalidad: se entiende que resulta idónea, a los efectos de acreditar la viabilidad de las ofertas presentadas al procedimiento de licitación, y en atención al objeto contractual y la cuantía económica del



mismo, considerando adecuado solicitar una solvencia que iguale aproximadamente a la décima parte de valor máximo estimado. Todo ello con el ánimo de equilibrar la necesidad de que la solvencia exigida sea proporcional al objeto del contrato, y al mismo tiempo se propicie la concurrencia al presente procedimiento de contratación»

La recurrente critica por insuficiente la solvencia económica y financiera exigida, a cada una de las agrupaciones y lotes al considerar que exigir, por ejemplo, para la agrupación 1 (con un valor estimado de 1.319.832 euros) un importe de solvencia económica de 100.000 euros (que representa un porcentaje, según señala en el recurso del 7,58%) no permite garantizar el cumplimiento de la finalidad de la solvencia que es la correcta y efectiva ejecución de la prestación. Fundamenta su pretensión en la entidad y la esencialidad del servicio objeto del contrato (diagnóstico clínico) incidiendo además en que el pliego ha prescindido del elemento territorial y se han aplicado únicamente criterios objetivos para la determinación de las agrupaciones y lotes.

Pues bien, este Tribunal ha ido acuñando una doctrina sobre esta materia. Así, en nuestra Resolución 194/2020, de 4 junio, señalábamos que *«Es doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de Órganos administrativos de resolución de recursos contractuales que, si bien el órgano de contratación debe procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, ha de cuidar, asimismo, que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación. En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que “Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo” y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que “en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido”».*

En el supuesto enjuiciado, el órgano de contratación ha justificado en el expediente la elección de este requisito mínimo de solvencia económica como prescribe el artículo 116.4 de la LCSP, permitiendo con ello verificar su proporcionalidad y objetividad en los términos prescritos por el artículo 74.2 del citado texto legal. Y lo hace aludiendo a la necesidad de equilibrar el mandato legal de que la solvencia sea proporcional al objeto del contrato, y al mismo tiempo se propicie al máximo posible la mayor concurrencia.

La recurrente denuncia falta de justificación, y el carácter desproporcionado por considerar insuficiente la solvencia exigida por una serie de razones que este Tribunal no puede acoger sin más.

En primer lugar, hemos de señalar que la solvencia económica exigida represente una décima parte del valor estimado del contrato no hace a la primera en sí misma desproporcionada, y si bien pudiera entenderse que la previsión del artículo 87.3 a) de la LCSP actúa a modo de indicador o medidor objetivo de proporcionalidad, cuando los pliegos no han concretado los criterios y requisitos mínimos, lo cierto es que, en el supuesto analizado, se ha justificado en el expediente la proporcionalidad en el equilibrio entre la finalidad de acreditar la viabilidad de las ofertas, la exigencia de la proporcionalidad al objeto del contrato, y el favorecimiento de la concurrencia que es el espíritu y finalidad que preside la presente contratación. No figura dicha justificación en la memoria justificativa, ciertamente, pero sí en un documento aparte, de la misma fecha que la memoria (13 de septiembre de 2023) y que forma parte del expediente remitido.



Así, por ejemplo, el que la cuantía mínima de solvencia exigida para la agrupación 8 (con un valor estimado de 20.894.435 euros) sea de 200.000 euros) que representa un porcentaje del 0,96 % del valor estimado no puede estimarse *per se* desproporcionada, máxime teniendo presente que, como indica la justificación obrante en el expediente, la solvencia económica se ha fijado para permitir la máxima concurrencia de PYMES y a pesar del valor estimado que supone la licitación de cada lote.

En ese sentido, basta comprobar que otras agrupaciones (véase la 5, la 6 o la 7) exigen una solvencia de 1.500.000 euros, y que el pliego – que prevé la posibilidad de presentar oferta a más de un lote y agrupación, prevé que, en ese caso, la solvencia se acreditará con la cantidad que resulte de sumar las que correspondan a cada uno de los lotes a los que se licite con el límite de 1.500.000,00 euros.

En segundo lugar, porque tampoco las razones de carácter técnico en abstracto que invoca la recurrente (sin concretar) pueden servir de argumento para rebatir la justificación ofrecida por el órgano de contratación. En ese sentido, no se discute la complejidad técnica del objeto contractual, pero ello no invalida por sí la solvencia económica exigida en el supuesto que analizamos, máxime cuando tratándose de la económica ha de garantizar la capacidad de afrontar la ejecución del contrato desde el punto de vista económico, pero conciliando los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, y, sobre todo, y en el caso concreto que nos ocupa, el favorecimiento de las PYMES.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que el órgano de contratación es el que mejor debe conocer la solvencia económica mínima que permite garantizar la adecuada ejecución del contrato, por lo que no se aprecian motivos para concluir que el criterio de solvencia establecido no garantice aquel objetivo y sí, por el contrario, una mayor concurrencia. Por otro lado, la solvencia económica no es el único elemento que influye en la selección del adjudicatario, pues habrá que atender igualmente al criterio de solvencia técnica señalado en el PCAP y al contenido de la propia oferta.

Por ello, el motivo debe desestimarse.

NOVENO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre la infracción del artículo 74.2 de la LCSP con relación a la solvencia técnica.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Denuncia que la cláusula 7.5.2 del PCAP se limita a reproducir la regulación contenida en el artículo 90 de la LCSP sin concretar los criterios específicos de selección que permitan acreditar la solvencia técnica. Así, sostiene que no concreta el importe de los certificados de los principales servicios o trabajos, lo que resulta estéril e indicativo de una deficiente técnica utilizada en la configuración y diseño de los pliegos y debe determinar la anulación de los pliegos, por infracción de los artículos 74 y 90 de la LCSP. Invoca, al respecto, la Resolución 115/2013 de 21 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano al recurso solicita la desestimación del motivo explicando que la configuración de los criterios de solvencia técnica se compone de dos elementos: por un lado, el parámetro o los parámetros a tener en cuenta, y, por otro, el umbral que en dichos parámetros debe exigirse, y que, en el caso que nos ocupa, nada



obsta a que la determinación del parámetro “*relación de los principales servicios o trabajos realizados, de igual o similar*” sea literal al enunciado del artículo 90.1.a) de la LCSP. Lo importante y diferencial es el umbral exigido (en este caso tres certificados), así como la especificación del término “similar” que, en este caso, se refiere a la coincidencia con los tres primeros dígitos de los CPV.

