



Recursos nº 1846 y 1851/2021 C.A. Cantabria 62 y 63/2021

Resolución nº 80/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 20 de enero de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.G.M., en representación de FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, SAU y de FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CANTABRIA, SLU contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de diálisis extrahospitalaria para la Comunidad Autónoma de Cantabria*”, expediente SCS2021/69, convocado por el Servicio Cántabro de Salud; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 22 de noviembre de 2021 se publicaron los pliegos del contrato de referencia en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El valor estimado del contrato asciende a 29.058.230,88 euros. El anuncio de licitación fue remitido al DOUE el 7 de septiembre y publicado en el mismo el 10 de septiembre.

Segundo. El 3 de diciembre de 2021 se publicó una corrección de errores a los pliegos (cláusula L.2 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).

Tercero. El 18 de diciembre de 2021, advertidos errores materiales en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y en el de Prescripciones Técnicas (PPT), se acordó ampliar el plazo para la presentación de ofertas en 15 días, contados a partir del día siguiente de la finalización del plazo de presentación de ofertas. En esa misma fecha se publicó una nota aclaratoria a los PCAP y PPT.

Cuarto. Disconformes con el contenido de los pliegos, tanto FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.U. como FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CANTABRIA S.L.U. interpusieron recurso especial en materia de contratación el 15 de diciembre de 2021



(Recursos 1846/2021 y 1851/2021, respectivamente). El órgano de contratación elaboró el correspondiente informe el 3 de enero de 2022.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal por delegación de este, dictó resolución de 30 de diciembre de 2021 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 del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Los recursos tienen por objeto los pliegos del contrato de referencia, actuación susceptible de impugnación por estar incluida en el apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP. Tratándose de un contrato de servicios con valor estimado superior a 100.000 euros, resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el apartado a) del artículo 44.1 de la LCSP.

Tercero. Los recursos han sido interpuestos en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. Solicitada al órgano de contratación certificación de las empresas que han presentado proposición una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones, se aprecia que tanto FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.U. como FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CANTABRIA, S.L. han presentado proposición, en ambos casos tras la interposición de los recursos.



La participación en el procedimiento de licitación atribuye a los recurrentes el interés legítimo requerido por el art. 48 de la LCSP para la presentación del recurso. Como señalamos en nuestra Resolución 852/2016 de 21 de octubre,

“Como Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002 “No obstante, considerando que el interés como contratista que licita en los contratos convocados por la Administración, se invoca por la parte en defensa de su condición de interesado a los efectos previstos en el art. 31 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, cuya infracción también se alega en este motivo, conviene señalar que se está invocando la condición de interesado en cuanto titular de intereses legítimos afectados por las resoluciones cuya nulidad se postula, condición que exige el art. 102.1 de dicha Ley para instar la declaración de nulidad y que se identifica por la jurisprudencia con la persona para la que derivan beneficios o perjuicios actuales o futuros, pero ciertos del acto impugnado (ss.6-6-2001 EDJ 2001/11100, 25-2-2002 EDJ 2002/3739 y 1-4-2002 EDJ 2002/7663), es decir y como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000 EDJ 2000/22772 respecto de la legitimación al interpretar dicho concepto de interés legítimo, aquellas personas respecto a las cuales la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo EDJ 1995/1042 y 30 de junio de 1995 EDJ 1995/3724 (y) y 12 de febrero de 1996 EDJ 1996/570, 9 de junio de 1997 EDJ 1997/5672 y 8 de febrero de 1999 EDJ 1999/572, entre otras muchas; SSTC 60/1982 EDJ 1982/60, 62/1983 EDJ 1983/63, 257/1988 EDJ 1988/573, 97/1991 EDJ 1991/4834, 195/1992 EDJ 1992/11281, 143/1994 EDJ 1994/4114 y ATC 327/1997 (Auto)).”

Por tanto, los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de interés legítimo y, por tanto, de legitimación activa, son los siguientes:

1.- Por interés, que la normativa vigente califica bien de "legítimo, personal y directo", o bien, simplemente, de "directo" o de "legítimo, individual o colectivo", debe reputarse toda situación



jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.

2.- Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo es una situación reaccionar, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.

3. Ese "interés legítimo", que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de "personal y directo", pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superador y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

En materia de legitimación ya en el ámbito de la contratación señala la citada sentencia que "Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde



a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.”

