



Recurso nº 671/2022 C. Valenciana 167/2022

Resolución nº 1012/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. P.M.S. y D. R.H.O., en representación de TORREVIEJA DIAGNOSTICOS, S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento *“Suministro de reactivos y material necesario para la realización de determinaciones analíticas en el Servicio de Análisis Clínicos y Microbiología y en el Servicio de Hematología del Departamento de Salud de Torrevieja”*, con expediente PA 235/2022, convocado por la Dirección Económica-Gerencia del Departamento de Salud de Torrevieja, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 7 de mayo de 2022 se publican los Pliegos para la contratación mediante procedimiento abierto del suministro de reactivos y material necesario para la realización de determinaciones analíticas en el Servicio de Análisis Clínicos y Microbiología y en el Servicio de Hematología del Departamento de Salud de Torrevieja, en la Plataforma de Licitación del Sector Público (PLACE). Así mismo, en fecha 7 de mayo de 2022 se publica el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado es de 11.939.891,56 €.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de las ofertas en fecha 9 de junio de 2022, a las 23:59, consta en el expediente de contratación, como documento número nueve, listado de ofertas presentadas, habiendo concurrido los siguientes licitadores:

- VIRCELL SPAIN, SLU



- MENARINI DIAGNOSTICOS, SA
- BECKMAN COULTER, SLU
- SEBIA HISPANIA, SA
- ROCHE DIAGNOSTICOS, SLU
- TORREVIEJA DIAGNOSTICOS, SL
- BIOMERIEUX ESPAÑA SA (ahora recurrente)
- THERMO FISHER DIAGNOSTICOS, SLU

Tercero. En fecha 26 de mayo de 2022, interpone recurso especial en materia de contratación la entidad TORREVIEJA DIAGNÓSTICOS, SL contra el anuncio de licitación, y los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas solicitando que se acuerde su nulidad.

Formula la recurrente los siguientes motivos de impugnación.

- i. Que el objeto del contrato no está correctamente definido por el órgano de contratación, puesto que se trata de un **contrato mixto** en tanto que incluye, además del suministro de reactivos, otras prestaciones de servicios y otras propias de un contrato de obras. Cita al efecto Resolución de este Tribunal número 396/2021. Sentado lo anterior, señala que varias de las prestaciones que implica la ejecución del contrato no se encuentran vinculadas entre sí, infringiendo lo previsto en el artículo 34.2 de la LCSP. Así, concretamente señala que no existe relación de complementariedad alguna entre el suministro de fungibles con las prestaciones propias del ámbito de la construcción, o de empresas especializadas en la gestión de sistemas de información o de gestión de residuos. Cita al efecto Resolución de este Tribunal número 133/2014.
- ii. Que la licitación incurre en fraude de ley, al configurar el contrato de forma que **se infringen los derechos de los trabajadores (art. 130 LCSP)**. Señala la entidad



recurrente que bajo la apariencia de un mero pliego de suministro de reactivos y material para la realización de determinaciones Analíticas en el Servicio de Análisis Clínicos y Microbiología y en el Servicio de Hematología del Departamento de Salud de Torrevieja, se pretende vulnerar la estabilidad en el empleo de los trabajadores que hoy prestan sus servicios en el Laboratorio del Hospital Universitario de Torrevieja. Añade que aunque el pliego no contenga ninguna referencia a la sucesión de empresa, no obsta a que la misma pueda ocurrir, toda vez que se pretende constituir una unidad autónoma productiva, que no puede llevar a cabo su cometido sin trabajadores. Prueba de ello señala, es que son valorados en el Pliego la formación del personal del Laboratorio Clínico del Hospital Universitario de Torrevieja, mediante formación realizada en la sede de la empresa adjudicataria y a través de máster y cursos de formación acreditados. Como consecuencia de ello, entiende la recurrente que de conformidad con lo previsto en el artículo 130 LCSP, el expediente debe prever la subrogación del personal adscrito al actual adjudicatario del servicio de análisis clínicos y microbiología en el departamento de salud de Torrevieja.

- iii. Para el supuesto en que se admita que el presente contrato es un contrato mixto y que las prestaciones que incluye son compatibles entre sí, alega la recurrente que se infringe lo previsto en el **artículo 18.3 LCSP**, puesto que no se ha indicado el importe de las obras a realizar.
- iv. Infracción de los **artículos 100, 101, y 102 de la LCSP**, por defectuosa configuración del **presupuesto base de licitación**, el precio y el valor estimado. Señala la recurrente que para la determinación del presupuesto del contrato y el valor estimado, únicamente se ha tenido en cuenta el coste del suministro, omitiendo la referencia al coste de las restantes prestaciones que comprenden el objeto del contrato (servicios y obras) que debe ser sancionada, a juicio de la recurrente, con la anulación de los actos impugnados. Cita al efecto diversas resoluciones de este Tribunal.
- v. Infracción del **artículo 122.2 de la LCSP** y del principio de transparencia. Aduce la recurrente que el PCAP no resulta respetuoso con lo previsto en el artículo 122.2 de la LCSP, puesto que, a pesar de incluir prestaciones propias del **contrato de**



obras, el Cuadro de Características no identifica las normas aplicables a las mismas.

