



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 31 de octubre de 2013, ha examinado el *procedimiento de interpretación del contrato de concesión de obra pública suscrito entre la Consejería de Sanidad y la Sociedad Concesionaria Nuevo Hospital de xxxx1*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 30 de septiembre de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de interpretación del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1, suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la sociedad concesionaria qqqq, en lo referente a las discrepancias existentes sobre diversos conceptos facturables: retribución de la obra accesorio "central de energía", retribución de la obra accesorio "central de esterilización" e interpretación de la categoría "intervenido quirúrgicamente"*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 3 de octubre de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 729/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

Primero.- El 28 de abril de 2006 se formalizó el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del nuevo Hospital de xxxx1 entre la Gerencia Regional de Salud y la sociedad concesionaria qqqq



Segundo.- El 13 de diciembre de 2011 se levanta acta de comprobación de las obras del Nuevo Hospital de xxxx1, en la que las partes consideran que a tal fecha el Hospital está en condiciones de ser abierto al uso público.

Tercero.- El 18 de febrero de 2013 se recibe un escrito de la sociedad concesionaria por el que se solicita que, de conformidad con la cláusula 23.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el órgano de contratación resuelva sobre los siguientes conceptos facturables:

- 1.- Retribución de la obra accesoria "central de energía".
- 2.- Retribución de la obra accesoria "central de esterilización".
- 3.- Interpretación de la categoría "intervenido quirúrgicamente".

Mediante escrito de 20 de mayo la sociedad concesionaria, a petición de la Administración, aporta datos de desagregación de la composición de los costes directos y de los gastos de explotación recogidos en el plan económico financiero de la concesión.

Cuarto.- Constan informes y escritos en relación con tales discrepancias de la Oficina de Seguimiento de la Concesión (OSCO). Asimismo, estas discrepancias se ponen de manifiesto en los informes que la OSCO acompaña a las facturas mensuales emitidas por la sociedad concesionaria.

Quinto.- El 12 de junio la Dirección Técnica General de la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud emite informe en relación con las referidas discrepancias.

Sexto.- El 4 de julio se concede trámite de audiencia al concesionario respecto al contenido de la propuesta de interpretación, de conformidad con lo señalado en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), quien el 17 de julio presenta alegaciones.

Dichas alegaciones son informadas el 30 de julio por la Dirección Técnica General de la Dirección General de Administración e Infraestructuras.



Séptimo.- El 1 de agosto de 2013 se formula propuesta de resolución, cuya parte dispositiva interpreta los anexos del PCAP de la siguiente forma:

»1.- Concepto facturable referido a la retribución de la obra accesoria `central de energía´:

»La fórmula retributiva contenida en el anexo VII del pliego de cláusulas administrativas que rige este contrato, (retribución por el aprovechamiento económico de la central energética= $(pl1xkwhe+ pl2xkwht+ pl3xkwht)* IDOcen$) ha de aplicarse exclusivamente a la energía útil consumida por las áreas asistenciales en que se estructura la obra nuclear del hospital.

»2º- Concepto facturable referido a la retribución de la obra accesoria "central de esterilización":

»La totalidad de la retribución a la Sociedad Concesionaria por la explotación de la obra accesoria central de esterilización debe hacerse exclusivamente mediante la fórmula retributiva contenida en el anexo VII del pliego de cláusulas administrativas (retribución por el aprovechamiento económico de la central de esterilización = $\`RAEst=pf71 \times kit \times IDOest$), es decir multiplicando la tarifa unitaria ofertada por la adjudicataria por el número de kit, entendiendo kit como conjunto de todo el material necesario para auxiliar a una intervención quirúrgica, con independencia del número de cajas procesadas que se necesiten, y considerando la intervención quirúrgica, a su vez, como la define el SIAE más las actuaciones en las UDPR (unidades de dilatación, parto y recuperación).

»Respecto del contenido de la explotación de la `central de esterilización´:

»La explotación de esta obra accesoria incluye la obligación de la sociedad concesionaria de adquirir a su costa y poner a disposición del Hospital Universitario de xxxx1 el instrumental así como el material textil de uso quirúrgico, y el material estéril de un sólo uso, entendiendo por éste, al menos, el recogido en el anexo I de esta resolución.

»3º- Categoría `intervenido quirúrgicamente´:



»Anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares, apartado 2, subapartado 4- 2. `Categoría usuario: Intervenido quirúrgicamente´.

»El parámetro de medida para la retribución por el uso de la infraestructura en la 2. `Categoría usuario: Intervenido quirúrgicamente es el número de intervenciones=ni donde deben considerarse como intervención quirúrgica, además de los actos quirúrgicos realizados en los quirófanos, la actividad desarrollada en las unidades de dilatación, parto y recuperación (UDPR) del Hospital hhhh de xxxx1, es decir, el número de partos tanto eutócicos como distócicos”.

Octavo.- El 8 de agosto se notifica a la concesionaria la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por el tiempo que medie entre la petición de informe de Asesoría Jurídica y su recepción.