3. Consideraciones del Tribunal.

La cláusula 7.5.2 del PCAP respecto de la solvencia técnica o profesional establece, por lo que aquí nos concierne, lo siguiente:

«Conforme al artículo 90.1. a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a fin de acreditar la solvencia técnica o profesional, las personas licitadoras deberán presentar:

- Relación de los principales servicios o trabajos realizados, de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, efectuados en los tres últimos ejercicios, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, y cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de dicho certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos que acrediten la realización de la prestación.

Los citados certificados no podrán ser en número inferior a tres. En el caso de que una persona licitadora se presentará a más de un lote y/o agrupación, al ser todos de igual naturaleza en lo referente a su objeto, será suficiente con la presentación de tres certificados.

Para la consideración de lo que se entiende como contratos iguales o similares se atenderá, en caso de ser necesario, a los tres primeros dígitos de los códigos CPV».

En el documento de justificación de la solvencia técnica o profesional exigida, obrante en el expediente remitido, al que anteriormente hemos hecho referencia, se indica, respecto de la justificación de la solvencia exigida lo siguiente:

«Justificación: se entiende que resulta idóneo, a los efectos de acreditar la viabilidad de las ofertas presentadas al procedimiento de licitación, y en atención al objeto contractual y a la solvencia técnica del mismo, y ello porque al tratarse de un contrato de servicios, se considera que la mejor forma para acreditar la solvencia técnica es haber realizado de conformidad servicios similares en centros sanitarios, totalizando al menos tres certificados».

Lo que se discute en este caso es que la determinación del medio de acreditación de la solvencia técnica está incompleta al no incluir el criterio de selección exigido, y ser, en palabras de la recurrente, una mera reproducción de la regulación contenida en el artículo 90 de la LCSP, al exigir la aportación de una relación de los principales servicios, sin concretar el importe de estos.

El informe del órgano al recurso se opone al motivo de impugnación defendiendo la configuración del criterio de solvencia técnica que se compone de dos elementos: el parámetro o parámetros a tener en cuenta y el umbral que debe exigirse, puntualizando que se cumple en el expediente al señalar un mínimo de tres certificados y la especificación del término similar por la coincidencia de los tres primeros dígitos del CPV.

Pues bien, planteada en estos términos la controversia, entendemos que no puede prosperar la alegación de la recurrente, en la medida que con su planteamiento está incurriendo en una confusión entre los medios de acreditación de la solvencia técnica o financiera a que se refiere el artículo 90.1 a) de la LCSP, y por otro, los criterios



de selección a que se refiere el artículo 11 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas.

En el supuesto que nos ocupa, el medio de acreditación efectivamente es la relación de los principales servicios o trabajos realizados, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, efectuados en los tres últimos ejercicios, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado, y el criterio de selección fijado en los pliegos, el número de certificados exigido que no podrá ser inferior a tres, cumpliéndose, por tanto, las exigencias legales y sin que se advierta la infracción del artículo 74.2 de la LCSP que denuncia la recurrente y que basa en la no indicación de un determinado importe en la relación de los principales servicios, ya que ello no tiene cabida en la normativa legal.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

DÉCIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre la inclusión de elementos de carácter objetivo en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y sobre la infracción del artículo 145 de la LCSP.

Por razones de sistemática, abordaremos de manera conjunta los motivos del recurso que afectan a los criterios de adjudicación, comenzando por la exposición de las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Como primer motivo, la recurrente cuestiona que en la valoración del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor “*Memoria funcional*” (48 puntos), se incorporen elementos de carácter objetivo tales como (i) tipo de contrato; (ii) horas semanales de trabajo; (iii) número de sesiones semanales; (iv) número de pacientes citados; (v) tiempos de espera; (vi) tiempo de respuesta; (vii) periodicidad de mantenimiento; (viii) plazos, y (ix) si la respuesta al paciente a las reclamaciones será por escrito, que constituyen todos ellos parámetros objetivables, cuya valoración puede realizarse mediante la aplicación de fórmulas de carácter automático. Invoca, en apoyo de su pretensión, las Resoluciones 301/2015, de 10 de abril y 54/2020, de 5 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Solicita, por ello, la nulidad de los criterios de adjudicación números 1.2, 1.3.2; 1.3.3; 1.5; 1.7 y 1.8 de todos los lotes/ agrupaciones.

Como segundo motivo de impugnación -atinente a los criterios de adjudicación- denuncia la falta de especificación de los criterios que se utilizarán para la valoración de cada uno de los elementos o aspectos que se definen en el criterio lo que impide que los licitadores puedan conocer de antemano las reglas precisas para la valoración de los aspectos a los que se tienen que referir los licitadores en su oferta técnica, a salvo el subcriterio 1.3.2 que establece, como método de valoración, una regla de proporcionalidad directa, lo que, además, a su juicio, resulta incompatible con los criterios sujetos a juicio de valor. Invoca las Resoluciones 301/2015 y 344/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por ello solicita que se declaren contrarios a derecho todos los criterios de adjudicación de los lotes / agrupaciones.

2. Alegaciones del órgano de contratación.



Respecto de la impugnación del criterio de adjudicación “*Memoria funcional*” el órgano de contratación se opone en el informe al recurso y defiende la legalidad del referido criterio alegando que, tanto este como los distintos subcriterios se han diseñado según lo preceptuado en el artículo 145 de la LCSP. Sostiene que la memoria funcional es un documento que define los aspectos esenciales y funcionales de la prestación del servicio requerido, donde se detalla la organización, infraestructura y medios que se pondrán a disposición de la Administración para la realización del servicio ofertado, y que su valoración implica la evaluación de las propuestas presentadas por las personas licitadoras de forma subjetiva por quien realiza el análisis en base a su discrecionalidad técnica como corresponde a un criterio sometido a juicio de valor.

Alega, asimismo, que la definición objetiva que se ha hecho del criterio controvertido y de los subcriterios no significa que se conviertan en criterios sometidos a fórmulas matemáticas, y, por tanto, los “elementos objetivos” a los que se refiere la recurrente lo que hacen es establecer límites a la arbitrariedad, acorde con los principios de transparencia y equidad en el procedimiento de contratación.

Respecto de la infracción del artículo 145 de la LCSP por la falta de concreción en los criterios de las reglas para la valoración de las ofertas, el informe rebate las alegaciones efectuadas esgrimiendo que la definición del criterio de adjudicación cumple con lo exigido legalmente ya que, por un lado, permite a los licitadores efectuar sus ofertas de manera cabal y conocer de antemano los elementos que se van a utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa; y por otro, propicia que se disponga de elementos, pautas y reglas que enmarquen el posterior juicio técnico, por lo que solicita la desestimación del motivo, al considerar que la definición de los criterios y subcriterios de adjudicación cuya ponderación depende de un juicio de valor cumplen escrupulosamente con las exigencias normativas.

