



Recurso nº 354/2018 C. Valenciana 87/2018

Resolución nº 577/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de junio de 2018.

VISTO el recurso presentado por D. J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (en adelante FENIN) contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del expediente de contratación del *“Suministro de dializadores líneas y material fungible, cesión de equipamiento, dispositivos y monitores necesarios para la diálisis en el Hospital Universitario y Politécnico de La Fe”*; expediente PA 159/2018; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El expediente fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 9 de marzo de 2018. En el expediente no consta justificada la fecha de publicación de los pliegos que se justifica en la documentación adjunta presentada por la recurrente.

El día 6 de marzo de 2018 fue enviado el anuncio del expediente al Diario Oficial de la Unión Europea.

En la plataforma de contratación del Sector Público se publicó el día 8 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado, el 17 de marzo de 2018, y en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana el 12 de marzo de 2018.

Segundo. El procedimiento para la celebración del contrato se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP); el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP); y



el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tercero. El objeto del contrato, definido en el número 1 del anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares, es el *“suministro del material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis (hemodiafiltración on line/hemodiálisis expandida, hemodiálisis de alto flujo, hemodiafiltración/hemodilución/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con heparina y hemodiafiltración/hemofiltración/hemodialisis continua anticoagulación con citrato) en el Hospital La Fe, así como, la cesión de los equipos necesarios para su realización, su mantenimiento y la formación de los usuarios, sin coste para la Administración.”*

El número 4 del anexo al PCAP se dedica al precio; así: *“4.1. Precio (modalidad determinada): Precio unitario: artículo 87.2 del TRLCSP. El precio del contrato se ha formulado en términos de precios unitarios por sesión, atendiendo al precio general del mercado actual, tomando como referencia los precios del mismo material utilizado actualmente en la Unidad de Hemodiálisis y en la UCI del Hospital Universitario y Politécnico La Fe, así como las últimas licitaciones con el mismo objeto.”*

El apartado 6 del anexo al PCAP establece: *“El pago parcial del precio en el presente contrato de tracto sucesivo se realizará de acuerdo con el artículo 216.2 del TRLCSP en función de las entregas sucesivas. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados.*

(...)

El volumen de sesiones realizadas en el periodo mensual se acreditará por la información obtenida por el contador incluido en los monitores, avalada por certificado de conformidad del servicio responsable. A las vista del cual, al precio adjudicado y diferenciado por tipo de sesiones, se facturara mensualmente por la/s empresas adjudicatarias.”

Por último, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) prevé:
“PRESCRIPCIONES TÉCNICAS COMUNES A LOS LOTES 1,2 Y 3



En caso de que fuere necesario prescribir filtros específicos diferentes de los adjudicados debido a alergias a membranas sintéticas y otro tipo de reacción especial, o bien por características antropométricas especiales (gran superficie corporal) el/los adjudicatarios deberán aportar el material específico necesario aun cuando lo comercialice otro proveedor, o bien deberá abonar el material que el hospital deba comprar por estos motivos”.

Cuarto. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste acordada el 21 de febrero de 2014, el 13 de abril de 2018 ha resuelto suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y el convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Valencia, de fecha 10 de abril de 2013 (prorrogado por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 3 de marzo de 2016).

Segundo. El recurso se interpone contra el anuncio del procedimiento de contratación y el pliego de condiciones administrativas particulares, correspondiente a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, siendo el recurso especial en materia de contratación un medio de impugnación adecuado, de conformidad con el artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

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

Asimismo, el artículo 24.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales,



establece en relación con la legitimación para interponer el recurso: *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/ 2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.

El artículo 1 de los Estatutos de La Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) prevé que: *“La Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Fenin), denominada en lo sucesivo Federación, es una organización profesional de carácter federativo e intersectorial, de ámbito nacional, que asume la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de las empresas u organizaciones profesionales de empresas o empresarios que voluntariamente se integren en ella, y de cuantas actuaciones tengan por objeto la realización de los fines específicos de la Federación (...)”*.

El artículo 10.1 de los Estatutos determina los sujetos que pueden ser miembros de FENIN, señalando que: *“1. Podrá ser miembro de la Federación:*

a) Toda persona, natural o jurídica, que legalmente ejerza una actividad industrial o comercial, como importación, fabricación, distribución, venta, mantenimiento, servicio y asistencia técnica de tecnología y productos sanitarios, e igualmente aquéllas que importen, fabriquen o distribuyan material auxiliar relacionado con dicha tecnología o conexas con la investigación, la sanidad, la educación, la industria y que deseen formar parte de la Federación, mediante el abono de la cuota asignada y el cumplimiento del Estatuto y Reglamento de Régimen Interior de Fenin.

b) Las organizaciones o asociaciones a través de las cuales dichas personas se agrupen”.

El artículo 7.1 de los Estatutos de FENIN reconoce entre los fines de ésta, representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros.



El artículo 8.7 de los Estatutos, incluye también entre los fines de FENIN, ejercitar ante los poderes públicos las acciones que correspondan en defensa del empresariado y de sus intereses.

De conformidad con el artículo 42 del TRLCSP, a la luz de los Estatutos de FENIN debe reconocerse a ésta legitimación para defender los intereses colectivos de las empresas que eventualmente puedan licitar en el procedimiento de contratación de los suministros.