De acuerdo con esta doctrina, para que pueda apreciarse la existencia de legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, deben concurrir los siguientes requisitos:

- 1. Con carácter general, el interés legítimo viene determinado por la participación en la licitación.*
- 2. No obstante, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo.*

Por su parte, este Tribunal ha señalado en múltiples resoluciones, a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido (por todas Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, y nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012), que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.”

Quinto. Habida cuenta de la identidad sustancial de razón entre los recursos considerados, el Tribunal, al amparo de lo dispuesto por el art. 13 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 el Tribunal resuelve la acumulación de los mismos.

Sexto. Los recurrentes plantean diversos motivos de impugnación: (i) el PCAP, al fijar el presupuesto base de licitación, no efectúa el desglose de costes directos, costes indirectos y otros gastos, conforme a lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP, (ii) ni el PCAP ni la memoria, al referirse al valor estimado del contrato, recogen (conforme impone el artículo 101.2 LCSP) los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, (iii) el criterio de adjudicación de valoración automática *“distancia por carretera desde el centro de origen (Santander) a la localidad de realización del procedimiento de hemodiálisis”* no reúne los requisitos del artículo 145 de la LCSP, (iv) el criterio de adjudicación de valoración automática *“Acreditaciones de calidad obtenidas en los últimos cinco años, relacionadas con el objeto del contrato”* es inconcreto y debiera haber sido considerado, en su caso, criterio de solvencia (iv) la configuración del criterio sujeto a juicio de valor *“otras propuestas”* (lote 3) vulnera el principio de transparencia, (vi) la escala de calificaciones para la asignación de puntuación en los criterios sujetos a juicio de valor se centra en aspectos formales de la oferta, (vii) el PCAP incluye causas de resolución no previstas en la LCSP y (viii) las condiciones especiales de ejecución no están vinculadas al objeto del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación señala en su informe que (i) tanto el presupuesto base de licitación como el valor estimado están debidamente desglosados, (ii) la configuración del criterio de adjudicación de valoración automática *“distancia por carretera desde el centro de origen (Santander) a la localidad de realización del procedimiento de hemodiálisis”* ha sido convenientemente aclarado mediante nota publicada el 20 de diciembre de 2021, (iii) la determinación de la valoración del criterio de adjudicación de juicio de valor es competencia exclusiva del órgano de contratación, (iv) la escala de calificaciones para la asignación de puntuación en los criterios sujetos a juicio de valor está debidamente detallada, (v) las causas de resolución se ajustan a las previsiones de los artículos 192 y 211 de la LCSP y (vi) las condiciones especiales de ejecución se encuentran dentro de las previstas en el artículo 202 de la LCSP. El órgano de contratación no realiza consideración alguna en relación con la alegación referida al criterio de adjudicación *“Acreditaciones de calidad obtenidas en los últimos cinco años, relacionadas con el objeto del contrato”*.



Séptimo. Comenzando por el primer motivo de impugnación, debemos partir de lo dispuesto en los artículos que el recurrente considera infringidos. Concretamente, el artículo 100.2 de la LCSP establece que *“el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.”*

El presupuesto base de licitación anual que se deriva de las cláusulas C y E del PCAP es de 14.785.547,50 €, IVA incluido. Dicho presupuesto se ha calculado sobre la base de precios unitarios, tal y como permiten los artículos 102.4 y 309.1 de la LCSP.

Procede reproducir nuestra doctrina sobre el desglose del presupuesto, cuando éste se determina por precios unitarios, recogida en nuestra Resolución 633/2019:

“Con carácter previo a pronunciarnos sobre la concreta alegación formulada por la recurrente, es preciso efectuar ciertas precisiones sobre el sentido del mandato contenido en el artículo 100. 2, en particular el último inciso de su párrafo único, que determina lo siguiente: «2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia». Ese precepto viene a determinar que, en la elaboración del presupuesto del contrato, es decir, el importe máximo de gasto que podrá suponer para el OC el contrato, impone su ajuste a precios de mercado y el desglose del mismo con indicación de los coste directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Obviamente, si el precio d mercado se determina a ex artículo 102.4 en términos unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o de las distintas prestaciones parciales que integran el objeto del contrato o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, es evidente que el presupuesto podrá, e incluso deberá, formarse y desglosarse por unidades de precio de mercado que entreguen o ejecuten hasta el número máximo previsto en el PCAP, sin necesidad ni obligación de desglosar en todo caso los costes directos e indirectos y otros



eventuales gastos en que incurra el suministrador o el prestador del servicio, en cuanto son innecesarios si se demandan por el órgano de contratación en la licitación en la forma de unidades a precio unitario, y no de prestaciones según costes de prestación”.