- vi. Que la **codificación CPV** contenida en el anuncio de licitación y en los Pliegos no incluye todas las prestaciones del servicio licitado. Que dado que no se trata de un típico contrato de suministro y que las prestaciones que incluye el contrato no son prestaciones accesorias, sino que se trata de prestaciones sobre las que pivotan las necesidades a satisfacer a través de la licitación, resulta injustificado que dichas prestaciones no hayan sido incluidas en la codificación del CPV, máxime cuando un gran número de criterios de adjudicación de los lotes pivotan en torno a las prestaciones que se omiten en el título del contrato.
- vii. Infracción de lo previsto en el **artículo 126.6. de la LCSP**, en tanto que el PPT , al definir las características del ordenador, incluye un referencia a productos INTEL sin incorporar la referencia “**o equivalente**”.
- viii. Que los Pliegos contravienen lo dispuesto en el **artículo 122.2 de la LCSP**. Alega la recurrente que en aquellos contratos cuya ejecución requiere el **tratamiento por el contratista de datos personales** por cuenta del responsable del tratamiento, el artículo 122.2 de la LCSP impone al órgano de contratación la obligación de incorporar en los pliegos cierta información, que en este caso no se ha cumplido.

Cuarto. Recibido el escrito de recurso, en fecha 14 de junio de 2022, el órgano de contratación, Departamento de Salud de Torre Vieja, Dirección Económica-Gerencia emite informe, formulando las alegaciones que se exponen a continuación.

- i. Por lo que se refiere al a calificación del contrato como contrato mixto que pretende la recurrente, el órgano de contratación manifiesta que en los Pliegos conjuntamente con el suministro de reactivos se incluye la obligación de la adjudicataria de proceder a la cesión e instalación de equipos que sean necesarios para realizar el procesamiento de las muestras biológicas, encaminadas a la obtención de información clínica relevante sobre el estado de salud de los paciente, y ello como prestación accesoria, condicionada por la necesaria compatibilidad de los suministros facilitados por el adjudicatario.



Sostiene que la inclusión de prestaciones accesorias de servicios como las que se describen en los pliegos del expediente que nos ocupa, tiene cabida en la definición del contrato de suministros, no alterando su naturaleza, citando a estos efectos la Resolución de este Tribunal 180/2020, de 6 de febrero.

Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de todas las prestaciones, sostiene que se atenderá a lo establecido en los artículos 18.1, 25.1 a) y 122.2 de la LCSP, puesto que el suministro de reactivos constituye el objeto principal del mismo y la cesión temporal de equipos, que incluye, a su vez, la instalación, calibración, puesta en marcha así como su mantenimiento y formación del personal tienen carácter secundario, por ello, la prestación del contrato se encuentra directamente vinculada y constituye una unidad funcional, por lo que el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación será la del contrato de suministros.

Como consecuencia de lo anterior, el órgano de contratación sostiene que el código CPV seleccionado (33696500-Reactivos de Laboratorio) es el más adecuado para la identificación y categorización de las actividades económicas objeto del contrato.

- ii. En cuanto a la concurrencia de un supuesto de sucesión de empresas ex art. 44 ET, niega el órgano de contratación que en este caso se trate de una *“unidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica”*, limitándose este contrato a la contratación del suministro de reactivos y material necesario para la realización de determinaciones analíticas en el servicio de análisis clínicos y microbiología y en el servicio de hematología del Departamento de salud de Torre Vieja, no habiéndose referencia en ningún momento a la contratación de personal ni otras prestaciones, más allá de la de suministro de reactivos.
- iii. En tercer lugar, por lo que se refiere a la configuración del presupuesto base de licitación, precio y valor estimado, que la parte actora considera realizada de forma defectuosa, explica el órgano de contratación que en el presente caso, tal y como se prevé en los pliegos, en tanto que se trata de un contrato de suministros en función de las necesidades, en el que el adjudicatario se obliga a *“entregar una*



pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que el número total de entregas se defina con exactitud al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración”, el presupuesto tiene carácter de presupuesto máximo a comprometer, por el periodo de 36 meses.

El presupuesto base de licitación indica, se ha determinado teniendo en cuenta el precio general de mercado, teniendo en cuenta los precios de los reactivos y equipos que actualmente se están adquiriendo en los distintos Departamentos de Salud de la Comunidad Valenciana.

Que se ha estimado el presupuesto base de licitación estableciendo un precio unitario de los suministros contratados, sin especificar un precio para cada una de las prestaciones accesorias, en tanto que no se dispone de información necesaria para realizar un desglose realista de costes, por lo que se ha optado por realizar un reparto estimado de los costes, atendiendo a la importancia de los factores implicados, según la siguiente proporción: costes directos 80% y costes indirectos 20%.