Cuarto. El recurso fue interpuesto el día 2 de abril de 2018 en el registro de este Tribunal. El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el día 9 de marzo de 2018, por lo que debe estimarse cumplido el requisito temporal de quince días para interponer el recurso exigido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Quinto. El recurso impugna la configuración que hace el PCAP para determinar y pagar el precio. El precio del suministro, de acuerdo con las cláusulas transcritas en los antecedentes, queda fijado en consideración a las sesiones de diálisis realizadas por el hospital según resulte de los monitores de los equipos de diálisis.

En los argumentos del recurso se estiman infringidos los artículos 216.2 y 4, 292, 293 del TRLCSP toda vez que el pago del precio no se hace en consideración a las entregas sucesivas sino por el uso que de los materiales suministrados haga el hospital y la conformidad del servicio del hospital responsable. El precio que pagaría el contratista es el resultado no del suministro de los materiales sino de las diálisis que practique el hospital.

El artículo 216.2 y 4 del TRLCSP dispone: “2. *El pago del precio podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.*”

(...)

4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 222. 4, y si se demorase, deberá abonar



al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 222.4 y 235. 1, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación, siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 9 de la Ley 3/ 2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de presentación de la factura en el registro correspondiente, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono”.

Asimismo, se vulneran los artículos 292.3 y 293 del TRLCSP y el artículo 1256 del Código Civil.

El artículo 292 regula entrega y recepción de los bienes objeto del suministro y los riesgos de éste, señalando: “1. *El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.*

2. Cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que ésta hubiere incurrido en mora al recibirlos.



3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos”.

El artículo 293 establece el régimen del pago del precio, así: *“El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato”.*

El Código Civil en el artículo 1256 dispone que: *“La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”*

La recurrente trae a los fundamentos del recurso varias sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo y dos resoluciones de este Tribunal en las que se trata la validez de las cláusulas como las empleadas por el órgano de contratación del Hospital de la Fe de Valencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, nº. 1858/2017, de 28 de noviembre, resolviendo el recurso de casación contra la Sentencia n.º 259, dictada el 27 de mayo de 2015 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y recaída en el recurso n.º 489/2014, con fundamento en las infracción de los artículos 293 del TRLCSP y el 1256 del Código Civil rechazó el recurso del órgano de contratación en base a los argumentos siguientes: *“En todo caso, para la sentencia --y para el escrito de oposición-- el cumplimiento del contrato de suministro, no sólo no puede --como no puede ningún otro-- quedar al arbitrio de una de las partes sino que debe contar con un precio cierto a cambio de la entrega por el contratista a Osakidetza de los bienes, aquí reactivos y equipos, en que ese suministro consiste. No es, ni puede ser, relevante para el mismo la utilización o no utilización que de ellos haga la Administración. Tienen, sin duda, razón.*



La tienen también en que las cláusulas anuladas por el Órgano Administrativo dejaban en la indefinición no sólo la cuantía del precio sino su misma existencia ya que, de no producirse determinaciones gasométricas, nada debería pagar Osakidetza a su suministrador.

Las consecuencias de la crisis económica y las originadas por la política y por las normas producidas para afrontarla, la necesaria racionalización del gasto público, incluido el sanitario, y la eficiencia en la asignación de los recursos disponibles no conducen a la inobservancia de las prescripciones legales sobre los contratos. Esos objetivos deben y pueden buscarse de otras formas.

De igual modo, la atención a la realidad social del momento en que las normas han de aplicarse no puede llevar a ignorarlas ni a cambiar los contratos, en este caso del de suministro.

En definitiva, el motivo no puede prosperar.”

La Sentencia n.º 259, dictada el 27 de mayo de 2015 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y recaída en el recurso n.º 489/2014, consideró que: “El régimen del contrato de suministro, en lo que hace al caso, la determinación del precio en función de “los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato” (artículo 293 TRLCSP) es un régimen reglado o de Derecho necesario y, por lo tanto, no admite las variaciones o usos alternativos introducidos en los Pliegos de la contratación anulados por el acuerdo recurrido, concretamente, en los puntos 3 y 4 de la Carátula del PCAP.

Y no es solo el quantum de esa contraprestación o derecho del contratista lo que resulta afectado por las cláusulas en cuestión, sino también el momento del nacimiento de la obligación de pago y consiguientemente, el régimen de responsabilidad de la contratante por demora o riesgos inherentes al objeto del contrato.

En efecto, el pago mensual del precio “por determinación realizada” deja a expensas de una actividad de la contratante, posterior al suministro de los productos, el cumplimiento de esa



obligación, lo que no puede aceptarse sin subvertir el régimen- no disponible-del contrato de suministros, a costa de derechos esenciales del contratista.

Las certidumbres señaladas por la recurrente sobre el número de gasometrías previstas, el funcionamiento prácticamente automático de las máquinas y la garantía de rendimientos (hasta del 99, 55 %) ofrecidas por los licitadores pueden atemperar, si acaso, los resultados de la estipulación sobre el pago del precio, pero no salvan las vulneraciones del régimen normativo al que nos hemos referido, tan manifiestas como invalidantes; según la resolución recurrida; según las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia citadas por la demandada y obviadas por la recurrente y según los argumentos de aquella parte”.