3. Consideraciones del Tribunal.

A fin de analizar el primer motivo de impugnación referido a los criterios de adjudicación, hemos de acudir a la cláusula 7.4 del PCAP que establece, por lo que aquí nos interesa, los criterios de adjudicación del acuerdo marco con la redacción que sigue a continuación:

Nº Orden	Criterios	Tipo de evaluación	Ponderación	Criterio calidad
1	<i>Memoria funcional</i>	<i>No automática</i>	48	<i>SI</i>
2	<i>Oferta Económica</i>	<i>Automática</i>	20	<i>NO</i>
3	<i>Compromiso de la puesta en funcionamiento e integración de los sistemas de información referidos en los apartados 3.1. Apartado 9.10 del PPT (10 puntos) 3.2. Apartado 9.11 del PPT (10 puntos)</i>	<i>Automática</i>	20	<i>SI</i>
4	<i>Mejoras en la reducción del plazo máximo de realización de la prueba diagnóstica</i>	<i>Automática</i>	12	<i>SI</i>



“Oferta a valorar

Asimismo, se determina que las personas licitadoras deberán obtener, al menos, un cincuenta por ciento de la puntuación máxima otorgada a la suma resultante de la valoración por criterios referidos a la calidad, es decir, las personas licitadoras deberán obtener como mínimo 40 puntos de valoración en los criterios de valoración número 1, 3 y 4, y en caso contrario, no continuarán en el proceso selectivo.

1. Memoria funcional

La memoria funcional es un documento que define los aspectos esenciales y funcionales de la prestación del servicio requerido y, por tanto, implica la evaluación de las propuestas presentadas por las personas licitadoras. Se dará prioridad a las propuestas que mejor respuesta den a las necesidades asistenciales complementarias manteniendo un alto estándar de calidad.

Se aportará Memoria Funcional que se valorará hasta un máximo de 48 puntos y constará de los distintos planteamientos realizados en base a los siguientes apartados, aquellos que no se acompañen de un valor numérico, deben constar en la memoria, pero no se valoran:

1.2. Disponibilidad de profesionales: Se valorará la disponibilidad de profesionales de todas las categorías que intervienen en la realización de las pruebas diagnósticas, especialmente de facultativos especialistas puestos a disposición para la prestación del servicio. (Máximo 5 puntos).

Se aportará: Relación nominal del personal que ejecutará el servicio: facultativo y personal de enfermería (incluye Diplomado/a Universitario/a en Enfermería, Técnico de enfermería y Técnicos Especialistas) y celadores del centro/s, detallando nombre, dos apellidos, D.N.I. y copias compulsadas de los títulos acreditativos y demás documentación que les facultan para presta el servicio, así como, tipo de contrato y horas semanales de trabajo. Respecto al personal facultativo, se reflejará la especialidad. En cuanto al documento acreditativo de las titulaciones, en el supuesto que se traten de titulaciones expedidas por países extranjeros, no pertenecientes a la Unión Europea, deberán estar homologados o en trámite de homologación. Se deberá certificar la no vinculación del personal con el que cuenta, al SAS o a cualquiera de las Administraciones Públicas.

Además, se presentará información detallada según lo requerido en la ficha del **anexo VI BIS** “Formulario información memoria asistencial”, para valoración de la disponibilidad de profesionales por cada sesión de 7 horas.

(...)

1.3.2. Número de sesiones semanales, especificando el número de pacientes citados para cada sesión. (Máximo 8 puntos). Se valorará el mayor número de sesiones ofertadas en turnos mañana-tarde, correspondiendo la máxima puntuación a la mejor oferta y el resto de ofertas de forma proporcional.

Deberán presentar información detallada según lo requerido en la ficha **anexo VI BIS** “formulario información memoria asistencial”, para valoración del número de pruebas diagnósticas ofertadas semanalmente.

1.3.3. Descripción de las Unidades Funcionales, estructura, dotación, ubicación de estas y el horario ofertado para la asistencia. (Máximo 2 puntos). Se valorará como entienden y se comprometen a cumplir con los requisitos asistenciales establecidos en el acuerdo marco.

Se aportará descripción detallada sobre cómo, cuándo y dónde, cumplirán con el objeto de la prestación del servicio. Especificando entre otros aspectos: la existencia de mobiliario clínico y general adecuado, accesibilidad de las salas, confortabilidad, zonas de recepción, zonas de espera, aseos, vestuarios y todo lo contemplado en el punto 4 del PPT.

(...)

1.5 Programa de acogida y recepción de enfermos. (Máximo 1 punto) El programa de acogida y recepción de enfermos es crucial para garantizar una experiencia de atención integral y de calidad a los usuarios. Entre otras cuestiones se valorará la eficiencia y tiempo de espera, personal y atención al usuario, información y comunicación, como-



didades y confort, accesibilidad y señalización, coordinación entre servicios, satisfacción del paciente, flexibilidad y personalización, y seguimiento y mejora continua.

Se aportará copia del programa de acogida y recepción de enfermos

(..)

1.7. Contrato de mantenimiento de los equipos. *Se valorará el tiempo de respuesta, servicio prestado por el fabricante, periodicidad del mantenimiento preventivo. (Máximo 2 puntos)*

Se presentará copia del contrato de mantenimiento de los equipos suscrito con empresa autorizada, que deberá encontrarse vigente durante el plazo de ejecución del acuerdo marco y los contratos basados.

1.8. Procedimiento de gestión de reclamaciones. *Se valorará la solución aportada en tiempos de respuesta, contacto directo con el usuario, respuesta por escrito, plazos. (Máximo 1 punto)*

Se presentará descripción del procedimiento de gestión de reclamaciones.”

La controversia se suscita en torno a la introducción de elementos de carácter objetivo en los subcriterios que acabamos de transcribir dentro de la valoración del criterio “*memoria funcional*” lo que constituye, a juicio de la recurrente, la incorporación de parámetros objetivables que determinan la improcedencia de su utilización como criterios sujetos a juicio de valor.