- iv. En lo relativo a la exigencia de un “Procesador Intel” en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el órgano de contratación acepta la existencia de error material, y entiende que debe modificarse la redacción del Pliego en ese punto indicando *“Procesador Intel o equivalente”*. Añade que este es uno de los errores materiales cuya corrección, junto con otros, había anunciado ya el órgano de contratación en la plataforma.
- v. Por último, en cuanto a la alegación de la parte recurrente relativa a la inobservancia de la normativa vigente en materia de protección de datos, y en concreto los requisitos enumerados en el artículo 122.2 de la LCSP, sostiene el órgano de contratación que el PCAP recoge sobradamente y de manera expresa la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas vigentes y cualquier otra que pueda ser promulgada durante la duración del contrato en esta materia, y ello, en aras de salvaguardar la privacidad de la información tanto de los usuarios como del os trabajadores cuyos datos sean objeto de tratamiento. Cita al efecto las cláusulas 36.7 y 36.8 del PCAP.



Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 8 de junio de 2022 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019).

Segundo. Se trata de un acto objeto de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de suministros que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Igualmente, se trata de un acto recurrible, al tratarse de los señalados en el artículo 44.2.a) LCSP.

Tercero. Respecto de la legitimación de la entidad recurrente debemos manifestar lo siguiente.

El artículo 48 de la LCSP, dispone 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 reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso, la entidad recurrente se encuentra legitimada para la interposición del presente recurso especial en tanto que participa en la licitación mediante la presentación de oferta.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de quince días previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, procede analizar los motivos aducidos por la parte actora.

En primer lugar, por lo que se refiere a la definición del objeto del contrato, entiende la recurrente que se trata realmente de un **contrato mixto**, en tanto que incluye, además del suministro de reactivos, otras prestaciones de servicios y obras.



En la presente licitación el objeto del contrato se define en el Apartado A del Cuadro de Características Particulares (Anexo I del PCAP), en el que se indica lo siguiente:

“Adquisición del material necesario para la realización de las determinaciones analíticas tanto de rutina como de urgencia de Análisis Clínicos, Microbiología y Hematología del Departamento de Salud de Torrevieja. En el objeto del contrato está incluido, sin coste para la Administración, la cesión de los equipos necesarios para la realización de las pruebas su mantenimiento y actualización; así como, los controles de calidad y acreditación especificados en el PPT.

En aplicación del artículo 16 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de LCSP, se trata de un contrato de suministros en el cual el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

En consecuencia, conjuntamente con el suministro de reactivos, objeto del contrato, los empresarios se obligan a la cesión de los materiales y a la instalación de los equipos que sean necesarios para realizar el procesamiento de las muestras biológicas encaminadas a la obtención de información clínica relevante sobre el estado de salud de los pacientes.

La cesión de materiales y equipos, su puesta en marcha según requerimientos específicos, conexión con las aplicaciones de la Conselleria y del hospital, mantenimiento y actualización durante la ejecución del contrato, y habilitación de espacios. La inclusión de prestaciones accesorias, tienen cabida en la definición de la tipicidad del contrato de suministros, no alterando su naturaleza.

El órgano de contratación ha incluido en el contrato todos los materiales que pueden ser objeto de contrato, en cumplimiento del art. 99.2 de la LCSP. La misma determinación analítica en cada técnica y en cada licitador requieren reactivos distintos, tiene asociados materiales de laboratorios y equipamiento diverso. Para proceder a licitar se ha determinado el reactivo para la determinación de un parámetro clínico como objeto del contrato y todos los materiales y equipamientos

asociados y necesarios como cesiones, de tal forma que al definir los reactivos que le han asociado a parámetros básicos (volumen de actividad estimada en relación al número de determinaciones que contiene el reactivo) que permitan comparar las ofertas, y como resultado de ello, poder determinar cuál presenta mejor relación calidad precio en relación con las determinaciones y los resultados esperados, permitirá además el control de la ejecución y el mantenimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación. Es característico del mercado que nos ocupa esta práctica, de tal forma que los reactivos lleven implícitos todo el conjunto de costes asociados a la determinación.

Se entiende por “determinación analítica”, el resultado de un parámetro obtenido por el análisis de una muestra biológica que, con independencia del método y/o procedimiento analítico utilizado, es clínicamente interpretable por haber sido realizada con los requerimientos de calidad precisos para garantizar la fiabilidad del proceso.

Dadas las especiales características del contrato, cuya licitación implica la cesión de tecnología y /o Equipos principales o auxiliares, y recursos informáticos dimensionados para llevar a cabo la actividad que se detalla en el pliego, hacen necesario acudir al procedimiento abierto y a los criterios de adjudicación señalados en el apartado LL del presente Anexo de Características.”

Como puede comprobarse, por tanto, el objeto del contrato comprende el suministro de reactivos así como la cesión de los materiales, y a la instalación de los equipos que sean necesarios para realizar el procesamiento de las muestras biológicas encaminadas a la obtención de información clínica relevante sobre el estado de salud de los pacientes. La recurrente entiende que se trata de una pluralidad de prestaciones y que, por tanto, el contrato debe ser calificado como un contrato mixto. Por su parte, el órgano de contratación sostiene que se trata de prestaciones encaminadas a la obtención de información clínica relevante sobre el estado de salud de los pacientes, y ello como prestación accesorio, condicionada por la necesaria compatibilidad de los suministros facilitados por el adjudicatario.