La Sentencia de 12 febrero de 2014, Recurso de apelación 111/2013, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla, en su fundamento cuarto señala que: *“el abono del suministro del material - en este caso, fungible necesario para realizar las sesiones de hemodiálisis- se realiza por sesiones, según las que se llevaren a cabo en el hospital con el material suministrado. Ello lleva a concluir en una indeterminación en el precio, quedando la definitiva fijación del mismo al arbitrio de una de las partes, la Administración contratante, sin correspondencia necesariamente efectiva con el material suministrado, de modo que no puede saberse o preverse racionalmente por resultar imposible saber el número de sesiones que va a efectuar el hospital, máxime cuando el contratista carece de cualquier control sobre dicha actividad y sobre la correcta utilización de los materiales suministrados”.*

También la Sentencia 111/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Primera, de 27 de enero, sede de Granada; *“El objeto del contrato es claramente el suministro de material necesario para la realización de determinaciones de gasometrías con destino al Hospital Universitario Virgen de las Nieves, precisando el punto 1.1.3 que el expediente de contratación se instrumenta conforme lo previsto en el art. 172.1 a) del RD Legislativo 2/00, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Y por ello, es de aplicación el art. 186 LCAP que precisa que el adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidos en el contrato; lo que, en el ámbito del presente recurso contencioso administrativo, determina*



que el precio que deba abonarse al adjudicatario debe ser el referente a todo el material suministrado, con independencia de si coincide o es mayor al de las determinaciones realizadas con su utilización, dado que el precio viene así fijado en la Ley para el contrato de suministro, que es el convocado por la Administración sanitaria demandada.”

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, en la Sentencia 219/2014, de 17 de mayo estimó el recurso de conformidad con los siguiente argumentos: *“CONSIDERANDO que la argumentación de fondo de la demanda (indiscutida en la contestación la posibilidad de impugnar los pliegos del concurso, sin esperar a la adjudicación del mismo) se dirige contra el pliego de cláusulas administrativas especiales y técnicas para el caso del concurso público de autos, en el cual tratándose del suministro de material para reactivos y complementos a usar en pruebas analíticas, la determinación del precio a recibir por la empresa suministradora se calcula no sobre el material una vez entregado, sino sobre las determinaciones o resultados conseguidos por la Administración tras el empleo del mismo, lo que contradiría, según la demanda, el dictado del artículo 186 de la ley de contratos de las Administraciones públicas, según el cual en los contratos de suministros, el adjudicatario tendría derecho al abono del precio de los suministros realmente entregados; y es de señalar que efectivamente eso no se compadecería con la previsión de la oferta de autos en que el precio depende del éxito en la operación analítica a realizar en los correspondiente servicios de la Administración; lo cual a su vez, impone sobre el adjudicatario las consecuencias de una posible pérdida o deterioro del material, que no está ya en su mano, sino en la de la Administración; y también impondría a aquél las consecuencias del éxito o del fracaso en la aplicación del material, lo que también se halla fuera del poder del suministrador, por depender de la manipulación que de aquel efectúe el servicio administrativo que lo emplee; y se añade en la demanda que todo ello constituiría una desviación de poder, al estar montando no un contrato de suministros, como se dice, sino el encontrar un tercero que garantiza no ya la calidad del producto que entrega, sino el uso futuro que del mismo pueda hacer el otro contratante, la Administración; lo cual en fin equivaldría a dejar a voluntad de uno de los contratantes el prestar o no la obligación principal que asume en el convenio (en este caso el pago del precio) en contra de lo señalado en el artículo 1.256 del Código civil a propósito de que “el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”; y a ello conduciría en el caso la fijación del precio en atención al resultado del empleo del material suministrado, pues que dependería del cómo se quisiese hacer ello (con*



esmero o con negligencia o descuido) por la Administración, quien haría los pagos a la contraparte en acomodación a unos resultados en todo dependientes del libre actuar de quien los abona.

CONSIDERANDO que esas anomalías de clara presencia en el caso no son despejadas por la Administración, ni en la argumentación de la resolución del concurso de reposición, ni en la del escrito de contestación a la demanda en el presente; pues, se da en dicho escrito como justificación para la situación descrita el juego del principio de libertad de pactos y el de que se trata en el caso de un procedimiento negociado cuyo resultado final no se conoce al formular la Administración la propuesta que aquí se combate; sin embargo, de una parte resulta anómalo en la gestión de los intereses generales esa omnímoda libertad contractual; y, de otro lado, no parece aceptable que se someta a negociación una base contractual contraria a las normas que van expuestas; y no ya porque en una negociación deba efectivamente decidirse ya de entrada si hay extremos presentables o no, pues solo se trataría de propuestas y no de acuerdos, que es lo decisivo, sino porque en el caso de autos la negociación no es de una empresa con la Administración, sino de varias de ellas, con lo que introducir en el debate plurilateral o de competencia entre ellas extremos no procedentes jurídicamente podría acarrear consecuencias en el resultado final, en cuanto a la posible aceptación de condiciones que en un escenario de limpieza legal habrían podido ser diferentes; sin necesidad de entrar ya en el examen de si ello podría constituir una desviación de poder, como también se alega en la demanda, y que no parece corresponderse con la situación de autos, en la que lo observable es más bien la infracción de las normas a que va hecho referencia.”