En paralelo sentido, la Resolución nº 177/2020 señala:

“[...] la prevención referida a que en la fijación del presupuesto se desglose el presupuesto en el PCAP o en el documento regulador del contrato indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, se cumple en nuestro caso, porque al tratarse de precios unitarios por informe según precios unitarios de mercado, el órgano de contratación al elaborar el presupuesto no calcula nada porque no tiene que hacerlo, ni costes directos e indirectos ni gastos eventuales para determinar unos precios por informe cuyos importes le vienen dados y determinados por los de mercado; pero sí cumple la exigencia legal pues el presupuesto se determina e integra por esos precios unitarios por unidad de ejecución y por el número de dichas unidades de ejecución. Ampara la anterior afirmación el párrafo primero del artículo 309 de la LCSP, en cuanto prevé diversos sistemas de determinación del precio en los contratos de servicios, algunos de los cuales determinan el precio total a pagar en unidades de ejecución, a tanto alzado cuando no es posible o conveniente su descomposición, mediante tarifas o una combinación de varias de esas modalidades, lo que hace que se cumpla la norma de fijación de un presupuesto suficiente a precios de mercado y su descomposición, aunque no se efectuó siempre en términos de costes directos e indirectos, lo cual solo procede en aquellos casos en que el precio a pagar se estime en relación a los diversos componentes de la prestación”.

Por tanto, en los contratos donde el precio se determina como unitario, como es el caso que nos ocupa, el desglose del presupuesto habrá de ser por las unidades de precio, sin necesidad de desglosar costes directos, indirectos y otros. En el PCAP el precio unitario se configura atendiendo al estudio de precio del mercado sobre los productos objeto de contrato y volumen de consumo en los centros dependientes del Sistema Nacional de Salud y en otros contratos públicos a nivel nacional, definiendo la tarifa máxima unitaria por sesión, de forma que no es necesario el desglose de costes.

En cuanto a las alegaciones relativas al valor estimado, el artículo 101.2 de la LCSP prevé que *“en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que*



se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.”

A diferencia del supuesto anterior, la LCSP no exige un desglose de costes, sino que insta al órgano de contratación a tenerlos en cuenta en el cálculo del valor estimado. El órgano de contratación sostiene en su informe que *“estos costes, si bien no se encuentran detallados expresamente en el PCAP, han sido efectivamente tenidos en cuenta, toda vez que se ha partido de los precios unitarios aplicados en otros servicios de salud análogos, incluido el recientemente finalizado Servicio de Diálisis del Servicio Cántabro de Salud”*, sin que por parte del recurrente se aporte ningún argumento que conduzca a pensar en sentido contrario. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo.

Octavo. Continuando con el análisis de los motivos de impugnación, el recurrente cuestiona el criterio de adjudicación de valoración automática *“distancia por carretera desde el centro de origen (Santander) a la localidad de realización del procedimiento de hemodiálisis”*, por considerar que la fórmula de asignación de puntuación es irrazonable e inadecuada y adolece de falta de proporcionalidad.

En este punto debemos partir de la libertad de la que goza el órgano de contratación para establecer los criterios de adjudicación que considere más adecuados para determinar la oferta con mejor relación calidad-precio, siempre que estos cumplan los requisitos establecidos en el artículo 145 de la LCSP. El recurrente no concreta en qué medida la configuración del criterio vulnera el citado precepto. Las dudas relativas a la forma de medir la distancia se entienden aclaradas por la nota publicada el 20 de diciembre de 2021 en la que se indicaba que *“la distancia se mide por carretera desde el centro de origen, Hospital Universitario “Marqués de Valdecilla”, Santander, hasta la ubicación misma del centro donde se realizará el procedimiento de hemodiálisis”*. En cuanto a la falta de proporcionalidad, el órgano de contratación explica de manera razonada el motivo por el cual no se establece diferencia de puntuación dentro del radio de 5 km, al señalar que *“con la puntuación establecida para este criterio, lo que se pretende es potenciar que las instalaciones donde se preste el servicio de hemodiálisis se encuentren a una distancia razonable con respecto al centro de referencia, Hospital Universitario “Marqués de Valdecilla” (HUMV), y así facilitar los trayectos y desplazamientos de los usuarios, teniendo en cuenta que el mayor núcleo poblacional se encuentra en Santander, estableciéndose la distancia en un máximo de 5 km*



