



Recurso nº 791/2020

Resolución nº 69/2021

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

En Madrid, a 29 de enero de 2021

VISTO el recurso interpuesto por el recurso interpuesto por D. J.R.G., en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), contra el anuncio de licitación y contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas de la licitación convocada por la Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta para contratar el *“servicio de oxigenoterapia medicinal y otras terapias respiratorias domiciliarias para pacientes del INGESA en Ceuta”* con expediente P.A. 2020/011/GCE este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta inició, por Resolución de fecha 21 de julio de 2020, el expediente para la celebración del contrato de servicio de oxigenoterapia medicinal y otras terapias respiratorias domiciliarias para pacientes del INGESA en Ceuta, con plazo de ejecución de 3 años, con un valor estimado de 3.208.016 euros. La licitación se lleva a cabo con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (LCSP), por el procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada.

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el DOUE en fecha 20 de julio de 2020, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de julio de 2020. El mismo día fueron puestos a disposición de los posibles licitadores los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas reguladores del contrato. La fecha final para la presentación de las proposiciones era el 29 de septiembre de 2020.



Tercero. Estando disconforme con los citados Pliegos de la contratación, de acuerdo con el artículo 50 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en fecha 11 de agosto de 2020 se presentó, ante este Tribunal, por vía electrónica, escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación, en el que impugna, esencialmente, lo siguiente:

- Invalidez del “*criterio social*” de adjudicación del contrato, consistente en valorar hasta cuatro puntos a las empresas con un número de trabajadores con discapacidad superiores al 2% de trabajadores de la empresa, por considerar que vulnera lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP.
- Invalidez de la posibilidad de subcontratación que contempla el pliego: entiende el recurrente que la exigencia de la habilitación empresarial consistente en la autorización por parte de la AEMPS como laboratorio farmacéutico fabricante o titular de la autorización de comercialización impiden que otros sujetos puedan llevar a cabo la prestación.
- Invalidez del sistema de fijación y pago del precio, al tratarse de un contrato de servicios sucesivo, en función de las necesidades del órgano de contratación: vulneración del artículo 102 de la LCSP.

Por todo ello solicita la anulación de la convocatoria y de los pliegos impugnados. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación como medida cautelar.

Cuarto. En fecha 19 de agosto de 2020, fue emitido el informe del órgano de contratación a que alude el art. 56 LCSP. En él se opone a los razonamientos del recurrente, solicitando íntegramente la desestimación del recurso. No obstante, en cuanto a la alegación relativa a la subcontratación, pone de manifiesto que *“para clarificar su posición al respecto, se ha resuelto rectificar, previo informe del Servicio Jurídico del INGESA, la redacción de los apartados 8.4, 8.6 y 17 del cuadro de características de esta contratación para subsanar las deficiencias advertidas en su redacción inicial y se adjuntan al expediente ambos documentos”*.

En efecto, consta en el expediente la *“Resolución por la que se acuerda la rectificación del cuadro de características para la celebración del contrato de servicio de oxigenoterapia*



medicinal y otras terapias respiratorias domiciliarias para pacientes del INGESA en Ceuta", de la misma fecha 19 de agosto de 2020.

Quinto. En fecha 27 de agosto de 2020, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 46 de la LCSP, así como del correspondiente Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Ciudad Autónoma de Ceuta sobre atribución de Competencia de recursos contractuales, firmado el 8 de abril de 2013.

Segundo. Se impugnan los pliegos que han de regir el contrato de servicio de oxigenoterapia medicinal y otras terapias respiratorias domiciliarias para pacientes del INGESA en Ceuta, recurribles conforme a los artículos 44.1 a) y 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 48 de la LCSP, de acuerdo con el cual *"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"*.

La recurrente, FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) como asociación empresarial que aglutina a las empresas de tecnología sanitaria, debe considerarse, a priori, que tiene interés en que la licitación que nos ocupa se desarrolle conforme a la legalidad de forma estricta, pues cualquier desviación que pueda acometerse respecto a ésta tiene incidencia en sus empresas asociadas, que son licitadoras y/o potenciales licitadoras en este expediente.



Cuarto. El recurso, dadas las fechas indicadas en sede de antecedentes de hecho como de publicación del anuncio de licitación y de presentación del escrito de interposición, debe considerarse interpuesto en el plazo que al efecto fija el art. 50 LCSP.