La Resolución de este TACRC 203/2016, de 11 de marzo, reproduce el fundamento de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid para estimar un recurso similar: *“Ahora bien debe examinarse si el PCAP contraviene las disposiciones legales aplicables por lo que al pago del precio se refiere. Debe ponerse de relieve en primer lugar, a tal efecto, que dado que las prótesis a suministrar tienen fecha de caducidad, son productos perecederos, a los que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 292.4 que a la sazón prevé que una vez recibidos los productos por la Administración la misma será responsable de su gestión uso y caducidad sin perjuicio de los vicios o defectos ocultos, constando que dicho apartado fue introducido por enmienda basada en la siguiente*



motivación: “la contratación administrativa está presidida por el principio del mantenimiento del equilibrio patrimonial del contrato, evitando situaciones que supongan para el empresario daños y perjuicios injustificados, En el mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia reconociendo que la Administración debe evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de un particular. Sin embargo, en los pliegos de determinadas licitaciones suelen introducirse cláusulas por las que la Administración se reserva el derecho a devolver la parte no utilizada de determinados productos perecederos o un porcentaje de los mismos caducados en poder de la propia Administración, generándose un perjuicio para las empresas suministradoras.” Por otro lado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, establece en su informe 17/2008, de 28 de julio de 2008, “Pues bien, puesto que el artículo 268.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo (“una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable...”) debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional.” A ello debe añadirse que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales,(que incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000), modificada por la Ley 15/2010 de 5 de julio, establece en su artículo 9 que “para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor”, siendo así que, dado que el pago no se produciría hasta treinta días después a contar desde la recepción que se verificaría cuando las prótesis fueran efectivamente utilizadas en cada centro hospitalario, el SERMAS a pesar de tener los productos a su disposición demoraría el pago sine día, con lo que se produce el efecto más arriba descrito de proporcionar al deudor liquidez a expensas del contratista. Considera por tanto este Tribunal a la vista de todo lo anterior, que no es posible establecer, a la luz del principio de libertad de pactos, como fecha de entrega la de la efectiva utilización de las prótesis objeto del contrato, cuya utilización si bien es cierto que responde a las situaciones asistenciales eventuales que pudieran darse, puede ser objeto de previsión por los correspondientes servicios hospitalarios,



complementando posibles situaciones imprevistas con cláusulas tendentes a la existencia de un stock mínimo de productos en los almacenes de las empresas adjudicatarias y un plazo máximo de entrega.”

De conformidad con los argumentos expuestos el recurso debe ser estimado por infringir los artículos 216.2 y 4, 292 y 293 del TRLCSP y el artículo 1256 del Código Civil y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 33 del TRLCSP procede anular las cláusulas 4 y 6 del anexo al PCAP.

Sexto. FENIN advierte que la configuración de las distintas prestaciones del contrato, de las cuales sólo será objeto de retribución el suministro de material fungible para realizar las pruebas de diálisis, es contrario a los artículos 2 y 87.1 del TRLCSP.

Las prestaciones del contrato comprenden tanto un suministro de material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis, como la cesión de los equipos necesarios para su realización, el mantenimiento de los equipos y la formación de los usuarios, estas últimas serán sin coste para la Administración, que únicamente abonará los suministros necesarios para las pruebas.

El recurso funda esta pretensión en los fundamentos de la Resolución 133/2014, de 21 de febrero y la Resolución 48/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

El artículo 87 del TRLCSP, dispone que: *“1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o



ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”.

El apartado 2 del anexo de Características del Pliego define el objeto del contrato diciendo: “suministro de material fungible necesario para la realización de las sesiones de diálisis (hemodiafiltración on line/hemodiálisis expandida, hemodiálisis de alto flujo, hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con heparina y hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con citrato) en el Hospital La Fe”, así como, la cesión de los equipos necesarios para su realización, su mantenimiento y la formación de los usuarios, sin coste para la Administración.”

El PCAP contiene, a diferencia de lo que ocurría en la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos de Andalucía, todas las prestaciones que son objeto del contrato, y advierte que algunas de estas, no llevan coste para la Administración, configurando la retribución en consideración a los usos que de los equipos pueda hacerse, considerando que este uso está directamente relacionado con la prestación principal del contrato que no es otra que el suministro del material necesario. Esta fórmula que configura la retribución del contratista no resulta contraria al artículo 87 del TRLCSP que permite fijar el precio en consideración a parte de las prestaciones del contrato y considerando precios unitarios referidos a los componentes de la prestación. En definitiva, sin perjuicio de la incorrecta determinación del precio, en consideración con el número de sesiones de diálisis que realice el hospital, no se aprecia infracción alguna cuando el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación que permite reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así, si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello. De manera que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones cual es el suministro de los elementos necesarios para las pruebas de diálisis, toda vez que este suministro tiene una relación que revela la utilización de los equipos que se suministran y el mantenimiento de estos. La formación en el uso de los equipos será una prestación accesoria necesaria en todo contrato que comprende la cesión de una maquinaria técnica.

La configuración de los precios de la forma prevista en el PCAP no resulta contraria al carácter oneroso del contrato, que requiere que la contraprestación de una parte lo sea en consideración con la prestación de la otra. A juicio del Tribunal, el PCAP permite a los licitadores hacer un cálculo del precio del suministro a ofertar en consideración al conjunto de prestaciones que conforman el objeto del contrato.

En consecuencia, este argumento debe ser rechazado.

Séptimo. Por último, FANIN estima que el PPT impone prestaciones contrarias a la imprescindible determinación del objeto del contrato de suministro, de forma que los licitadores puedan hacer una oferta adecuada. El PPT obliga al contratista a suministrar productos distintos, no determinados, en consideración a especiales necesidades, en caso de que fuere necesario prescribir filtros específicos diferentes de los adjudicados debido a alergias a membranas sintéticas y otro tipo de reacción especial, o bien por características antropométricas especiales (gran superficie corporal) el/los adjudicatarios deberán aportar el material específico necesario aun cuando lo comercialice otro proveedor, o bien deberá abonar el material que el hospital deba comprar por estos motivos.