El Tribunal considera que la cesión de los equipos, y todo lo que ello conlleva (su mantenimiento, la conexión con el sistema informático del laboratorio y del hospital, y la formación en su manejo), en la medida en que su cesión no es gratuita, ya que su precio está incluido en el precio de los reactivos a suministrar, se debe considerar un contrato arrendamiento de un bien mueble, y, por tanto, también un contrato de suministro, en base al artículo 16 LCSP. También tiene esta naturaleza de contrato de suministro el suministro de la electrónica necesaria para conectar los equipos a la LAN del hospital.

No obstante, el presente contrato sí que incluye prestaciones propias del contrato de obras: la adecuación de los espacios para la ubicación de los equipos cedidos y su completa instalación e integración en las dependencias de los laboratorios, incluyendo la eliminación de residuos, el tratamiento del agua, o el refuerzo del suelo.

Por tanto, estamos en presencia de un contrato mixto, que incluye prestaciones propias del contrato de suministro y del contrato de obras, y así debería haberse definido en el PCAP.

En efecto, el art. 18.1 de la LCSP señala que:

“Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.”

El contrato mixto surge precisamente cuando las necesidades de la Administración requieren y hacen necesario para su satisfacción, por razones de eficacia, eficiencia y agilidad, la contratación conjunta de prestaciones de naturaleza diversa. Y, a su vez, la fusión de prestaciones en un contrato mixto precisa de la existencia de una vinculación directa de las mismas entre sí, así como de una relación de complementariedad entre tales prestaciones, de suerte y manera que sea preciso su consideración y tratamiento como una unidad.

En efecto, el art. 34 LCSP establece que:

“Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración

y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.”

Los requisitos son, por tanto:

- Que las prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí. La vinculación debe ser directa, quedando excluidos aquellos supuestos de vinculación tangencial o indirecta.
- Que las prestaciones sean complementarias. Se prevé que sea de tal intensidad que obligue a tratar al conjunto de las prestaciones fusionadas como un todo funcional, que persiga la consecución de un fin o la satisfacción de una necesidad del ente o poder contratante.

Atendido lo anterior, en el supuesto que nos ocupa, el órgano de contratación justifica en su informe la vinculación directa de las prestaciones y su complementariedad, para licitarlas conjuntamente en un único contrato. El Tribunal comparte esa conclusión y, en consecuencia, califica el contrato como mixto, a diferencia de lo sostenido por el órgano de contratación debiendo estimarse este motivo del recurso en este punto y modificarse en consecuencia los pliegos.

Sexto. En segundo lugar, alega la recurrente que la licitación incurre en fraude de ley, al configurar el contrato de forma que **se infringen los derechos de los trabajadores (art. 130 LCSP)**. En este sentido señala que bajo la apariencia de un mero pliego de suministro de reactivos y material para la realización de determinaciones analíticas, se pretende vulnerar la estabilidad en el empleo de los trabajadores que hoy prestan sus servicios en el Laboratorio del Hospital Universitario de Torrevieja. Considera la recurrente que se pretende constituir una unidad autónoma productiva, que no puede llevar a cabo su cometido sin trabajadores.

El órgano de contratación por su parte, en cuanto a la concurrencia de un supuesto de sucesión de empresas ex art. 44 ET, niega que en este caso se trate de una *“unidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios*



organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica”, limitándose este contrato a la contratación del suministro de reactivos y material necesario para la realización de determinaciones analíticas en el servicio de análisis clínicos y microbiología y en el servicio de hematología del Departamento de salud de Torreveja, no habiéndose referencia en ningún momento a la contratación de personal ni otras prestaciones más allá de la de suministro de reactivos.

Sobre esta cuestión debemos partir de nuestra doctrina sentada en la Resolución 99/2019, de 8 de febrero, en la que señalábamos que:

“La existencia o no de subrogación laboral, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, es una cuestión cuya determinación corresponde, en última instancia, a los órganos competentes de la jurisdicción social, debiendo limitarse el órgano de contratación a verificar si existe una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación que recojan una obligación de subrogación laboral que, en principio, parezca razonablemente aplicable al contrato objeto de licitación. En caso afirmativo, existe obligación de informar en el PCAP de esa eventual subrogación laboral cuya exigibilidad trae causa en la normativa laboral.”

La recurrente funda la obligación de subrogación prevista en el artículo 130 LCSP en la existencia de una sucesión de empresas ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que dispone lo siguiente:

“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.



(...)"

El Tribunal Supremo en la Sentencia señalada de 16/04/2018 (RJ 2018, 2213) (Rcud. 2392/2016), expresaba lo siguiente en relación con este precepto:

<< ... CUARTO.-1.- La interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa de la Unión Europea - Directiva 77/187 CEE (LCEur 1977, 67) , sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE (LCEur 1998, 2285) de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE (LCEur 2001, 1026) , del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia de 12 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1962), recurso 764/02, con cita de la de 1 de diciembre de 1999 cuando establece lo siguiente: "El supuesto de hecho del art. 44 del E.T . (RCL 1995, 997), al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se re ere el art. 49.1.g. del ET , los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

La Directiva 98/59 CE (LCEur 1998, 2285), de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta

aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE (RCL 1978, 2836), "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE (LCEur 1977, 67) de acuerdo con la interpretación del Tribunal".