Interpuesto, por tanto, en tiempo y en forma, procede su admisión.

Quinto. Como se ha anticipado en los antecedentes de la presente resolución, el recurso impugna el pliego en tres aspectos distintos, el primero de los cuales se refiere a los criterios de adjudicación.

En efecto, el recurrente solicita la anulación del criterio de adjudicación “social” establecido en el apartado 11 del cuadro de características, por entender que vulnera el artículo 145 de la LCSP y no se corresponde con la doctrina que sobre este precepto emana de este Tribunal.

Se indica que “el “criterio social” fijado en el Cuadro de Características del PCAP se refiere a la plantilla de la empresa, esto es, a una característica de la empresa, no de la prestación, por lo que su establecimiento como criterio de adjudicación vulnera las exigencias del artículo 145 de la LCSP. Y, en segundo lugar, en ningún lugar se justifica en qué medida ese “criterio social” afectaría al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, no se justifica que ese “criterio social” afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnica (pues, según se indica en la resolución citada, “con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas”). Por tanto, y también desde esta perspectiva, el referido “criterio social” no resulta conforme con el artículo 145 de la LCSP.”

El órgano de contratación, en el informe, se opone a esta pretensión, considerando que el objeto del contrato está incluido dentro del epígrafe descrito como “servicios sociales y de la salud y servicios conexos” del Anexo IV (servicios especiales) de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, y, por tanto, le resultan aplicables los principios establecidos



en la disposición adicional cuadragésima séptima de dicha ley a los contratos de carácter social, sanitario o educativo del Anexo IV. Indica además que:

“El criterio social de adjudicación de esta contratación valora hasta 4 puntos las ofertas de las empresas que presenten un compromiso conforme al cual, en el caso de resultar adjudicatarias, tendrán en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al 2% si el número de trabajadores de la empresa excede de 50.

De la legislación arriba transcrita sobre la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato no se infiere que dichos criterios influyan directamente en las prestaciones objeto del contrato, sino que es suficiente con que intervengan en cualquiera de las etapas de su ciclo de vida. (...)”

Y concluye señalando que el criterio social de adjudicación de esta contratación, objeto del recurso, sí está vinculado con el objeto del contrato, ya que hace referencia a trabajadores con discapacidad que pueden intervenir en cualquiera de los aspectos o fases del proceso de prestación de los servicios, aunque su intervención no afecte al resultado final de la prestación.

Para resolver el debate debemos partir del artículo 145 de la LCSP, que establece lo siguiente en sus apartados 5 y 6:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

(...)

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho



contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”

Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones (por todas, en la reciente Resolución 453/2020) que el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, si bien esa facultad tiene su límite en la exigencia de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora. En la Resolución 1148/2017, de 1 de diciembre, el Tribunal indicó lo siguiente:

“A la hora de enjuiciar la validez de un criterio de adjudicación este Tribunal ha señalado, entre otras, en su Resolución 187/2012, de 16 de septiembre, que estos deben ser configurados de forma que puedan ‘ser objetivos, estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato, permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y no hacer referencia a las características de las empresas’.

En dicha Resolución, con cita al Informe 9/2009 de 31 de marzo de la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado, se indicaba que la relación entre un criterio de adjudicación y el objeto del contrato implica *“que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de ésta y que no puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no afecte ni a la forma de ejecutar la prestación, ni a sus resultados.”*



Precisando el alcance de la anterior afirmación, en la Resolución 62/2011 de 9 de marzo este Tribunal señaló que *“para apreciar si un determinado criterio puede ser utilizado para valorar y adjudicar el contrato será necesario establecer previamente si tal criterio encarna alguna de las características del objeto contractual, de tal forma que sea posible valorarlo en más o en menos en función de que a través de él se ponga de manifiesto que la oferta en cuestión se acerca más o menos a la condición de económicamente más favorable”*.

Sobre la vinculación de criterios de adjudicación de carácter social con el objeto de contratos que, como en este caso, se refieren a la prestación de un servicio, se ha pronunciado este Tribunal en diversas Resoluciones, pudiendo citar la nº 235/2019 entre otras, en la que se analiza, a la luz de la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria, la cuestión de tratarse de un verdadero criterio de adjudicación:

“SÉPTIMO. El primer aspecto de los antes reseñados que ha de concurrir en un criterio para que pueda serlo verdaderamente de adjudicación es que concurra en él la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación. (...) Y en el Considerando 90 determina que:

(90) “La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte, conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato”. Por tanto, en la citada Directiva, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe efectuarse sobre la base criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de



trato, y respecto de la fijación de normas de calidad, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.