Pues bien, analizada la cuestión por este Tribunal, y sin perjuicio de lo que se analizará a continuación, respecto de la falta de concreción de los aspectos a ponderar en la valoración de los subcriterios dentro del criterio “*memoria funcional*” sujeto a juicio de valor, lo cierto es que la introducción de parámetros claramente objetivos que pudieran determinar la naturaleza de un criterio automático se constata por parte de este Tribunal en el subcriterio 1.3.2 en el que, aparte de otras cuestiones que quedarían al margen del análisis atendiendo a lo estrictamente planteado por la recurrente, apreciamos que en el referido subcriterio efectivamente se aplica para su valoración una fórmula netamente automática siendo el objeto de valoración un elemento cuantitativo del número de sesiones semanales. En tal caso, entendemos que no puede considerarse realmente un criterio sujeto a juicio de valor porque el técnico no realizará ponderación alguna sujeta a la discrecionalidad técnica y apreciación subjetiva de quien la realiza en orden a la asignación de puntuación sino que esta resulta de la aplicación de una fórmula matemática.

Procede, por tanto, la estimación del motivo de impugnación alegado respecto del subcriterio 1.3.2.

El segundo motivo de impugnación que formula la recurrente respecto de los criterios de adjudicación se circunscribe a determinar si los subcriterios a que antes nos hemos referido infringen lo establecido en el artículo 145.5 de la LCSP, ante la falta de concreción y precisión denunciada en el recurso y por ende, si otorga al órgano de contratación un ámbito de decisión ilimitada en la valoración de las proposiciones.

Pues bien, el artículo 145.5 de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que los criterios de adjudicación deben formularse de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no confiriendo al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Esta regulación más completa y exhaustiva del artículo 145 del texto legal contractual respecto al artículo 150 del texto derogado obedece a la transposición del artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, y está en absoluta sintonía con la doctrina de los tribunales de recursos contractuales que ya venían denunciando en sus resoluciones, bajo la vigencia del texto refundido derogado, que algunos criterios de adjudicación, en particular, los sujetos a juicio de valor, o bien carecían de vinculación al objeto del contrato o no estaban formulados de manera objetiva al no establecer



adecuadamente los aspectos evaluables y las pautas a seguir para su ponderación con clara vulneración del principio de igualdad de trato a la hora de preparar las ofertas.

Así, este Tribunal ha apreciado falta de objetividad en el caso de criterios sujetos a juicio de valor con aspectos de evaluación abiertos (v.g. Resoluciones 192/2019 y 354/2019, entre otras) o sin pautas o reglas de ponderación (v.g. Resolución 331/2019, entre otras muchas).

Queda claro, pues, que todo criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor debe precisar los aspectos evaluables y las pautas de ponderación de estos, más aún si la puntuación asignada a aquellos es elevada, pues se trata en definitiva de conciliar la discrecionalidad técnica en la valoración de las proposiciones con el conocimiento por parte de los licitadores, a la hora de preparar sus ofertas, de qué elementos se tomarán en consideración y cómo se ponderarán.

En el supuesto que nos ocupa, la recurrente denuncia que en los criterios de adjudicación tan solo se incluyen la información a facilitar, pero no se especifican los criterios que se utilizarán para la ponderación o valoración de cada uno de esos elementos que permitan a los licitadores conocer de antemano el modo en que se puede obtener la máxima puntuación.

Pues bien, aunque los subcriterios de adjudicación no establecen expresamente pautas para su ponderación, hemos de tener en cuenta que la puntuación asignada a los mismos es muy baja (1, 2 o 5 puntos), lo que unido a la exhaustiva definición de los aspectos a valorar en cada subcriterio, determina un margen de discrecionalidad muy acotado para el órgano evaluador sin que pueda apreciarse un ámbito de decisión ilimitado a la hora de valorar las distintas ofertas. En cambio, tratándose de la valoración de los equipos diagnósticos, la ponderación puede alcanzar hasta los 25 puntos, puntuación no desdeñable sin que el PCAP prevea parámetro o pauta para la distribución de esa puntuación.

Con base en las consideraciones realizadas, el motivo debe estimarse parcialmente.

UNDÉCIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre el motivo referente a la conformidad a derecho de la exigencia de seguro de responsabilidad civil conforme a la cláusula 8.3 del PCAP.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Considera que la exigencia de la formalización de una póliza de seguro que cubra las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de los contratos basados, conforme a la cláusula 8.3 del PCAP, resulta contraria a derecho por las siguientes razones:

Primero, porque el órgano de contratación no ofrece información alguna sobre el número de siniestros y/o otras circunstancias que permitan justificar el importe del seguro de responsabilidad civil (700.000 euros)

Segundo, porque el coste del seguro de responsabilidad civil no ha sido tomado en consideración a la hora de determinar el presupuesto base de licitación.

Invoca como respaldo de la conclusión alcanzada la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contenida en su Resolución 953/2021, de 30 de julio.

2. Alegaciones del órgano de contratación.



El informe del órgano solicita la desestimación del motivo por considerar que el seguro de responsabilidad civil exigido es legalmente válido y su justificación deriva de la conexión entre la prestación contractual que es objeto del contrato, y la necesidad de proteger contra posibles riesgos y responsabilidades que el contratista o la entidad contratante pueda tener frente a terceros durante la ejecución del contrato. Respecto del importe señalado, considera que entra dentro del ámbito de la potestad discrecional de la Administración, y que es proporcional e idóneo si se atiende a la complejidad de las pruebas diagnósticas objeto de licitación y la configuración del expediente mediante un acuerdo marco con varios empresarios estando la ejecución de la prestación de los contratos basados sujeta a criterios de calidad. Por otra parte, señala la ausencia de acreditación por la recurrente de que el referido importe restringe la competencia de manera injustificada.

3. Consideraciones del Tribunal.

El motivo de impugnación versa sobre la no conformidad a derecho del seguro de responsabilidad civil que exige la cláusula 8.3 del PCAP.

La referida cláusula establece lo siguiente:

«La persona adjudicataria, con carácter previo a la formalización del acuerdo marco, deberá aportar a través de Si-REC-Portal de Licitación Electrónica:

(...)

- Documento acreditativo de haber formalizado una póliza de seguro que cubra las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de los contratos basados. El importe mínimo asegurado será setecientos mil euros/anual (700.000,00 €), con independencia de la obligación del adjudicatario de responder por todos los daños y perjuicios que cause e independientemente del número de lotes adjudicados. La vigencia de la póliza se acreditará periódicamente hasta la extinción de los contratos basados».

La recurrente basa la ilicitud de esta exigencia, en primer lugar, en la falta de información sobre el número de siniestros y/o otras circunstancias que permitan justificar el importe exigido, y denuncia la falta de justificación reforzada habida cuenta que se trata de un seguro adicional al importe de las garantías que tendrá que prestar el adjudicatario. Por otro lado, se plantea la falta de inclusión del importe del seguro a la hora de determinar el presupuesto base de licitación, cuestión que ya ha sido analizada y resuelta por este Tribunal en la consideración jurídica sexta a la cual nos remitimos.