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del artículo 1 de la Directiva se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.).

Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" (art.1.b).

Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho de la Unión Europea, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)."

La normativa de la Unión Europea alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1 . a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44 .1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad,



entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio (art. 1 b de la Directiva).

(...)

A la vista de todo lo anteriormente expuesto se ha de concluir que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa , no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

4.- La sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2009 (RJ 2009, 2997) , recurso 4614/2007 ha examinado el supuesto en el que la empresa Ge Healthcare Bio Sciences SA ha venido siendo la adjudicataria de la concesión por cuatro años de la contratación mixta del suministro de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos de hospitales del SAS, poniendo dicha entidad a disposición de la concesionaria, durante el tiempo de vigencia del contrato, las unidades de radiofarmacia de los hospitales en condiciones para que el adjudicatario instale el instrumental necesario para la ejecución del contrato, material que ha de pasar a propiedad del SAS a la extinción del contrato. La sentencia razona: "Tales datos revelan que se dan los elementos requeridos para apreciar la existencia de sucesión de empresa , pues la unidad productiva que se transmite -suministro de radiofármacos y servicios de gestión de residuos radioactivos de los hospitales del SAS - constituye una entidad económica que mantiene su identidad como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya que continua la misma actividad que venía desarrollando la anterior, en los mismos locales, con los instrumentos correspondientes para la prestación del objeto del concurso y con el stock de fármacos adquiridos a la anterior adjudicataria, Ge Healthcare Sciences S.A., siendo irrelevante, por las razones antes expuestas, que tanto los locales como los instrumentos correspondientes sean propiedad del SAS -estos últimos por la cláusula prevista para el supuesto de extinción del contrato con

Ge Healthcare Bio Sciencis S.A.- y que no exista vinculación contractual directa entre cedente y cesionario. A mayor abundamiento hay que señalar que la nueva adjudicataria comienza a desarrollar su actividad al día siguiente de expirar el contrato de la anterior, es decir, que sin solución de continuidad presta los mismos servicios en las mismas instalaciones, con el mismo equipamiento e instrumentación que la anterior" ...>>.

A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo expuesta, resulta que en la presente licitación no puede apreciarse un supuesto de sucesión empresarial, en tanto que los adjudicatarios de los distintos lotes limitan su prestación al suministro de los radiactivos y prestaciones accesorias que, en ningún caso conllevan la realización de la actividad de análisis de muestras para obtención de las determinaciones analíticas.

Es evidente la diferencia que existe entre la presente licitación y la mencionada en la Sentencia del Tribunal Supremo transcrita, puesto que en aquel caso la empresa adjudicataria lo era de un contrato mixto que no solo comprendía el suministro, sino también la concesión del servicio de gestión de residuos radiactivos de hospitales del SAS, lo que sí implicaba el desarrollo de una actividad más allá del mero suministro de materiales.

En consecuencia, no encontrándonos ante un supuesto de sucesión empresarial, no se encuentra fundada la obligación de subrogación prevista en el artículo 130 LCSP, por lo que procede desestimar el presente motivo de oposición.

Por lo expuesto, procede la inadmisión del presente motivo de recurso.

Séptimo. Denuncia en siguiente lugar la empresa recurrente la vulneración del **artículo 18.3 de la LCSP**, que establece que en los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y esta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 231 y siguientes de la presente Ley.

Este motivo de recurso debe ser estimado, ya que no se aporta información en los pliegos sobre el importe a que asciende la obra a ejecutar y, por tanto, si es o no superior a 50.000 euros, a los efectos de la necesaria elaboración de un proyecto de obras.

Octavo. Por otro lado, alega la recurrente que la determinación del **presupuesto base de licitación**, el precio y el valor estimado han sido determinados de forma defectuosa, puesto que se fijan teniendo en cuenta únicamente el coste de los suministros, omitiendo la referencia al coste de las restantes prestaciones que comprenden el contrato. Cita al efecto diversas resoluciones de este Tribunal.

En relación con esta cuestión, alega también la recurrente que para el supuesto en que se admita que el presente contrato es un contrato mixto y que las prestaciones que incluye son compatibles entre sí, se estaría infringiendo lo previsto en el artículo 18.3 LCSP, puesto que no se ha indicado el importe de las obras a realizar.

El órgano de contratación, por su parte, en lo que se refiere a la configuración del presupuesto base de licitación, precio y valor estimado, explica que en el presente caso, tal y como se prevé en los pliegos, en tanto que se trata de un contrato de suministros en función de las necesidades, en el que el adjudicatario se obliga a *“entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que el número total de entregas se defina con exactitud al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración”*, por lo tanto, el presupuesto tiene carácter de presupuesto máximo a comprometer, por el periodo de 36 meses.