Noveno.- El 4 de septiembre la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud informa favorablemente la referida propuesta.

Décimo.- Consta escrito con registro de salida de 12 de septiembre de 2013 por el que se notifica a la concesionaria la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por el tiempo que medie entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo hasta su recepción.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.d) del Acuerdo de 31



de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

La preceptividad del dictamen deriva también de la normativa reguladora de los contratos del sector público.

2ª.- La normativa aplicable al presente contrato, celebrado el 28 de abril de 2006, tal como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), tras la modificación operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, por sus normas de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga al Título V del Libro II del TRLCAP.

Debe recordarse que la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece -para los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011- que se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, esto es, por el mencionado del TRLCAP.

En lo relativo al régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas el artículo 7 del TRLCAP dispone:

“1. Los contratos administrativos, con la salvedad establecida en el apartado siguiente, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. (...).

»2. El contrato de concesión de obras públicas se regirá, con carácter preferente a lo dispuesto en el apartado anterior, por las disposiciones contenidas en el título V del libro II de esta ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título, (...).”



Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad de interpretación se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ("A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior"), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final tercera del TRLCSP.

En este caso, el procedimiento de interpretación del contrato se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 211, relativo al "Procedimiento de ejercicio", el cual establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el mismo sentido se pronuncia el 249.2 del TRLCSP con referencia particular al contrato de concesión de obra pública. Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento. En particular, la oposición de la empresa contratista se formula en escrito presentado el 17 de julio de 2013.

La competencia para resolver el procedimiento de interpretación del contrato corresponde al órgano de contratación o, en su caso, al órgano que se determine en la legislación específica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 249 del TRLCSP, en este caso, al Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la interpretación del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1, suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la sociedad concesionaria qqqq, en lo referente a las discrepancias existentes sobre diversos conceptos retributivos: retribución de la obra accesoria "central de energía", retribución de la obra accesoria "central de esterilización" e interpretación de la categoría "intervenido quirúrgicamente", recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato.

La facultad de interpretar los contratos, prevista en los artículos 59.1 y 249 del TRLCAP, ha de ejercerse, como indican dichos preceptos, dentro de los



límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la propia Ley y en la legislación específica que resulte de aplicación.

Desde el punto de vista sustantivo, la prerrogativa de interpretación no puede ser entendida de un modo absoluto que justifique un proceder no adecuado a una relación concertada (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1999). Así, es evidente que la interpretación del contrato no es una vía para su reformulación, ni puede encubrir modificaciones, sólo permitidas en los supuestos legalmente previstos y para las que se ha establecido una tramitación específica.

Ante la manifestación de un disenso sobre el significado de las cláusulas contractuales, es necesario indagar el sentido que ha de atribuírseles y contemplar, desde una perspectiva global, sistemática o integradora, el régimen jurídico del contrato, en el que, como punto de partida, no pueden presumirse las contradicciones o antinomias.

En esa tarea hermenéutica, a falta de disposiciones expresas en la normativa administrativa, constituyen un elemento primordial los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, aplicables también respecto de los contratos administrativos, tal y como resulta del orden de fuentes del artículo 7 del TRLCAP.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha precisado que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar -con carácter supletorio- los principios establecidos en el Código Civil. Tal es la doctrina asumida explícita o implícitamente por numerosas sentencias, que aplican dichos criterios en el ámbito de la contratación administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril y 18 de julio de 1988, 16 de mayo y 6 de julio de 1990, 15 de febrero de 1991, 14 de diciembre de 1995, 11 de marzo de 1996, 8 de marzo de 1999, 12 de julio de 2005, 6 de abril de 2006 y 19 de junio de 2007, entre otras).

En este orden de ideas, este Consejo Consultivo ha subrayado que la labor interpretativa debe atender fundamentalmente a la voluntad manifestada por las partes en el contrato administrativo que las vincula y considerar el



documento en que se formaliza y el contenido de los pliegos que se asumen como contenido contractual, en los que se concretan los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones asumidos por las partes (artículo 49.1 del TRLCAP).

Por tal motivo, la relevancia de los pliegos como norma básica para resolver todo lo relativo al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos se destaca por este Consejo Consultivo, en tanto que aquéllos constituyen la "ley del contrato" y son expresión del principio de libertad de pactos reconocido en el artículo 4 del TRLCAP (traslación del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil); pactos que son lícitos siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y que han de ser cumplidos conforme al principio "*pacta sunt servanda*". También debe recordarse que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1.256 del Código Civil).

La referida relevancia del PCAP para la solución de los problemas interpretativos acerca de la retribución debida al contratista se pone de manifiesto en el artículo 246 del TRLCAP, relativo a la "Retribución por la utilización de la obra", pues es el Pliego el llamado a concretar dicha remuneración. De acuerdo con dicho precepto:

"1. El concesionario tendrá derecho a percibir una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo. (...)

»4. La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares".