En fin, sobre ese aspecto, la Directiva 2014/24 concreta en su Considerando 92 la condición esencial de todo criterio de adjudicación, al determinar que: (92) “Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”. Por tanto, la Directiva concreta ese aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Por otra parte, ha de ponerse de relieve que la Directiva 2014/24 no ignora que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación; pero ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de



alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio. Es decir, la prestación contractual. (...)

En fin, afecta también a la cuestión que nos ocupa la circunstancia de que algunas consideraciones sociales que reúnan los requisitos exigidos pueden operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, pero otras solo pueden operar como condiciones de ejecución, sin duda porque no pueden reunir los requisitos intrínsecos para ser criterio de adjudicación, tal y como determina la Directiva 2014/24, en el Considerando 98, párrafo segundo, cuando afirma que: (98) “Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”.

(104) “El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas”. (...).

OCTAVO. Cumplido el requisito anterior para que un criterio de adjudicación sea admisible como tal, el segundo aspecto que determina si los dos criterios de adjudicación impugnados son admisibles o no por ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, es que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público, que son: a) Deben estar vinculados al objeto del contrato. b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente. c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como



correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento. d) Deben publicarse previamente. (...)

En definitiva, en el caso objeto de aquél recurso, el Tribunal debía pronunciarse sobre las mejoras salariales como criterio de adjudicación, y tras el análisis y razonamiento parcialmente transcrito se entendió que no quedaba justificada la preceptiva relación con el objeto del contrato por los siguientes motivos: *"Se trata de una justificación genérica e imprecisa donde no se concreta la vinculación existente entre el objeto del contrato (prestación del servicio de limpieza) y la mejora salarial incorporada como criterio de adjudicación, muestra de ello es el uso de conceptos tales como "mejora del clima laboral" o "paz social" que no son suficientes para mostrar la requerida vinculación, o invoca como justificación abstracta el peso fundamental de los gastos de personal en el contrato, por lo demás característica señera de todos los contratos de servicios; la justificación relativa al "compromiso que como Institución Pública este Parlamento de Andalucía asume en la defensa de la mejora de los trabajadores en general" podría invocarse por cualquier poder adjudicador". Es decir, como hemos visto la Directiva 2014/24/UE establece que los criterios de adjudicación deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como se define en las prescripciones técnicas, y que si se tiene en cuenta la calidad del personal (como por ejemplo en los servicios intelectuales, que no es el caso), se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal (Considerando 94). El mayor salario de los trabajadores que ejecuten la prestación respecto del establecido en el Convenio colectivo sectorial de aplicación nada tiene que ver con el nivel de rendimiento de cada oferta, tal y como se define en las prescripciones técnicas, ni con las características permitidas por la Directiva para evaluar la calidad del personal: cómo se organizan, su cualificación y experiencia. Los salarios que la empresa adjudicataria satisfaga a sus trabajadores, por encima del convenio colectivo de aplicación, no es un aspecto que defina las prescripciones técnicas, ni es útil a los efectos de hacer una evaluación comparativa de las ofertas para elegir la que presente una mejor relación calidad – precio. No se comparte la hipótesis de que con mejores salarios se prestarán necesariamente mejores servicios. No se considera, por ejemplo, que la oferta de un licitador que proponga pagar a los trabajadores de su empresa que realicen la prestación una cantidad por encima del mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación,*



mayor a la que oferte otra empresa licitadora, implique que los trabajadores de la primera empresa prestarán el servicio mejor que los de la segunda, en términos del rendimiento definido en las prescripciones técnicas. Y lo mismo se puede decir de la concesión de más tiempo libre sobre el mínimo establecido, a efectos de conciliación. Por tanto, el presente criterio de adjudicación no es un criterio admisible conforme a la Directiva 2014/24/UE.”

Siguiendo el mismo razonamiento, en el presente caso, no se considera que el criterio social que se utiliza en el pliego, consistente en presentar las empresas licitadoras un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al 2 por cien si la empresa excede de cincuenta trabajadores, esté vinculado con el objeto de la prestación contratada de tal forma que permita efectuar una evaluación comparativa entre las ofertas presentadas en relación con la prestación definida en el PPT.