por carretera. No entendiendo necesario establecer diferencias dentro de los 5 Km porque realmente no aportaría valor añadido y las dificultades para acceder a locales próximos a HUMV serían mayores y al mismo tiempo se incrementarían los costes". Por todo ello, procede la desestimación del motivo.

Noveno. En relación con la falta de precisión en la configuración del criterio sujeto a juicio de valor "*otras propuestas*" (lote 3), debemos partir de la redacción del pliego. El apartado N.1.i dispone:

"Criterio 7: Otras Propuestas

Memoria explicativa de los elementos de la oferta no valorada en otros epígrafes que aporten ventajas significativas en garantía de servicio, seguridad, comodidad o confort del paciente (extensión máxima: 5 páginas)."

El citado criterio, al que se le otorga una puntuación de 1,7 puntos sobre 100, debe analizarse en relación con el resto de criterios, en la medida en que se refiere a elementos de la oferta no valorados en otros epígrafes. Así, en el lote 3 se valoran: *Medios materiales 1.1 Características estructurales y funcionales de la/s unidad/es de hemodiálisis y su ubicación. 1.2 Dotación de monitores, dializadores y suministros, 1.3 Características de la planta de tratamiento de aguas, 2.- Medios Humanos Dotación de medios humanos y su gestión. 3.1 Organización del servicio, coordinación y gestión de la calidad, 3.2 Gestión de la seguridad de personas, medios materiales y equipamientos, 3.3 Mantenimiento de instalaciones y Equipamientos, 3.-Procedimientos de trabajo 3.4 Respuesta ante contingencias especiales, 3.5 Gestión de residuos, 3.6 Gestión ambiental, 3.7 Atención a los usuarios con necesidades especiales: nutrición, atención psicológica, trabajo social, 4.-Sistemas de registro, información y comunicación Características generales, funcionalidades, Seguridad y acceso a la información, 5.-Atención al paciente, 6.-Plan de formación.*

A la vista del grado de detalle expuesto, no apreciamos la indeterminación a la que alude el recurrente, sino que entendemos que el criterio de adjudicación cuestionado se formula de manera objetiva, con pleno respeto a los principios que deben regir la contratación pública, no confiere al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y garantiza la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.



A la misma conclusión se llega respecto del otro criterio de adjudicación al que alude el recurrente de soslayo en el mismo epígrafe. El subcriterio *Características estructurales y funcionales de la/s unidad/es de hemodiálisis y su ubicación*, encuadrado dentro del criterio *Medios materiales*, se describe como *Memoria explicativa y descripción justificativa de ubicación, características estructurales y funcionales de la unidad de hemodiálisis no valorados en otros epígrafes. Accesibilidad, distribución general del centro, superficie total y por paciente de las salas de tratamiento que estarán disponibles a partir del primer día de ejecución del contrato y a lo largo de la duración del mismo. Monitores de diálisis, dotación y características, características de dializadores, materiales fungibles y suministros. Planta de tratamiento de agua (extensión máxima: 10 páginas)*. La propia descripción, a nuestro juicio suficientemente detallada, aclara que no se van a puntuar características que se hayan valorado en otros epígrafes.

En definitiva, los criterios de adjudicación cuestionados se ajustan a las prescripciones del artículo 145 de la LCSP, sin que existan argumentos jurídicos que permitan estimar el motivo.