Pues bien, el enfoque de la cuestión planteada ha de partir de la configuración de la exigencia de la póliza de responsabilidad civil conforme a lo establecido en los pliegos.

En ese sentido, la cláusula 8.3 del PCAP incluye, entre la documentación que habrá de exigirse al adjudicatario, con carácter previo a la formalización del contrato, la aportación del seguro de responsabilidad civil por el importe que en aquella se fija.

La obligación de suscribir un seguro de responsabilidad profesional puede establecerse en los pliegos como requisito de solvencia económica para determinados contratos de servicios de carácter profesional. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, claramente no se ha optado por la exigencia del seguro profesional como requisito de solvencia. No tratándose, por tanto, de un requisito de solvencia, debería haber sido, en su caso, calificado, como condición especial de ejecución. Al respecto, el artículo 202 de la LCSP dispone lo siguiente: “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. En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.”

El apartado 2 del precepto diferencia entre condiciones de ejecución que podrán referirse “*en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.*” En efecto el artículo 202 LCSP debe su origen y fundamento al artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE, que dispone lo siguiente:

“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.”

El Informe 1/2020, de 16 de marzo, de la Junta Consultivo de contratación Pública del Estado aborda las condiciones especiales de ejecución del contrato, en ella se recogen como obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, como elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas. Su inclusión no incide en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia en la fase de ejecución del contrato.

En ese sentido, el propio informe del órgano al recurso reafirma la naturaleza de condición especial de ejecución del contrato, al indicar de manera expresa que “*El seguro de responsabilidad civil requerido en la cláusula 8.3 del PCAP es legalmente válido siendo una práctica habitual la exigencia de póliza de seguro que cubra las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de, en este caso, los contratos basados. Su justificación deriva de la conexión existente entre la prestación contractual que es el objeto del contrato y la necesidad de proteger contra posibles riesgos y responsabilidades que el contratista o la entidad contratante puedan tener frente a terceros durante la ejecución del contrato. Este seguro garantiza una cobertura adecuada a los casos en que se deba asumir responsabilidades, salvaguardando los intereses de todas las partes involucradas en el contrato a la vez que se cumple con la normativa legal exigible. (Artículo 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias)*”.

Por lo que respecta al importe, que es cuestionado por la recurrente, el informe del órgano lo justifica dentro de la potestad discrecional de la Administración, considerándolo proporcional e idóneo acorde a la complejidad de las pruebas diagnósticas y teniendo en cuenta la configuración del expediente mediante un acuerdo marco con varios empresarios y la ejecución de la prestación de los contratos basados bajo criterios de calidad, y añadiendo que en el establecimiento de dicho importe se ha considerado la no limitación de la libre concurrencia.

Pues bien, en el expediente de contratación no encontramos, efectivamente, justificación alguna sobre la exigencia de la póliza de responsabilidad civil que, de haber sido configurada como condición especial de ejecución debería hallarse motivada su elección en el expediente conforme al artículo 116.4 de la LCSP.

Por ello, ante la ausencia de justificación al respecto, y la infracción del artículo 116. 4 de la LCSP, este Tribunal estima que procede estimar el motivo de impugnación, al concluir que la previsión de la exigencia de un seguro de responsabilidad civil no se acomoda a lo establecido legalmente, en los términos que hemos analizado.



DUODÉCIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre el motivo referente a la infracción del artículo 215.2 e) de la LCSP.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Esgrime que la cláusula 30 del PCAP infringe el artículo 215.2 e) de la LCSP al permitir únicamente la subcontratación de los prestadores o servicios asociados a los mismos, sin que aparezca justificada la limitación de la subcontratación. En ese sentido, señala que la memoria justificativa guarda silencio sobre dicho extremo, sin recoger ninguna razón por la que se considere que la subcontratación del resto de tareas puede repercutir de manera negativa, en la correcta prestación del servicio. Invoca, en apoyo de su pretensión, la Resolución 1205/2021, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Asimismo, la recurrente advierte que la referida prohibición de subcontratación resulta incompatible con el hecho de que los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor incorporen como elemento determinante la existencia y contenido de los contratos de mantenimiento de los equipos que serán utilizados para la ejecución de acuerdo marco, puesto que, a su entender, es imposible que dicha ejecución pueda ser llevada a cabo por los prestatarios del servicio, primero, porque determinaría la pérdida de la garantía del equipo, y segundo, porque está prohibida expresamente en los contratos de adquisición de los equipos, según se desprende del subapartado 1.7.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación, en el informe al recurso, defiende la validez de la previsión que se cuestiona, aludiendo al hecho de que la prestación de la asistencia sanitaria se considera crítica y es obligación de la Administración garantizar la calidad y la precisión de los resultados de las pruebas diagnósticas, por lo que se considera no admisible la subcontratación de la prestación del servicio.

En ese sentido, manifiesta que *“la adjudicación del acuerdo marco se llevará a cabo tras la valoración de cada uno de los centros asistenciales que se oferten y pongan a disponibilidad para la prestación del servicio, con unas características y especificaciones técnicas concretas, su específico equipamiento diagnósticos, la especial cualificación profesional de su personal, instalaciones, procedimientos de derivación, etc. por lo que sería una total incongruencia que, una vez adjudicado, las personas adjudicatarias seleccionadas de acuerdo con todo esto, subcontraten el servicio sanitario en cuestión a un centro sanitario cuyas calidades no hayan sido valoradas de igual manera, no pudiendo quedar garantizada la calidad y precisión que se persigue con la adjudicación de este procedimiento, y que la Administración debe garantizar para asegurar la buena marcha de los servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía”*. Sostiene, además, que la consideración como crítica de las tareas que constituyen la realización del objeto el acuerdo marco se encuentran convenientemente justificadas en el PCAP, no así en la memoria justificativa por no existir precepto legal que imponga su inclusión en aquella.

3. Consideraciones del Tribunal.

El motivo de impugnación versa sobre la cláusula 30 del PCAP que, bajo la rúbrica, “Subcontratación” dispone lo siguiente:

«La persona contratista no podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo, salvo la subcontratación de servidores o los servicios asociados a los mismos, ya que se consideran todas las tareas de la prestación del servicio asistencial como críticas, al tratarse de tareas directamente relacionadas tanto con las características y espe-



cificaciones técnicas de los equipos valorados en la adjudicación, como con las capacidades de los profesionales a la hora de garantizar la calidad y precisión de los resultados, especialmente si se trata de pruebas críticas para la salud pública y el poder de policía necesario, por parte de la Administración, para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía».