En este caso, el PPT contiene una prestación no definida que provoca la falta de determinación del objeto del contrato. Mientras que el PCAP define perfectamente los productos que deben suministrarse, y las prestaciones accesorias a este suministro, el PPT alude a otros posibles suministros, incluso a los costes de estos, reconociendo la posibilidad de que el adjudicatario no pueda suministrar estos nuevos productos para casos especiales. En definitiva, esta cláusula resulta contraria al artículo 86 que exige que el objeto del contrato esté determinado. En este caso, el objeto del suministro, dependiendo de las particularidades del paciente sujeto a diálisis puede modificarse, apartándose del suministro inicialmente definido en la cláusula 2 del anexo al PCAP referido a las Características del Contrato.

Consecuentemente, de conformidad con el artículo 33 del TRLCSP, procede la anulación de la citada previsión del PPT por infracción del artículo 86 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (en adelante FENIN) contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del expediente de contratación del *“Suministro de dializadores líneas y material fungible, cesión de equipamiento, dispositivos y monitores necesarios para la diálisis en el Hospital Universitario y Politécnico de La Fe”*; expediente PA 159/2018, de conformidad con los fundamentos quinto y séptimo de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA FERNANDO JAVIER HIDALGO ABIA, PRESIDENTE DEL TACRC, A LA RESOLUCIÓN Nº 577/2018 DEL RECURSO Nº 354/2018, ADOPTADA POR LA MAYORÍA DEL TRIBUNAL EN LA SESIÓN DE 8 DE JUNIO DE 2018.

1. Discrepo, respetuosamente, del criterio de la mayoría en la Resolución del Recurso de la referencia, interpuesto en nombre y representación de la Federación Española de Empresas



de Tecnología Sanitaria (en adelante FENIN) contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del expediente de contratación del *“Suministro de dializadores lineales y material fungible, cesión de equipamiento, dispositivos y monitores necesarios para la diálisis en el Hospital Universitario y Politécnico de La Fe”*; expediente PA 159/2018.

La discrepancia se ciñe a la estimación del primer motivo del recurso en la forma y por las razones por que se hace en el Fundamento de Derecho Quinto. Por ese motivo, la recurrente impugna la configuración que hace el PCAP para determinar y pagar el precio.

En su opinión, el precio del suministro, de acuerdo con las cláusulas transcritas en los antecedentes, queda fijado en consideración a las sesiones de diálisis realizadas por el hospital según resulte de los monitores de los equipos de diálisis. En los argumentos del recurso se estiman infringidos los artículos 216.2 y 4, 292, 293 del TRLCSP toda vez que el pago del precio no se hace en consideración a las entregas sucesivas sino por el uso que de los materiales suministrados haga el hospital y la conformidad del servicio del hospital responsable. El precio que pagaría el contratista sería el resultado no del suministro de los materiales sino de las diálisis que practique el hospital.

La resolución adoptada por la mayoría se limita en ese motivo a reproducir una serie de sentencias de distintos Tribunales que invoca la recurrente y que consideran aplicables al caso, en el sentido de que se habría incumplido la regla de certeza del precio porque el pago de las entregas sucesivas no se abonarían como tales sino por sesiones de diálisis efectivamente realizadas mediante la aplicación de los productos sanitarios suministrados y el uso de la maquinaria empleada para esas sesiones de diálisis, de forma que su certeza quedaría sujeta a determinaciones del destinatario del suministro posteriores a la entrega de los productos a emplear en las sesiones citadas, lo que dejaría al arbitrio del órgano de contratación (en lo sucesivo, OC) un aspecto fundamental del cumplimiento del contrato, cual es el relativo al precio cierto a pagar en lo que se refiere al factor de concreción del número de diálisis efectuadas al margen de la cantidad de productos concretos entregados y con traslado al suministrador del riesgo de avería o pérdida de los productos entregados a los servicios consumidores del producto. Asimismo, se infringirían las normas que cita en lo referente a que el pago no se hace contra las entregas sucesivas de producto sino por su

consumo en las sesiones de diálisis. Por ello, se estima el motivo y se anulan las cláusulas 4 y 6 del anexo al PCAP.

El apartado número 4 del anexo al PCAP se dedica al precio; así:

“4.1. Precio (modalidad determinada): Precio unitario: artículo 87.2 del TRLCSP. El precio del contrato se ha formulado en términos de precios unitarios por sesión, atendiendo al precio general del mercado actual, tomando como referencia los precios del mismo material utilizado actualmente en la Unidad de Hemodiálisis y en la UCI del Hospital Universitario y Politécnico La Fe, así como las últimas licitaciones con el mismo objeto”.

El apartado 6 del anexo al PCAP establece:

“El pago parcial del precio en el presente contrato de tracto sucesivo se realizará de acuerdo con el artículo 216.2 del TRLCSP en función de las entregas sucesivas. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados. (...)”

El volumen de sesiones realizadas en el período mensual se acreditará por la información obtenida por el contador incluido en los monitores, avalada por certificado de conformidad del servicio responsable. A la vista del cual, al precio adjudicado y diferenciado por tipo de sesiones, se facturará mensualmente por las empresas adjudicatarias.”