Añade que el presupuesto base de licitación se ha determinado teniendo en cuenta el precio general de mercado, teniendo en cuenta los precios de los reactivos y equipos que actualmente se están adquiriendo en los distintos Departamentos de Salud de la Comunidad Valenciana. Que se ha estimado el presupuesto base de licitación estableciendo un precio unitario de los suministros contratados, sin especificar un precio para cada una de las prestaciones accesorias, en tanto que no se dispone de información necesaria para realizar un desglose realista de costes, por lo que se ha optado por realizar un reparto estimado de los costes, atendiendo a la importancia de los factores implicados, según la siguiente proporción: costes directos 80% y costes indirectos 20%.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado ya este Tribunal en la resolución anteriormente citada, **Resolución 180/2020, de 6 de febrero**, en la que nos remitíamos, a su vez, a lo

expuesto en la **Resolución 577/2018 (Recurso 354/2018)**, en la que indicábamos lo siguiente:

“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.

Procede, por tanto, desestimar el motivo de recurso que considera que esta exigencia de suministrar los inyectores necesarios (con su mantenimiento, reparación y actualizaciones de equipos), así como todo el material fungible necesario para la inyección del contraste, supone un enriquecimiento injusto de la Administración, por ser prestaciones “gratuitas”, ya que, como afirma el órgano de contratación, dichas prestaciones se han tenido en cuenta para determinar el precio unitario máximo de licitación. Es decir, esas prestaciones son sin coste adicional, pero no, gratuitas, ya que su importe por cada uso o empleo al aplicar los contrastes se ha imputado en la cuantificación del precio unitario cierto y determinado de la prestación principal, que es el suministro de los contrastes.

No obstante lo anterior, sí deben ser estimados los recursos en la medida en que ni en el PCAP ni en el expediente (p.e. la Memoria justificativa) se recoge el desglose del precio unitario máximo determinado de los contrastes con la indicación de cada uno de los importes parciales de las otras prestaciones complementarias o accesorias, sean cesión de equipos, suministro de otros fungibles, etc., que se imputan en aquél precio unitario y han servido para determinar el precio unitario máximo de licitación de los contrastes como precio unitario del conjunto (importe unitario del suministro propiamente dicho de los contrastes, más el de los inyectores y del resto de fungibles y consumibles, etc.), para que de este modo se pueda constatar que el importe o coste de tales prestaciones complementarias y/o adicionales o accesorias integran el precio unitario citado, no son gratuitas, sino que su importe estimado está incluido dentro del precio unitario de licitación, es decir,



no tienen coste adicional separado al ya estimado e imputado en el precio unitario del producto principal objeto del suministro”.

Partiendo de la doctrina expuesta, procede analizar si en el presente asunto en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares se ha incluido el importe parcial de las otras prestaciones accesorias que se imputa al coste unitario de la prestación principal de suministro de cada uno de los reactivos.

El Apartado E del Anexo I del PCAP, señala lo siguiente:

“APARTADO E

PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN DEL CONTRATO:

Tipo de presupuesto:

Al tratarse de un contrato de suministros en función de las necesidades, en el que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que el número total de entregas se defina con exactitud al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, el presupuesto tiene carácter limitativo y, en consecuencia, de presupuesto máximo a comprometer.

Sobre la base de un precio unitario y la estimación de consumo fijada por el periodo de 36 meses:

El Presupuesto Base de Licitación del Contrato asciende a Cifra: 7.786.885,80-€ (SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO CON OCHENTA CENTIMOS), más 1.635.246,02.-€ (UN MILLON SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS CON DOS CENTIMOS), en concepto de IVA (21%).

Presupuesto total (IVA incluido): 9.422.131,82-€ (NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON OCHENTA Y DOS CENTIMOS).

Esta cantidad obedece al siguiente desglose:

Costes directos: el 80%

Costes indirectos: el 20%

Para el cálculo del presupuesto base de licitación se ha tenido en cuenta precio general de mercado. Para evaluar el importe del precio general de mercado se han tenido en cuenta, con carácter orientativo, los precios de los reactivos y equipos actualmente se están adquiriendo en distintos Departamentos de Salud de la Comunidad Valenciana, datos obtenidos del sistema informático ORION LOGIS valorando el precio por la determinación obtenido, el valor del equipamiento cedido y los gastos de habilitación necesarios. No obstante, se pone en evidencia una variabilidad de precios con varios factores decisivos como el volumen de actividad a realizar, la técnica analítica disponible, el grado de automatización y la falta de transparencia del mercado, entre otros. No se dispone de información completa que permita un desglose realista de costes, toda vez que los precios fijados para los productos llevan implícitos diversos gastos, entre los que cabe destacar los materiales de laboratorio y de la cesión de equipos necesarios para, con los reactivos, realizar el procesamiento de las muestras biológicas, por lo que se ha optado por realizar un reparto de los costes atendiendo a la importancia de los factores implicados. El expediente tiene un marcado carácter innovador, pretendiendo incorporar tecnologías de última generación con mayor automatización, fiabilidad y alto rendimiento si con prácticas respetuosas con el medio ambiente, en cuanto a la utilización de materiales y gestión de recursos compatibles con el respeto al medio ambiente.

PRESUPUESTO MÁXIMO A COMPROMETER EN LOS SUPUESTOS DE SUMINISTROS QUE SE ENTREGUEN DE FORMA SUCESIVA SEGÚN NECESIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN (EN ESTOS CASOS NO SERÁ NECESARIO AGOTAR DICHA CANTIDAD): NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON OCHENTA Y DOS CENTIMOS). (9.422.131,82€)



Para cada determinación se fija el número estimado de pruebas a realizar para el periodo de 36 meses; el precio unitario máximo, sin IVA, para cada determinación y el total por determinación por el periodo (inicial) del contrato (36 meses) sin IVA”.