Pues bien, para resolver la controversia, es preciso reproducir el artículo 215 letra e) de la LCSP invocado por ambas partes. El referido precepto establece lo siguiente:

«De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no pueden ser objeto de subcontratación, debiendo ser ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación»

Como se dispone claramente en el artículo, y ha puesto de manifiesto el órgano de contratación, resulta válida la posibilidad de limitar la subcontratación en el PCAP, sin que ello suponga ningún problema desde el punto de vista legal. Sin embargo, dicha limitación requiere que la parte que se limite sea una tarea crítica y que la determinación de dicha tarea o tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

En este sentido, alega el órgano de contratación que en el supuesto examinado la justificación de la tarea crítica -que fundamenta la prohibición de subcontratación- se encuentra justificada en la cláusula cuestionada, donde se recoge tanto aquella (a excepción de la subcontratación de los servidores o servicios asociados a los mismos) como la justificación del carácter crítico, al tratarse de tareas directamente relacionadas con las características y especificaciones técnicas de los equipos así como con las capacidades profesionales a la hora de garantizar la calidad y precisión de los resultados.

Pues bien, a la vista de lo anterior entendemos que, a pesar de que desde un punto de vista formal, la justificación del carácter crítico de las tareas objeto del contrato, en las que se basa la prohibición de subcontratación, debería figurar en el expediente de contratación (tal y como exige el último inciso del artículo 215 letra e) de la LCSP -a diferencia de lo que sostiene el órgano de contratación en su informe- lo cierto es que en la cláusula 30 del PCAP se encuentra, sucinta, pero convenientemente justificada, la prohibición por el carácter crítico de la prestación por lo que, desde un punto de vista sustantivo, este Tribunal no advierte la infracción del artículo 215 que se denuncia.

Por otra parte, la recurrente alega la incompatibilidad de la prohibición de subcontratación establecida en la cláusula 30 del PCAP con el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor establecido en el apartado 1.7 relativo al “*contrato de mantenimiento de los equipos*”.

En este sentido considera que el aspecto que figura en el referido apartado y que se refiere al servicio prestado por el fabricante, es incompatible con la referida prohibición y representa una muestra de la deficitaria técnica con la que se han elaborado los pliegos y la documentación justificativa.

El criterio de adjudicación que se invoca por la recurrente tiene la siguiente redacción:

*«1.7 Contrato de mantenimiento de los equipos. Se valorará el tiempo de respuesta, servicio prestado por el fabricante, periodicidad del mantenimiento preventivo. (Máximo 2 puntos)
Se presentará copia del contrato de mantenimiento de los equipos suscrito con empresa autorizada, que deberá encontrarse vigente durante el plazo de ejecución del acuerdo marco y los contratos basados»*



Este Tribunal, sin entrar a valorar los aspectos de “deficitaria técnica” que plantea la recurrente, no obstante, no aprecia la incompatibilidad alegada en la medida que la prohibición de subcontratación establecida en la cláusula que se cuestiona va referida únicamente a la ejecución de las tareas críticas en que consiste la prestación de asistencia sanitaria (realización de pruebas diagnósticas) que es propiamente el objeto contractual. En este sentido, razones de sentido común obligan a interpretar, como la propia recurrente señala, que sería imposible que el mantenimiento de los equipos pudiera ser efectuado por alguien distinto del fabricante porque ello determinaría la pérdida de la garantía del equipo y sin que ello sea incompatible con la prohibición de subcontratación prevista en los pliegos para la ejecución de las tareas que integran el objeto del contrato.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

DECIMOTERCERO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: sobre el motivo de impugnación referente a la infracción del artículo 221.4 de la LCSP.

Por razones de sistemática, abordaremos de manera conjunta en la presente consideración, los motivos de impugnación décimo cuarto y décimo quinto del recurso referidos a la infracción del artículo 221.4 de la LCSP.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente considera que la configuración del sistema de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco -previsto en la cláusula 23.3 del PCAP- resulta incompatible con la regulación contenida en el artículo 221.4 de la LCSP, ya que este precepto únicamente permite elegir entre uno de los dos sistemas (con o sin licitación) criticando que la decisión sobre el sistema de adjudicación pueda ser elegido a posteriori por el órgano de contratación bastando con la mera justificación de la necesidad y que la misma quede resuelta con arreglo a las condiciones descritas. Sostiene que se introduce un elemento de incertidumbre incompatible con los principios de igualdad de trato, concurrencia y seguridad jurídica ya que la legalidad de los pliegos exige su determinación.

Por otro lado, señala que la referida cláusula incurre en una segunda infracción del artículo 221.4 de la LCSP ya que – sostiene- para que la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco pueda producirse sin acudir a una nueva licitación, se exige que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicataria del contrato basado. Y, a su juicio, la referida cláusula solamente cumple parcialmente dicha exigencia ya que no indica en qué supuestos y / o condiciones se utilizarán cada uno de los criterios recogidos en los subapartados B) C) D) y E) de la cláusula, ni tampoco especifica la regla de prelación entre dichos criterios, introduciendo, con ello, un elemento de incertidumbre que no resulta compatible con los principios de igualdad de trato, transparencia y seguridad jurídica.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en el informe al recurso defiende la validez del sistema de adjudicación diseñado en los pliegos e indica que, en el caso que nos ocupa, todos los términos están fijados y por eso, se establecen dos sistemas de adjudicación de los contratos basados, de conformidad con el artículo 221.4 de la LCSP, sin nueva licitación, mediante el procedimiento previsto en la cláusula 23.3.2 y con una nueva licitación, mediante el procedimiento previsto en la cláusula 23.3.1 para su adjudicación (cláusula 23.3.1 del PCAP). Defiende que, desde esta perspectiva, la elección de ambos sistemas de selección y la determinación de los supuestos en los que cabe determinar qué sistema será el aplicable cumple las previsiones del precepto legal al quedar determinando claramente el supuesto en el que es posible acudir a una nueva licitación, por considerarse conveniente obtener mejoras relacionadas con el precio unitario y estableciendo que, con carácter general, “*los contratos basados se adjudicarán sin nueva licitación a las personas adjudicatarias del acuerdo marco, en el caso de que haya solamente*



una persona adjudicataria de lote/grupación de lotes, o en que el órgano de contratación justifique la necesidad y que la misma quede resuelta en base a las condiciones objetivas descritas más adelante”.