Décimo. En relación con la escala de calificaciones para la asignación de puntuación en los criterios sujetos a juicio de valor, sostiene el recurrente que ésta se centra en aspectos formales de la oferta. Basta analizar con detenimiento el pliego para comprobar que las reglas de distribución de la puntuación no valoran meros aspectos formales de la oferta, sino el contenido de las mismas. Concretamente, el PCAP establece:

“La distribución de la puntuación se hará de manera proporcional en todos los aspectos de valoración enunciados, atribuyéndole la calificación de:

- *Muy buena: cuando se realice un estudio detallado del elemento a valorar en cuestión y se propongan medidas de actuación adecuadas y ajustadas al objeto del contrato, precisas, bien definidas y/o innovadoras.*
- *Buena: cuando el estudio y propuesta en relación con el elemento a valorar sea detallado, y se propongan algunas medidas de actuación precisas y/o innovadoras.*
- *Regular: cuando se limite a un somero estudio del epígrafe y/o se realicen aportaciones de actuación muy básicas y/o poco precisas.*



- *Escasa: cuando se mejoren muy escasamente los aspectos a valorar por encima de los mínimos exigidos en la documentación técnica que defina el objeto del contrato.*
- *Insuficiente o no valorable: cuando no se mejoren ninguno de los aspectos a valorar por encima de los mínimos exigidos en la documentación técnica que defina el objeto del contrato.”*

En consecuencia, procede desestimar el motivo.

Undécimo. A continuación, analizaremos la alegación relativa a que el PCAP incluye causas de resolución no previstas en la LCSP. En este punto, debemos partir de la doctrina de este Tribunal que, bajo la vigencia de la LCSP, excluye la posibilidad de que los pliegos incluyan causas de resolución distintas de las previstas en el artículo 211 de la LCSP. Citamos, por todas, la Resolución nº 1442/2021, de 21 de octubre de 2021, a cuyo tenor:

“En este sentido, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la legalidad de unos pliegos con una redacción similar (en su resolución núm. 282/2020, de 27 de febrero, citada por la recurrente) indicando expresamente:

[...] para poder analizar la conformidad a Derecho de esta cláusula, debemos partir de que la LCSP no establece las mismas causas para la resolución del contrato que las que se establecían en el TRLCP. Así, el artículo 223 TRLCSP establecía una cláusula residual que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al órgano de contratación para fijar las causas de resolución que considerase oportunas, al señalar que “Son causas de resolución del contrato: (...) h) Las establecidas expresamente en el contrato”. Dicha remisión a las causas que establezca el contrato no se contempla, sin embargo, en el actual artículo 211 de la LCSP... por lo que procede estimar el motivo, simplemente para que se suprima esa causa especial de resolución”.

Efectivamente, tal y como está redactada la cláusula 17.3 del PCAP, introduce una causa nueva especial de resolución del acuerdo marco y de los contratos basados distinta a las establecidas en el artículo 306.b) de la LCSP (no es una causa de desistimiento del contrato en ejecución unilateral de la entidad contratante sujeta al régimen de efectos del artículo 307).

Procede, por consiguiente, estimar el motivo para que se suprima esa causa especial de resolución, sin perjuicio de que, si se quiere configurar como una causa específica de desistimiento, se redacte correctamente y con la debida precisión.”

En efecto, la cláusula W del cuadro resumen del PCAP incluye causas especiales de resolución del contrato, distintas a las previstas en la LCSP. De hecho, la propia cláusula señala que tales causas de resolución se establecen *además de las causas generales de resolución previstas en la LCSP*.

El órgano de contratación justifica este extremo, intentando circunscribir estas causas especiales en las generales de la Ley. Sin embargo, el artículo 211.1.f) de la LCSP es claro al señalar que *“Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:*

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.”

En este sentido, para que las letras a), b), d) e y) de la cláusula W constituyeran causas válidas de resolución deberían estar expresamente previstas, de manera precisa, clara e inequívoca, como obligaciones esenciales en el pliego.

En el mismo sentido, tampoco cabe encuadrar las causas de resolución contenidas en las letras c), f), g) l) y j) en el artículo 192.2 de la LCSP, en la medida en que dicho precepto se refiere únicamente al incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o al supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202.

Procede, por consiguiente, estimar el motivo para que se supriman las causas especiales de resolución, no previstas como tales en la LCSP.