2. La recurrente parece atacar en el primer motivo la forma de determinar y pagar el precio, mientras que, en el segundo, ataca la forma en que se efectúa la configuración de las distintas prestaciones del contrato, de las cuales parece, en su opinión, que sólo será objeto de retribución el suministro de material fungible para realizar las pruebas de diálisis, lo que sería contrario a los artículos 2, y 87.1 del TRLCSP.

Las prestaciones del contrato comprenden tanto un suministro de material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis, como la cesión de los equipos necesarios para su realización, el mantenimiento de los equipos y la formación de los usuarios, estas últimas,

aparentemente, serán sin coste para la Administración, que únicamente abonará los suministros necesarios para las pruebas.

El recurso funda esta segunda pretensión en los fundamentos de la Resolución 133/2014, de 21 de febrero y la Resolución 48/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Sin embargo, el motivo no se estima porque el Pliego describe todas las prestaciones objeto del contrato, y todas ellas son retribuidas, aunque solo se haga aparentemente a través del precio de la prestación aparentemente principal y única, que sería el suministro de los productos sanitarios fungibles necesarios para efectuar la diálisis. Y la desestimación se produce por un argumento correcto pero que entra en aparente pero clara contradicción con el que determina el motivo primero antes referido y al que a continuación nos referiremos. Dicho argumento es que “no se aprecia infracción alguna cuando el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación que permite reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así, si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que este comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo la formación para éste y el mantenimiento si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello. De manera que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones cual es el suministro de los elementos necesarios para las pruebas de diálisis toda vez que este suministro tiene una relación que revela la utilización de los equipos que se suministran y el mantenimiento de estos. La formación en el uso de los equipos será una prestación accesoria necesaria en todo contrato que comprende la cesión de una maquinaria técnica”.

De ese argumento resulta que: 1. Se reconoce el carácter plural del objeto del contrato de cada lote, en el sentido de que lo integran no una sino varias prestaciones; 2. El precio se puede configurar sobre la base de la retribución de una de las prestaciones pero que se cuantifica teniendo en cuenta el coste de las demás que van a ser necesarias para realizar el objeto del contrato, pero que no tienen asignado un precio singular (en definitiva, se trata de una técnica consistente en radicar el precio de todas las prestaciones necesarias para lograr el objeto global y único del contrato en una sola de las prestaciones que componen su objeto,

y 3. Lo anterior se posibilita por la evidente relación funcional entre el suministro de fungibles y el empleo de los equipos cedidos para ese fin, su mantenimiento y reparación y la formación del personal del OC.

Pues bien, ese argumento que consideramos correcto para desestimar ese segundo motivo del recurso desvirtúa el que lleva a la estimación del primero, lo que se debe a que reconoce que la indudable vinculación entre las prestaciones que integran el objeto del contrato se relacionan entre sí y tiene carácter instrumental del elemento objetivo y causal principal del contrato que es cada sesión de diálisis efectuada a los pacientes mediante el empleo de la maquinaria cedida y los fungibles, cuya realización es el verdadero objeto del contrato, mediato, y objeto inmediato del precio unitario, que lo es cada sesión de diálisis, uno de los dos factores junto con el número de diálisis determinantes del precio mensual a abonar por las entregas sucesivas.

Pues bien, lo cierto es que el objeto del contrato, el global y único de cada prestación sucesiva, en virtud de pacto, no solo por determinación del pliego, sino también porque es el propio de los contratos actuales en curso, es cada sesión de diálisis, cuyo precio unitario es el asignado a cada unidad de producto fungible, que no es el suyo propio singular, sino el que resulta de integrar en él el de las demás prestaciones.

El objeto de cada lote que integra el contrato que denomina el pliego de “suministro de dializadores lineales y material fungible, cesión de equipamiento, dispositivos y monitores necesarios para la diálisis en el Hospital Universitario y Politécnico de La Fe; expediente PA 159/2018”, según el PCAP, anexo, son “sesiones de hemodiálisis”. Según el último párrafo del apartado 2 del Anexo del PCAP “La adjudicación será por lote completo y la oferta por precio unitario por sesión, sin IVA, debiendo especificar el porcentaje de IVA aplicable”. Por ello, cualquiera que sea el nombre del contrato, lo cierto es que el PCAP determina el objeto de cada Lote, cada uno de los cuales puede constituir cada uno un contrato, y este no es el suministro en el sentido de mera entrega separada o aislada de determinados bienes y/o su uso y servicios anejos, sino “sesiones de hemodiálisis en línea”, lo que implica que el objeto global y final de los distintos contratos a que dé lugar la adjudicación de los lotes son la realización de esas sesiones, que, por tanto, son las que se habrán de pagar, en cuanto objeto contractual real y final realizado, y sin perjuicio de lo que en seguida diremos sobre



transferencia de riesgos de avería y pérdidas a partir del momento en que se ponen a disposición de manera efectiva o se entregan realmente los bienes y equipos a los servicios consumidores.