En ese sentido, niega que se introduzca un elemento de incertidumbre porque los supuestos para acudir a uno u otro sistema de adjudicación están claramente definidos en el PCAP.

Por otro lado, niega la alegación de infracción de los principios de igualdad de trato, transparencia y seguridad jurídica, al entender que la cláusula 23.3.2 del PCAP, para los supuestos en que la adjudicación de los contratos basados se realice sin nueva licitación, prevé las condiciones objetivas para determinar qué empresa del acuerdo marco deberá ser adjudicataria del contrato basado y ejecutar la prestación, y por tanto, el pliego respeta el precepto legal al concretar los términos y condiciones objetivas que serán tenidas en cuenta a la hora de adjudicar un contrato basado sin nueva licitación.

3. Consideraciones del Tribunal.

La controversia se suscita en torno a la configuración del sistema de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco regulada en la cláusula 23.3 del PCAP que tiene la siguiente redacción:

«23.3. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS BASADOS EN EL ACUERDO MARCO POR AMBOS SISTEMAS, SIN LICITACIÓN O CON LICITACIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN.

23.3.1. *Puesto que el acuerdo marco se celebra con varias personas empresarias, y en él se encuentran fijados todos los términos, los contratos basados se realizarán conforme al procedimiento establecido en el artículo 221.4 de la LCSP y en los términos que se indican en el presente pliego del acuerdo marco.*

La adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco pueda realizarse por ambos sistemas, sin licitación y con licitación de conformidad con lo estipulado en el artículo 221.4 a) de la LCSP.

Los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación son los siguientes:

Como regla general, los contratos basados se adjudicarán sin nueva licitación a las personas adjudicatarias del acuerdo marco, en el caso de que haya solamente una persona adjudicataria de lote/grupación de lotes, o en que el órgano de contratación justifique la necesidad y que la misma quede resuelta en base a las condiciones objetivas descritas más adelante.

Se acudirá a la adjudicación con nueva licitación por considerarse conveniente obtener mejoras relacionadas con el precio unitario.

23.3.2. Sin nueva licitación.

En el caso en el que la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco se realice sin nueva licitación no será necesario convocar a las partes a una nueva licitación.

Los términos para la adjudicación de los contratos basados, de entre las empresas que hayan sido seleccionadas en el acuerdo marco, se basarán en las condiciones objetivas siguientes:

A. Cuando exista un único proveedor o por exclusividad en el lote/grupación de lotes.

B. Por accesibilidad y disponibilidad equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva: *De los centros adjudicatarios del acuerdo marco que se encuentren dentro de una distancia menor o igual a 20 km al centro derivador, el que tenga adjudicado en el acuerdo marco disponibilidad de equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva y menor precio.*

Para medir la distancia se utilizará la ruta más cercana entre el centro derivador y el centro sanitario adjudicatario, según la aplicación Google Maps.



Si por saturación o por incapacidad de dar respuesta al total de los procedimientos ofertados en el plazo establecido de ejecución en el contrato basado, se podrá acudir al siguiente proveedor dentro del mismo tramo de distancia menor o igual 20 km y con disponibilidad de equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva y siguiente menor precio para la demanda no satisfecha.

Y así sucesivamente, por accesibilidad, disponibilidad de equipo diagnóstico para atender a pacientes con características especiales de manera efectiva y mejor precio, hasta que la demanda se encuentre adjudicada en el tiempo establecido para su ejecución. Caso de no existir ningún centro adjudicatario en ese tramo se acudirá por orden a los sucesivos tramos de la siguiente tabla: (...)

Por accesibilidad nos referimos a la facilidad con la que los usuarios del SAS pueden llegar a los centros sanitarios concertados, implicando que dichos centros deben estar ubicados de manera estratégica y conveniente para que los usuarios puedan acceder a ellos sin dificultades significativas en términos de distancia y/o tiempo de desplazamiento. Se han estimado los tramos anteriores, ya que se consideran razonables con los tiempos de desplazamientos y distancias medias que se emplean en los desplazamientos dentro de una misma área hospitalaria y se consideran idóneas para la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación, asegurando que los servicios estén geográficamente accesibles para una amplia gama de usuarios que puedan necesitarlos.

Se considerará que un centro se encuentra saturado cuando no pueda asumir más derivaciones y/o no puedan dar respuesta en el tiempo de ejecución establecido, o cuando se haya dispuesto al menos del 95% de las sesiones recogidas en su oferta, pudiéndose acudir al siguiente adjudicatario.

C. Por Accesibilidad y Puntuación Total (Económica más Técnica): *De los centros adjudicatarios del acuerdo marco que se encuentren dentro de una distancia menor o igual a 20 km al centro derivador, el que tenga adjudicado en el acuerdo marco la mayor puntuación total (económica más técnica).*

Para medir la distancia se utilizará la ruta más cercana entre el centro derivador y el centro sanitario adjudicatario, según la aplicación Google Maps.

Si por saturación o por incapacidad de dar respuesta al total de los procedimientos ofertados en el plazo establecido de ejecución en el contrato basado, se podrá acudir al siguiente proveedor dentro del mismo tramo de distancia menor o igual 20 km y con la segunda mayor puntuación total (económica más técnica) para la demanda no satisfecha.

Y así sucesivamente, por accesibilidad y mayor puntuación total, hasta que la demanda se encuentre adjudicada en el tiempo establecido para su ejecución.

Caso de no existir ningún centro adjudicatario en ese tramo se acudirá por orden a los sucesivos tramos de la siguiente tabla: (...)

Por accesibilidad nos referimos a la facilidad con la que los usuarios del SAS pueden llegar a los centros sanitarios concertados, implicando que dichos centros deben estar ubicados de manera estratégica y conveniente para que los usuarios puedan acceder a ellos sin dificultades significativas en términos de distancia y/o tiempo de desplazamiento. Se han estimado los tramos anteriores, ya que se consideran razonables con los tiempos de desplazamientos y distancias medias que se emplean en los desplazamientos dentro de una misma área hospitalaria y se consideran idóneas para la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación, asegurando que los servicios estén geográficamente accesibles para una amplia gama de usuarios que puedan necesitarlos.



Se considerará que un centro se encuentra saturado cuando no pueda asumir más derivaciones y/o no puedan dar respuesta en el tiempo de ejecución establecido, o cuando se haya dispuesto al menos del 95% de las sesiones recogidas en su oferta, pudiéndose acudir al siguiente adjudicatario.