El argumento del órgano de contratación, relativo a la posibilidad de establecer una vinculación del criterio social de adjudicación *“con los trabajadores con discapacidad que podrían intervenir en cualquiera de los aspectos o fases del proceso de prestación de los servicios”*, se formula en abstracto, sin que pueda dilucidarse en qué forma pueden intervenir tales trabajadores en la prestación contratada, ni contribuir a ofrecer una oferta de mejor relación *“calidad-precio”*.

En efecto, no se justifica en la memoria ni en los pliegos cómo la contratación de un número de trabajadores con discapacidad superior al legalmente exigido se relaciona con alguna de las características de la prestación contratada (pese a su ubicación sistemática, que no resulta suficiente, en contra de lo señalado por el órgano de contratación). Es por ello que, más allá del indudable valor social de la contratación de personas con discapacidad, no resulta admisible su utilización como criterio de valoración de las ofertas presentadas, por no cumplir el requisito que exige el artículo 145 de la LCSP como defiende el recurrente.

De acuerdo con la doctrina de la Junta Consultiva y la jurisprudencia comunitaria, el objetivo social pretendido mediante la inclusión de este criterio puede lograrse a través de una condición especial de ejecución del contrato, (de hecho, el legislador obliga a incluir al menos una que tenga carácter social o medioambiental en el artículo 202), o como una condición *“ordinaria”* de ejecución del contrato.



Así, en el ya citado Informe 3/2009 de la Junta Consultiva, se trae a colación otro anterior (el nº 53/2008) en el que se mantuvo la opinión de que la inclusión en los PCAP de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible en Derecho. Literalmente, su consideración tercera argumenta que *“(...) el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución de contrato, pero no mediante el establecimiento de un criterio de adjudicación que valorase el porcentaje de mano de obra desempleada que se contratara para la ejecución del contrato, pues evidentemente este criterio no tendría relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

Así, pues, la JCCA concluía que el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución del contrato, pero no mediante la previsión de criterios de adjudicación que valoren el porcentaje de mano de obra desempleada que se contrata para la ejecución del contrato, ya que este criterio no tendría la relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el actual artículo 150 del TRLCSP.

Esta doctrina, si bien referida a la contratación de mano de obra desempleada, es aplicable también al presente caso, entendiendo que la indudable función social que cumple la introducción en el pliego de una cláusula como la debatida (que fomenta la contratación de personas con discapacidad), debería haber sido configurada como una condición de ejecución y no como un criterio de valoración.

Por tanto, se estima la alegación del recurrente.

Sexto. Respecto de la segunda alegación, el recurrente impugna la posibilidad de subcontratación, habida cuenta la exigencia al licitador, como habilitación empresarial, de autorización de la AEMPS como laboratorio farmacéutico fabricante o laboratorio titular de autorización de comercialización de oxígeno medicinal.

Como se pone de manifiesto en los antecedentes, el órgano de contratación se opone a la alegación del recurrente e indica que *“para clarificar su posición”* ha resuelto rectificar el



pliego, en sus apartados 8.4, 8.6 y 17 del cuadro de características. Se aporta al expediente la resolución de rectificación, de fecha 19 de agosto de 2020, en la que asimismo se acuerda ampliar el plazo para presentar ofertas. Consta la publicación de este documento en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 20 de agosto de 2020.

Pues bien, a este respecto, es necesario referirnos a que las tres cláusulas objeto de impugnación en este recurso han sido modificadas y cambiados sus términos mediante acuerdo de la Gerencia de Atención Sanitaria del INGESA, de fecha 19 de agosto de 2020, en vista, según refiere el órgano de contratación, de la nota informativa de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios de 17 de junio de 2019.