A continuación se inserta en el Pliego una Tabla en la que se recoge para cada uno de los reactivos, objeto de suministro, de cada lote, el número estimado de prueba para 36 meses, coste unitario y coste total del contrato por el periodo de 36 meses.

Analizado el apartado transcrito podemos afirmar que la determinación del presupuesto base de licitación no se ajusta a lo establecido en el artículo 100.2 de la LCSP, y a la doctrina que sigue este Tribunal.

Así, se indica que el presupuesto base de licitación se calcula sobre la base de un precio unitario y la estimación de consumo fijada por el periodo de 36 meses.

El precio unitario máximo, sin embargo, se determina respecto de cada uno de los reactivos, objeto de suministro. En el PCAP se indica que se ha tenido en cuenta el precio general de mercado, tomando, con carácter orientativo los precios de los reactivos y equipos que actualmente se están adquiriendo en los distintos departamentos de Salud de la comunidad Valenciana, alorando el precio por la determinación obtenido, el valor del equipamiento cedido y los gastos de habilitación necesarios.

Sin embargo, no se recoge el desglose del precio unitario máximo determinado de los reactivos con la indicación de cada uno de los importes parciales de las otras prestaciones complementarias o accesorias, que se imputan en aquél precio unitario y han servido para determinar el precio unitario máximo de licitación de los reactivos como precio unitario del conjunto.

El órgano de contratación manifiesta que ello es debido a que no se dispone de información completa que permita un desglose de costes, toda vez que los precios fijados para los productos llevan implícitos diversos gastos, entre ellos los de los materiales de laboratorio y la cesión de equipos necesarios para, con los reactivos realizar el procesamiento de las muestras biológicas, por lo que se ha optado por realizar un reparto de los costes atendiendo a la importancia de los factores implicados, indicando el PCAP que el



presupuesto obedece al siguiente desglose: Costes directos: el 80% y Costes indirectos: el 20%.

Entiende este Tribunal que no se encuentra suficientemente justificada la imposibilidad de realizar el desglose requerido, ni tampoco la forma en que se ha aplicado la distribución de costes que se indica a los precios de mercado que se han tomado como base, de tal suerte que no puede constatar que el importe o coste de tales prestaciones accesorias integran el precio unitario de los reactivos, por lo que procede la estimación del citado motivo de oposición, anulando la cláusula que determina los precios unitarios de licitación, en cuanto no se ofrece en ella ni en el Pliego de cláusulas administrativas ni en el expediente información explicativa sobre el desglose de los importes estimados de las demás prestaciones complementarias, adicionales o accesorias que se incluyen o se han imputado para determinar el precio unitario máximo de los reactivos, teniendo en cuenta las prestaciones exigidas..

Noveno. La recurrente considera que se infringe el **artículo 122.2 de la LCSP**, en la medida en que los pliegos no detallan el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción del **contrato de obras**.

Se estima este motivo de recurso. Hemos declarado que se trata de un contrato mixto, por incluir prestaciones propias del contrato de suministro y de obras y, efectivamente, no se detalla el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de estas prestaciones del contrato de obras.

Décimo. La siguiente alegación de la parte recurrente consiste en que la **codificación CPV** contenida en el anuncio de licitación y en los Pliegos no incluye todas las prestaciones del servicio licitado. El órgano de contratación defiende que el suministro de reactivos constituye el objeto principal del mismo y la cesión temporal de equipos, que incluye, a su vez, la instalación, calibración, puesta en marcha así como su mantenimiento y formación del personal tienen carácter secundario. Como consecuencia de lo anterior, el órgano de contratación señala que el código CPV seleccionado (33696500-Reactivos de Laboratorio) es el más adecuado para la identificación y categorización de las actividades económicas objeto del contrato.



Por lo que se refiere al código CPV elegido por el órgano de contratación, es preciso indicar que, de acuerdo con lo manifestado en la Resolución de este mismo Tribunal 145/2020, ha de recordarse que el artículo 23.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece lo siguiente:

“Toda referencia a nomenclaturas en el marco de la contratación pública se hará utilizando el “Vocabulario común de contratos públicos (CPV)” aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002”.

La referida Directiva, si bien contiene algunas aclaraciones sobre la utilización de código CPV en algunos casos concretos, considerandos (28) y (119), no contiene reglas generales para el establecimiento de tales códigos.

Tampoco se contienen en el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), ni en el Reglamento (CE) Nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.

Corresponde, por tanto, a los poderes adjudicadores a los que corresponde determinar el código CPV, refiriéndose a la división, grupo, clase o categoría que mejor describa su adquisición prevista.

La determinación de la corrección de tal indicación quedará sujeta a la posibilidad de revisión por este Tribunal, pero sólo en el caso de que una mención equivocada haya dado lugar a un perjuicio concreto para el recurrente, lo que en este caso no ha tenido lugar.