Pues bien, si se estima correcto fijar el precio global de un contrato con objeto prestacional plútime por el que se asigna a una de las prestaciones en el que integra el coste de las otras, y su pago se vincula a la realización del objeto del contrato, es indudable que ello solo es posible a la realización de su objeto final, que es cada sesión de diálisis, pues si bien la entrega de los fungibles se ha de producir necesariamente antes, en mayor o menor tiempo, del uso de las máquinas suministradas, cuyo coste se retribuye por cada uso (se han de amortizar en el periodo de duración del contrato, 4 años, según PCAP) para cada diálisis, es indudable que no cabe pagar una prestación antes de su realización. Es decir, el suministro no se ha de pagar contra la entrega o puesta a disposición de los fungibles, sino por cada realización del conjunto del suministro, lo que implique el uso de la maquinaria de diálisis lineal, es decir, por sesión. Es decir, y repetimos: el suministro se produce por las entregas sucesivas, pero esa entrega no se produce solo por la de los productos fungibles, sino también por las del uso de los equipos cedidos, que también son el suministro, lo que no se altera por el mero hecho aceptado como válido de que el precio de cada prestación se acumule o integre en una sola de ellas, por lo que el contratista solo realiza su prestación global cuando entrega los fungibles y se hace cada uso del equipo, momento a partir del cual cabe la recepción y pago del suministro realmente realizado.

3. Lo anterior no obsta a que la transferencia del riesgo de pérdida o avería o daño de los fungibles y equipos a suministrar se produzca a partir del momento en que se entregan o se ponen a disposición y están bajo el poder de los servicios consumidores del OC.

El artículo 292 del TRLCSP determina que:

“Entrega y recepción.

1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

2. Cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que ésta hubiere incurrido en mora al recibirlos.

3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos.”

Con arreglo al apartado 2 de dicho precepto es indudable que, a contrario, el contratista sí tiene derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes una vez que los ha entregado al OC, aunque este no los haya formalmente recibidos y sin perjuicio de la responsabilidad de aquel por vicios ocultos. Por tanto, aunque no existe recepción ni por ello obligación de pago, sí corre a cargo del OC el riesgo una vez entregados los bienes. Y no existe obligación ni de recepción ni de pago, en nuestro caso, porque no se han realizado las prestaciones objeto de cada suministro sucesivo en su totalidad por el solo hecho de la entrega de los fungibles, pues tal cosa solo ocurre cuando además se hace cada uso de los equipos cedidos necesarios para realizar cada diálisis.

En nuestro caso en concreto, el anexo al PCAP determina en su apartado 18.3:

“Plazos de entrega del suministro desde la formalización del contrato: El plazo máximo de entrega y puesta en funcionamiento de los equipos será de 3 meses siendo por cuenta del adjudicatario la totalidad de los gastos que genere el transporte, la instalación y puesta en marcha (llave en mano). (...)”

Y en el 19, sobre LUGAR DE ENTREGA DEL SUMINISTRO:

“Condiciones de entrega: Por lo que a los equipos a ceder se refiere, como máximo 3 meses, a contar desde la firma del mismo, los equipos deberán ser entregados e instalados en sus

ubicaciones correspondientes, y el personal sanitario formado en el manejo de tales equipos por cuenta del contratista.

Por lo que al material necesario para la realización de las sesiones el o los adjudicatarios deberán disponer de stock suficiente en los servicios consumidores para la realización de las sesiones de hemodiálisis, según las estimaciones realizada; de forma que no. ·se paralice la actividad asistencial.

Forma de recepción por parte de la Administración: La instalación y puesta en funcionamiento de los equipos mediante anexo suscrito por el o los adjudicatarios y Dirección de la Fe”.

De esos apartados del Anexo del PCAP resulta que sí se prevé la entrega e instalación de los equipos para la diálisis, pero no su pago, que se hará con cada sesión efectuada, si bien ello no es óbice para que habiéndose efectuado la entrega el riesgo de pérdidas, averías, etc. se haya traspasado al OC.

Y respecto de los fungibles, es indudable que el anexo solo obliga al suministrador a tener un stock suficiente para las necesidades del servicio de diálisis, si bien ello por sí solo no implica la entrega. Este apartado del anexo es indudablemente incompleto, pero no ilegal, pues no implica que cuando se entreguen esos productos a los servicios consumidores no se transfiera el riesgo mencionado, sino simplemente que ha de tener el contratista ese stock. Ahora bien, tan pronto como entregue eso productos, más pronto o más tarde, es indudable que los entrega al servicio consumidor y los pone a su disposición, le trasfiere el riesgo de pérdida o avería.

De esa forma es indudable que no existe riesgo de enriquecimiento injusto a favor del órgano de contratación ni situación de abuso por su parte.

4. En nuestro caso no concurre en absoluto ninguna de las circunstancias que determinan el sentido del fallo en las resoluciones judiciales que se citan en la Resolución de la que discrepo. La mayoría de los casos se refieren a determinaciones sobre rendimientos de pruebas analíticas que se sujetaban a ciertas determinaciones del órgano de contratación (OC) posteriores a la entrega. O en un caso, a la imposibilidad de fijar el precio a pagar, pues si bien existía precio unitario por sesión de diálisis no se podía saber el número de diálisis

efectuadas al controlarlo solo el OC. Es evidente que no puede hacerse la afirmación de que un precio no es cierto si se establece el precio unitario y además, los equipos entregados han de tener instalados un contador de uso, obligación del propio suministrador, supuesto en el que es obvio que el control del consumo está en manos del contratista, por lo que negar en tal caso, que es el nuestro, la certeza del precio sería insostenible amén de un despropósito, afirmación que no se realiza en la Resolución dictada de la que discrepo, ya que se limita a dar por supuesto que las circunstancias de los casos contemplados en las sentencias que se citan son las mismas que las de este recurso, lo que no es así.