Señala la Gerencia de Atención Sanitaria de Ceuta, en línea según argumenta con lo manifestado por la AEMPS en su nota informativa, que el suministro de oxígeno medicinal no corresponde en exclusiva a los fabricantes del mismo, sino que también puede ser realizado por los distribuidores que dispongan de la preceptiva autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del RD 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano y por ello procedió a modificar las cláusulas 8.4, 8.6 y 17 del cuadro de características del PCAP, con la intención de permitir participar en la licitación no solamente a los fabricantes de oxígeno medicinal sino a los distribuidores autorizados, a quienes se les permite integrar la solvencia mediante compromiso suscrito con un laboratorio farmacéutico autorizado por la AEMPS como fabricante para que le suministre el oxígeno medicinal. Por último, respecto de la subcontratación, en caso de que el adjudicatario sea laboratorio farmacéutico fabricante, se permite que pueda subcontratar el suministro domiciliario con un distribuidor autorizado.

Habiéndose modificado por el órgano de contratación en uso de su discrecionalidad los términos de los pliegos inicialmente impugnados con posterioridad al recurso interpuesto no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre el alcance de esta modificación llevada a cabo en el pliego puesto que no ha sido objeto de recurso especial.

No obstante, podemos pronunciarnos sobre las alegaciones inicialmente planteadas, para resolver las cuales cabe traer a colación nuevamente lo manifestado por este Tribunal en su Resolución nº 1227/2019, de 4 de noviembre, recurso 960/2019, en la que tuvo ocasión



de pronunciarse sobre la nota informativa de la AEMPS de 17 de junio de 2019 en un nuevo recurso contra pliegos del mismo expediente de contratación afectado por la Resolución nº 575/2019, de 23 de mayo, cuyo objeto resultaba muy similar al del presente contrato de servicios. En aquella ocasión se trataba de un servicio de terapias respiratorias domiciliarias, con sus prestaciones se encuadradas bajo el mismo código CPV recogido en los pliegos de esta licitación del INGESA, 85111700-7. El objeto contractual fue calificado por el Tribunal como un contrato de servicios sanitarios y no como un contrato de suministro de gases medicinales, aunque para cuya ejecución resultara necesario proveerse de dichos medicamentos.

En nuestra Resolución nº 1227/2019, de 4 de noviembre, afirmamos:

“De igual modo, tampoco es posible apreciar contradicción entre este criterio y el sentado en la nota aclaratoria de la AEMPS de fecha de 19 [sic] de junio de 2019 cuando señala que: “Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el suministro de oxígeno medicinal (medicamento) solo lo podrán realizar entidades que dispongan de la correspondiente autorización de fabricación o distribución. En el caso de que se incumpla con este requisito se estaría cometiendo la infracción grave tipificada en el artículo 111.2.b) 2ª del mencionado Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio”, porque como venimos explicando, la razón por la que no es dable exigir la autorización como laboratorio farmacéutico fabricante o como laboratorio titular de autorización de comercialización de oxígeno medicinal reside en que el objeto de este contrato no es el suministro de tales medicamentos, sino su administración.”

Por lo que, reproduciendo los mismos argumentos expuestos en la anterior resolución, de la cual fue conocedora FENIN pues hizo valer en sus alegaciones al recurso 960/2019 la nota informativa en cuestión, el motivo debe ser desestimado.

Séptimo. Respecto del último de los motivos alegados en el recurso, se impugna lo que para el recurrente consiste en un sistema de fijación de precios unitarios (en virtud del componente “*cápita*”) en un contrato de servicios sucesivos en función de las necesidades del órgano de contratación, entendiendo que vulnera con ello el artículo 17 de la LCSP.



Si acudimos al punto 5 del cuadro de características del pliego, referido a la fijación de precios, se indica que se trata de un sistema de precio a tanto alzado, resultado de multiplicar la cápita de licitación por el número de tarjetas individuales de la población protegida de Ceuta, y de multiplicarlo por el factor de morbilidad:

5.6. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO

PRECIOS UNITARIOS ☐ PRECIO ALZADO ☒

El precio anual del contrato es el resultado de multiplicar la cápita de licitación (SEIS EUROS CON VEINTE CENTIMOS) por el número de tarjetas sanitarias individuales (TIS) de la población protegida de Ceuta que puede ser subsidiaria de los tratamientos objeto del contrato, y de multiplicar dicho resultado por el factor de morbilidad.

Precio anual = $(6,2 \times 75.735) \times 1,22 = 572.860$ euros

El factor de morbilidad es el porcentaje de pacientes de Ceuta que durante el año 2019 ha recibido terapias respiratorias a domicilio respecto al número de TIS, en base al número medio de pacientes/día durante el año 2019.