El CPV indicado en los pliegos se considera que es el que mejor define la prestación principal objeto del contrato, siendo las demás prestaciones accesorias a ella y, además, el recurrente no identifica el concreto perjuicio que este CPV, o la omisión de los otros CPV posibles, que no concreta, le ocasiona, limitándose a manifestar que un gran número de



criterios de adjudicación de los lotes pivotan en torno a las prestaciones que se omiten en el título del contrato, por lo que resulta injustificado que dichas prestaciones no estén incluidas en la codificación del CPV.

Procede, en consecuencia, desestimar el citado motivo de oposición formulado por la recurrente.

Undécimo. Sostiene la recurrente que debe apreciarse infracción de lo previsto en el **artículo 126.6. de la LCSP**, en tanto que el PPT, al definir las características del ordenador, incluye una referencia a productos INTEL sin incorporar la referencia “o equivalente”. El órgano de contratación acepta la existencia de error material, y entiende que debe modificarse la redacción del Pliego en ese punto indicando “*Procesador Intel o equivalente*”. Añade que este es un de los errores materiales cuya corrección, junto con otros, había anunciado ya el órgano de contratación en la Plataforma.

Por tanto, se estima este motivo de recurso.

Duodécimo. Por otro lado, la recurrente señala que los Pliegos contravienen lo dispuesto en el **artículo 122.2 de la LCSP**. Alega la recurrente que en aquellos contratos cuya ejecución requiere el **tratamiento** por el contratista de **datos personales** por cuenta del responsable del tratamiento, el artículo 122.2 de la LCSP impone al órgano de contratación la obligación de incorporar en los pliegos cierta información, que en este caso no se ha cumplido.

No obstante, comprueba este Tribunal, que el PCAP tanto en las cláusulas 36.6. y 36.7 como en el Apartado Y, del Anexo I contiene una regulación completa en materia de protección de datos, garantizando el cumplimiento de las normas vigentes.

Las citadas cláusulas disponen lo siguiente:

“36.6. El contratista será responsable de la seguridad y buen uso de la información, y en tal sentido está obligado al cumplimiento del Decreto 66/2012, de 27 de abril, del Consell, por el que se establece la Política de Seguridad de la Información de la Generalitat y de toda su normativa de desarrollo.

36.7. *El adjudicatario está obligado a respetar la normativa vigente en materia de protección de datos y, en concreto, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, respecto de los datos personales y de los que deba acceder y obren en poder de la Administración”.*

Por su parte, el apartado Y, del Anexo I señala que:

“PROTECCIÓN DE DATOS

En relación con la seguridad y privacidad de la información a tratar, en la oferta se debe acreditar el compromiso de cumplimiento y la capacidad para la aplicación al presente contrato de las normas vigentes y cualquier otra que pueda ser promulgada durante la vigencia del mismo. En particular la normativa contemplada en la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre y el Real Decreto-Ley 14/2019 de 31 de octubre.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre (RLOPD), así como el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 establecen el marco general que regula el derecho fundamental de protección de datos. También recoge principios de confidencialidad la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El adjudicatario deberá:



- 1. Formar e informar a su personal sobre las obligaciones que se derivan de las normas citadas, especialmente las relativas al deber de secreto y a las condiciones de conservación y acceso a los datos.*
- 2. Tratar los datos conforme a las instrucciones que recibirá del Hospital.*
- 3. En ningún caso se aplicarán ni utilizarán los datos accedidos con una finalidad diferente al objeto del contrato ni los comunicará a terceros, ni siquiera a efectos de su conservación.*
- 4. El adjudicatario, como encargado del tratamiento, y el personal a su cargo están obligados a guardar secreto y absoluta confidencialidad respecto de los datos a los que tenga acceso.*
- 5. El adjudicatario deberá acreditar que en su organización se adoptan las medidas que sean de aplicación al contrato, de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, sustracción, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural. Y en todo caso adoptará las medidas técnicas y organizativas que el Hospital le especifique en anexo al contrato.*
- 6. Para este contrato son de aplicación:*
 - a. Designación del responsable de seguridad e interlocutor a efectos del servicio.*
 - b. Funciones y obligaciones del personal relacionado con el servicio.*
 - c. Plan e instrumentos de formación y divulgación de las normas de seguridad a los empleados relacionados con el servicio.*
 - d. Procedimiento de registro y comunicación de incidencias de seguridad referentes a los tratamientos contratados.*



e. Procedimientos para la gestión y distribución de soportes de información.

Debiendo suscribir el modelo de contrato que como anexo IV se proporciona.

En consecuencia, debe desestimarse el citado motivo de oposición.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. P.M.S. y D. R.H.O., en representación de TORREVIEJA DIAGNOSTICOS, S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento *“Suministro de reactivos y material necesario para la realización de determinaciones analíticas en el Servicio de Análisis Clínicos y Microbiología y en el Servicio de Hematología del Departamento de Salud de Torrevieja”*, con expediente PA 235/2022, convocado por la Dirección Económica-Gerencia del Departamento de Salud de Torrevieja, con los efectos declarados en los Fundamentos de Derecho Quinto, Séptimo, Octavo, Noveno, y Undécimo de esta Resolución, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.



LA PRESIDENTA

LOS VOCALES