Duodécimo. En lo referido a las condiciones especiales de ejecución previstas en los números 1 y 3 de la cláusula Y del cuadro resumen del PCAP, que dispone lo siguiente:

“1. El licitador que sea propuesto para la adjudicación del contrato, de conformidad con el art. 150.2 de la LCSP y el Anexo I. 1b) del Decreto 75/2019, de 23 de mayo deberá aportar la documentación que acredite el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social y laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el Anexo V de la citada Ley, para ello deberá aportar los certificados acreditativos de cumplimiento de las condiciones del Decreto 75/2019 (Anexo I punto 1.b) utilizando los modelos vigentes, que exija la normativa, en el momento de la propuesta. En el caso de estar obligada a ello, la empresa, presentará el plan de igualdad elaborado de acuerdo al art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; dicho plan tendrá la consideración de documentación acreditativa de lo dispuesto en materia de no discriminación por razón de sexo en el Convenio OIT numero 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (BOE no 291, de 4-12-1968), al que hace referencia el Anexo V de la LCSP. En caso de que, estando obligada a la elaboración del plan, la empresa no lo presentare, quedara excluida de la licitación.

(...)

3. La empresa adjudicataria que cuente con una proporción desequilibrada de mujeres (o de hombres) en su plantilla, deberá priorizar la contratación de mujeres (o de hombres). Se entenderá por plantilla desequilibrada aquella que cuenta con una representación o presencia de mujeres (o de hombres) inferior al 40 por ciento del total de la misma.”

Sostiene el recurrente que estas condiciones especiales de ejecución no están vinculadas al objeto del contrato y, por tanto, deben ser anuladas. Sin embargo, la condición incluida en el número 1 de la cláusula Y tiene encaje en la LCSP, por aplicación del artículo 201, a cuyo tenor:

“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho

nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.”

En el mismo sentido, no cumplir con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres está previsto como causa de prohibición de contratar en el artículo 71.1.d) de la LCSP.

En cuanto a la condición especial de ejecución prevista en el número 3 de la cláusula Y, ésta encaja en las previsiones contenidas en el artículo 202.2 de la LCSP que permite introducir condiciones especiales de ejecución con la finalidad de (i) eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; (ii) favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; (iii) combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración.

En definitiva, ninguna de las condiciones especiales de ejecución cuestionadas por el recurrente vulnera las prescripciones de la LCSP. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

Decimotercero. Abordamos, por último, la alegación presentada contra el criterio de valoración automática *“Acreditaciones de calidad obtenidas en los últimos cinco años, relacionadas con el objeto del contrato”*, que se recoge en el cuadro de características específicas del contrato para la adjudicación de los lotes 1.a, 1.b y 2.



Alega el recurrente (pues sólo impugna este criterio FRESENIUS MEDICAL CARE, S.A.U.) que (i) el criterio es poco concreto, lo que obliga a la mesa de contratación a realizar un juicio de valor para su aplicación y (ii) la aportación de certificados de calidad constituye un criterio de solvencia.

Cabe adelantar la estimación de esta alegación. En efecto, es doctrina de este Tribunal que en la valoración de los criterios automáticos “(...) *no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor*” (Resolución 796/2015 de 11 de septiembre). Consecuentemente, la conformación de los criterios de valoración automáticos debe plantearse en términos tales que exijan para su aplicación una actuación meramente mecánica (ya sea la incorporación de los valores de la oferta a la fórmula establecida, o la constatación de que la oferta cumple o no cumple el criterio).

En el supuesto planteado la configuración del criterio de valoración exige dilucidar, previamente, que debe entenderse por “*acreditaciones de calidad vinculadas al objeto del contrato*”, lo que impone a la mesa de contratación la emisión de un juicio incompatible con el predicado carácter mecánico de los criterios de valoración automáticos.

Alega por otro lado la recurrente que los certificados de calidad deben ser considerados como criterios de solvencia, si bien matiza su alegación señalando que el problema fundamental del criterio impugnado es su inconcreción, lo que impide determinar si, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal tras la aprobación de la LCSP, la vinculación de los certificados con el objeto del contrato los hace admisibles como criterio de valoración. En definitiva, se reconduce la alegación a la primera de las analizadas, lo que hace superflua cualquier consideración adicional.

Por lo señalado, el motivo debe ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. L.G.M., en representación de FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, SAU y de FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CANTABRIA, SLU contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de diálisis extrahospitalaria para la Comunidad Autónoma de Cantabria*”, expediente SCS52021/69, convocado por el Servicio Cántabro de Salud, anulando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en los términos establecidos en los Fundamentos Undécimo y Decimotercero de la presente Resolución.

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 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 Cantabria en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.