Factor de morbilidad = $(927 \times 100) / 75.735 = 1,22$

MEDIA DE PACIENTES/DIA EN CADA MODALIDAD TERAPÉUTICA DURANTE 2019

Lo que indica al respecto el órgano de contratación, es que se toma un precio unitario para calcular el precio del contrato, pero no es el precio unitario de los servicios a contratar, que son todos los relacionados en el precio del contrato.

Tal como hace constar el informe del órgano de contratación, y reconoce el propio recurrente, esta cuestión ya ha sido debatida en esta sede sobre casos sustancialmente análogos, en concreto en la Resolución 568/2020 (Recurso 287/2020), en la que este Tribunal ha rechazado que tal sistema denominado “*capitativo*” de fijación del precio vulnere el artículo 309 de la LCSP. Así, se indica en la resolución citada fundamentalmente lo siguiente:

“Pues bien, el PCAP dice haber optado por el sistema de determinación del precio consistente en el precio unitario, lo que al parecer de la recurrente no es el caso, porque, siempre según su entender, para que de precio unitario se tratara debería establecerse un

precio unitario por sesión diaria u horaria de cada uno de los tratamiento y no, como es el caso, lo que se denomina “precio unitario de base capitativa” o “cápita” que el precio que se abonará al contratista será el resultado de multiplicar la “cápita” que ofertó por la población protegida (número de personas con Tarjeta Individual Sanitaria del Servicio Murciano de Salud), y sumar o restar a ese importe un ajuste por el incremento o decremento de terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica) y un ajuste por la mejora en la adherencia al tratamiento de CPAP/BIPAP (de acuerdo con la fórmula y porcentajes que se indican en la Memoria Económica).

Lo primero que ha de decirse es que, a criterio de este Tribunal ese ajuste que se hace al resultado de multiplicar la cápita ofertada por la adjudicataria por la población protegida, mediante la suma o resta al resultado de tal operación del incremento o decremento de terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior, supone referir la cápita a los pacientes atendidos.

Y sentado ello, no puede este Tribunal compartir el criterio de la recurrente de que no pueda el precio unitario referirse a pacientes atendidos y deba serlo a sesiones diarias u horarias de terapia, puesto que así descompuesto el precio unitario, siempre podría afeársele, hasta una reducción al absurdo, que si se refiriera a días de terapia debiera haberse hecho a sesión diaria y así sucesivamente.

Se entiende así, que un precio referido a paciente (repetimos, mediante el ajuste, según incremento o decremento del resultado de multiplicar la cápita por población protegida, de las terapias a pacientes atendidos respecto de los del año anterior) es en efecto un precio unitario referido, como exige el art. 309 LCSP a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo.

A lo dicho debe añadirse, como razona el informe del órgano de contratación, que el cuestionado sistema de fijación y pago del precio establecido por los pliegos ha sido valorado como conforme a derecho por diversas Resoluciones de este Tribunal, que se han ocupado de la impugnación de los Pliegos, de cuya anulación parcial y resultado de desierto traen causa los aquí impugnados, y por Tribunales de Justicia en las Sentencias



que han ultimado los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra tales Resoluciones de este Tribunal, o directamente contra los Pliegos (citadas en sede de hechos)."

Siguiendo el mismo razonamiento, debe indicarse que se trata de un precio fijado sobre los potenciales destinatarios del servicio, cuyo cálculo se ha efectuado mediante la multiplicación de la población protegida (titulares de la TIS), por el factor de morbilidad del año anterior (número de pacientes que han obtenido terapias respiratorias domiciliarias respecto del número de TIS, en base al número medio de pacientes/día del año anterior), lo cual se ajusta a lo exigido en el artículo 309 de la LCSP, como tiene establecido este Tribunal en resoluciones como la mencionada, u otras a las que se refiere el propio órgano de contratación (Resolución 583/2020, Resolución 679/2017).

De ahí que esta alegación debe ser desestimada.

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. J.R.G., en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), contra el anuncio de licitación y contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas de la licitación convocada por la Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta para contratar el "*servicio de oxigenoterapia medicinal y otras terapias respiratorias domiciliarias para pacientes del INGESA en Ceuta*" con expediente P.A. 2020/011/GCE, y anular la cláusula "*social*" del apartado 11 del cuadro de características, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la aprobación del cuadro de características del PCAP.

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 sanción 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.