Dado que es innegable que no concurren las circunstancias que determinaron el sentido del fallo en cada una de las citadas resoluciones judiciales que se citan, no queda sino considerar que la estimación del motivo carece de fundamento legal, ello por las siguientes razones:

1.El recurrente afirma que el precio se pagaría por sesión, pero no por entrega, por lo que se infringirían los preceptos que cita. Tal afirmación es insostenible. El precio se ha de pagar cuando se cumple por el suministrador su prestación que en nuestro caso ocurre, no cuando dice que se entregan los productos fungibles, sino cuando se efectúa la prestación global o suma de las parciales, lo que ocurre cuando, además, se usa el equipo de diálisis en cada una de estas sesiones; es decir, el contratista cumple totalmente cada prestación sucesiva cuando se realiza cada sesión, no cuando entrega o pone a disposición los bienes fungibles. Ahora eso sí, desde que pone a disposición estos, se traslada el riesgo al OC por el valor de la avería o pérdida que se produzca, al igual que el de los equipos, que cuando se entregan, pasa el OC a asumir el riesgo.

Por tanto, el pago mensual por sesiones realizadas computadas automáticamente por los contadores instalados en el equipo por el mismo contratista, obligado a ello, no es un pago distinto al que se debe hacer por entrega de los bienes suministrados, sino un pago por entrega global o cumplimiento de todas las prestaciones a cargo del contratista que integran cada entrega singular completa.

La prestación del contratista es la entrega de los productos fungibles y la de los equipos, más servicios conexos, y dado que la prestación referida a los equipos que genera obligación de pago es cada uso por diálisis, que a su vez, requiere la previa entrega de los fungibles, esto

es lo que habrá de entender como entrega o cumplimiento total por el contratista en cada prestación singular, cada hemodiálisis, lo cual no es sino cada sesión. Luego, el precio es cierto y se paga por cada entrega completa, entregas que no se producen en unidad de acto.

Obviamente lo anterior no es óbice para que el OC deba asumir y pague las indemnizaciones por daños, pérdidas o averías a los equipos y/o a los fungibles entregados.

2. Esa certeza del precio a pagar no queda sujeta a determinación posterior alguna del OC. El precio unitario por el equipo se ha fijado por cada uso, si bien integrado en el de cada producto fungible. Y el Pliego no dice nada sobre la entrega de los fungibles, salvo que el contratista ha de tener un stock suficiente en los servicios consumidores, lo cual puede significar tanto que ya se ha entregado al OC como que no, pero, en cualquier caso, cuando se produzca la entrega o puesta a disposición bajo el poder de control del OC, es indudable que el riesgo lo asume este. Por tanto, si el Pliego no dice nada al respecto, no infringe en nada los preceptos que se dicen infringidos. El precio no queda por ello sujeto a determinaciones del OC posteriores a la entrega.

3. En consecuencia, si es correcto determinar como objeto de cada lote cada sesión de hemodiálisis, y se identifica en el anexo al PCAP y en la práctica, cada sesión como el conjunto del empleo del fungible entregado y el uso de los equipos de diálisis, es legal fijar que la entrega completa de la prestación se ha hecho cuando se ha realizado la sesión, pues solo en ese momento se ha hecho el uso pactado del equipo, que determina parte del precio, por lo que no se infringe por ello la norma sobre íntegro cumplimiento de sus prestaciones por el contratista ni la de devengo del precio a partir de la realización íntegra de la prestación. Los apartados 4 y 6 del anexo al PCAP impugnados no infringen precepto alguno, por lo que no debió estimarse el motivo alegado, ni debieron ser anulados.

Y si en cada equipo se tienen que instalar por el contratista equipos electrónicos de conteo de usos, es indudable que el precio global es cierto pues lo es el factor precio unitario y el factor uso o consumos. Afirmar lo contrario sería semejante a negar la certeza del precio de una obra por el solo hecho de que los pagos a cuenta se hacen por precios unitarios y mediciones de las unidades de obra ejecutadas.



En fin, lo anterior no se desvirtúa en lo referente a una diferencia entre las fechas de entrega y de uso o consumo, porque el pliego no niega ni se opone, ni dice nada en contra de la forma que trasfiere el riesgo de avería o pérdida al OC tan pronto como se pone bajo su poder.

El sistema establecido en el pliego impugnado no infringe los preceptos invocados, se ajusta al principio de libertad de pactos y no favorece a la Administración ni perjudica a los contratistas. Es más, como se indica en el Informe del OC y en los propios Pliegos, son sistemas de determinación del precio y pago propuestos por los mismos contratistas que vienen realizando estas prestaciones en contratos anteriores y en los actuales, que no han planteado ningún problema.

En fin, si bien el sistema previsto en el PCAP no implica internalizar el servicio, su objeto es parcialmente el mismo que el del contrato objeto del recurso 290/2018, resuelto por Resolución nº 490/2018, de 18 de mayo pasado, en el que el precio se fija por sesión de hemodiálisis, si bien se trata de un contrato de prestación de ese servicio sanitario, es decir, un contrato de gestión de servicio o de concesión del servicio.

En conclusión, el motivo primero debió ser desestimado, como se hizo con el segundo. Todo lo más, en su caso, debió limitarse a exigir que se concretase el aspecto relativo a la transmisión del riesgo al OC en los casos de pérdida, avería o daños en los productos fungibles entregados tras su puesta a disposición de los servicios consumidores. El motivo segundo ha sido correctamente desestimado, y el tercero está bien estimado.