D. Por Accesibilidad y Calidad: De los centros adjudicatarios del acuerdo marco que se encuentren dentro de una distancia menor o igual a 20 km al centro derivador, el que tenga adjudicado en el acuerdo marco la mayor puntuación en los criterios de calidad. Para medir la distancia se utilizará la ruta más cercana entre el centro derivador y el centro sanitario adjudicatario, según la aplicación Google Maps.

Si por saturación o por incapacidad de dar respuesta al total de los procedimientos ofertados en el plazo establecido de ejecución en el contrato basado, se podrá acudir al siguiente proveedor dentro del mismo tramo de distancia menor o igual 20 km y con la segunda mayor puntuación en los criterios de calidad para la demanda no satisfecha.

Y así sucesivamente, por accesibilidad y mayor puntuación en los criterios de calidad, hasta que la demanda se encuentre adjudicada en el tiempo establecido para su ejecución.

Caso de no existir ningún centro adjudicatario en ese tramo se acudirá por orden a los sucesivos tramos de la siguiente tabla:(...)

(...)

Por su parte, la cláusula 23.3.3 del PCAP regula el procedimiento para la adjudicación de los contratos basados con nueva licitación estableciendo lo siguiente:

«En el caso en el que se la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco se realice con nueva licitación las personas adjudicatarias del acuerdo marco estarán obligadas a presentar oferta válida, por medios electrónicos a través de SiREC-Portal de licitación electrónica, en todas las licitaciones a las que sean invitadas, salvo cuando no estén en condiciones de ejecutar el contrato basado por causas de fuerza mayor o no se encuentre en condiciones de realizar el objeto del contrato por saturación, debiendo en estos casos justificar la imposibilidad de presentar oferta o incapacidad por circunstancias ajenas a la debida diligencia de la empresa o una excesiva derivación asistencial. El incumplimiento de esta obligación, que se considera esencial, por causa no justificada, dará lugar a la resolución del acuerdo marco. Se entenderá por existencia de la situación de saturación para la prestación asistencialmente demandada, cuando por relación directa de la adjudicación de contratos basados, se tenga ocupada al menos el 95% de la capacidad asistencial ofertada por el centro sanitario concertado, que estará obligado a comunicar al órgano de contratación.

Asimismo, quedan exceptuadas de la obligación de presentar ofertas las empresas cuyas condiciones de adjudicación en el acuerdo marco superen a las que figuran en la convocatoria del correspondiente contrato basado en el acuerdo marco.

Los términos para la adjudicación de los contratos basados se describen a continuación(...)

Por otro lado, el artículo 221.4 de la LCSP, bajo la rúbrica, “Adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco” cuya infracción denuncia la recurrente dispone lo siguiente:

« (...)4. Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con varias empresas, la adjudicación de los contratos en él basados se realizará:

a) Cuando el acuerdo marco establezca todos los términos, bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación. La posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinar los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que



serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable. Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación.

Las previsiones anteriores serán también aplicables a determinados lotes de un acuerdo marco, siempre que, en relación con ese lote o lotes en concreto, se hubiera cumplido con los requisitos fijados en el citado apartado y con independencia de las previsiones de los pliegos en relación con el resto de lotes del acuerdo marco.

b) Cuando el acuerdo marco no establezca todos los términos, invitando a una nueva licitación a las empresas parte del acuerdo marco.»

Pues bien, analizada la primera cuestión planteada por la recurrente, en los términos que más arriba se han expuesto, entendemos que asiste la razón al órgano de contratación cuando alega que la regulación legal permite el sistema dual cuando el acuerdo marco haya establecido (como es el caso) todos los términos de la licitación, siendo posible, por tanto, acudir a un procedimiento sin licitación o con nueva licitación (artículo 221. 4 letra a). De ahí que la previsión de la cláusula 23.3 cuestionada por la recurrente no infringe, desde la perspectiva analizada, el artículo 221.4 de la LCSP siendo incorrecta, por tanto, la interpretación que efectúa la recurrente del referido precepto.

Por otra parte, cuestiona la recurrente que se introduce un elemento de incertidumbre al prever el pliego como supuesto en que los contratos basados se adjudicarán sin nueva licitación, aparte de que haya solamente una persona adjudicataria, que el órgano de contratación justifique la necesidad y que la misma quede resuelta en base a las condiciones objetivas descritas más adelante.

No compartimos la tesis de la recurrente, ya que, tal y como exige el precepto legal, están determinados los supuestos en que se acudirá o no a una nueva licitación, sin que *a priori* el hecho de que deba venir justificada la necesidad de acudir a la nueva licitación por parte del órgano de contratación acarree el elemento de incertidumbre que denuncia la recurrente. Es más, el propio pliego prevé en la cláusula cuestionada que se acudirá a la adjudicación con nueva licitación por considerarse conveniente obtener mejoras relacionadas con el precio unitario, por lo que, en cualquier caso, la utilización de un sistema u otro (que está permitido por los pliegos) está determinada en los pliegos y especificadas las condiciones objetivas conforme a las que se resolverá la adjudicación de los contratos basados sin nueva licitación.

Finalmente, cuestiona la recurrente que el pliego indique las condiciones objetivas recogidas en los subapartados B), C), D) y E) de la referida cláusula sin indicar los supuestos y/ o condiciones en que se utilizarán cada uno ni las reglas de prelación entre los mismos.

Analizada la cuestión, a la vista del contenido de la citada cláusula, este Tribunal concluye que ha de darse la razón al órgano de contratación en la medida que efectivamente respeta el precepto legal al concretar los términos y condiciones objetivas que serán tenidas en cuenta a la hora de adjudicar un contrato basado sin nueva licitación, por lo que no existe incertidumbre alguna ya que la redacción de las condiciones permite conocer de antemano cuáles son los parámetros que se van a utilizar, que es precisamente, el objeto de denuncia de la recurrente.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.



DECIMOCUARTO. – Efectos de la estimación parcial.-

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto a decimotercero de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la entidad RESONANCIA ABIERTA DE CÓRDOBA, S.L., contra el anuncio de licitación y contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del «Acuerdo marco con varios empresarios por el que se fijan las condiciones para la contratación del servicio de asistencia sanitaria complementaria para pruebas diagnósticas a usuarios del Servicio Andaluz de Salud (SAS) en centros sanitarios y servicios privados de la Comunidad Autónoma de Andalucía y provincias limítrofes pertenecientes a otras Comunidades Autónomas»,(Expte. CONTR 2023 0000875705 (2902/2023), promovido por el Servicio Andaluz de Salud, organismo adscrito a la Consejería de Salud y Consumo, y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho decimocuarto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC 118/2023, de 20 de octubre.

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.