En relación con ello cabe traer a colación las siguientes menciones del PCAP rector del contrato analizado:

- La cláusula 23.1.2 del PCAP reconoce al concesionario en el desarrollo del contrato, además de los derechos establecidos en el TRLCAP, entre otros, el "Derecho a explotar la obra pública NHB, en los términos



establecidos en este Pliego, en los PPT de Explotación de la Obra, en los PPT de la Explotación Económica de las Obras Accesorias y en los PPT de Explotación de las Zonas Complementarias, y a percibir las retribuciones e ingresos previstos en los mismos”.

- En paralelo con el derecho del concesionario a la retribución, la cláusula 23.4.3 del PCAP dispone que “Serán obligaciones de la Administración, sin perjuicio de aquellas otras que se deriven del presente PCAP y de la normativa vigente, la de abonar al concesionario las retribuciones correspondientes por la explotación de la obra pública, en los términos establecidos en el presente Pliego”.

- A tal efecto, en lo relativo al régimen económico de la concesión, la cláusula 26 del PCAP, sobre “Retribución del concesionario”, señala que “El concesionario tendrá derecho a percibir, durante el periodo de explotación de la concesión, las retribuciones correspondientes por la utilización y la explotación de la obra pública, consistentes en una cantidad a satisfacer por la Administración, así como a obtener los rendimientos derivados de la explotación de las zonas comerciales, en los términos establecidos en el Anexo VII del presente PCAP”.

- Por último, de acuerdo con la cláusula 28 del PCAP, “La ejecución del contrato en todas sus fases se desarrollará a riesgo y ventura del concesionario, quien responderá de todos los daños y perjuicios causados a terceros, durante la duración del contrato, sin derecho a indemnización, salvo por causa de fuerza mayor o imputable a la Administración”.

4ª.- La primera cuestión que se plantea es la relativa a la retribución de la obra accesoria “central de energía”.

El Anexo VII del PCAP señala al respecto la fórmula a utilizar, extremo sobre el que no existe controversia:

$$\text{RAEcen} = (p11xkwhe + p12xkwht + p13xkwhf) * \text{IDOCen.}$$

»Kwh. e., Kwh. t, y Kwh. f, los correspondientes consumos.



»Y p11, p12 y p13 los precios unitarios ofertados en la propuesta económica”.

La controversia reside en el hecho de que la sociedad concesionaria considera que en la retribución de la obra accesoria “central de energía” debe incluirse la totalidad de los suministros que dicha central proporciona al edificio del Hospital de xxxx1, esto es, no solamente el consumo correspondiente a la Obra Nuclear, tal y como indica la Administración, sino también los consumos de la Obra Accesorias y los consumos de las Zonas Complementarias.

Tal y como indica la propuesta de resolución, el apartado 2.1 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) determina en cuanto a la central energética que “Como obra accesoria y vinculada a la principal, la Central Energética es necesaria para que aquella cumpla la finalidad de prestar asistencia sanitaria, facilitando el suministro permanente de las distintas energías: eléctrica, térmica y frigorífica, a todo el Hospital, que son necesarias para el funcionamiento de la mayoría de equipos y sistemas, tanto de diagnóstico como de tratamiento o quirúrgicos y, por tanto, para la operativa normal del Hospital. En definitiva la Central de Energía se configura, en su conjunto, como totalmente necesaria, tanto para la actividad asistencial, como para el confort de los pacientes y del personal y vital para la operativa global del NHB, permitiendo su normal funcionamiento y una más eficaz explotación. (...)”

»La finalidad que se pretende es que el concesionario asuma la responsabilidad de gestión de las energías (...) ofertando un producto a la medida de las necesidades del cliente (...)”.

La propuesta de resolución señala también que “por el hecho de que la Central de Energía presta servicio también a otras obras accesorias, es por lo que se puede afirmar que la Central de Energía tiene, además de la Administración responsable del área asistencial, otro cliente como es la propia Sociedad Concesionaria, responsable de la gestión del resto de obras accesorias (...), y es por el hecho de que su existencia se justifique “en su vinculación y necesidad para la actividad asistencial”, lo que conduce a que los pliegos regulen bajo esta premisa esta obra accesoria, de modo que no contempla medir la disponibilidad de la obra accesoria Central de Energía en el resto de obras accesorias, ni retribuir por los consumos de aquella que se producen en éstas”.



En el informe emitido por la Dirección Técnica de la Dirección General de Administración e Infraestructuras, se hace constar que "la central energética se justifica y tiene razón de ser como obra al servicio de la obra nuclear, de modo que toda la regulación que de la misma contienen los pliegos, tanto la referida a condiciones e indicadores de servicio, como a incumplimientos o, por lo que ahora nos ocupa, forma de retribución, ha de interpretarse bajo esa premisa".

Entiende la Administración que los costes energéticos son costes de explotación de las obras accesorias y de las zonas complementarias.

El citado informe de la Dirección General de Administración e Infraestructuras indica que "La cláusula 14.4 del PCAP referida a la presentación de la propuesta económica, exige la cumplimentación del cuadro de costes de explotación Anexo VI-C3, para la elaboración de los costes de explotación de las obras accesorias, y en el contenido del citado Anexo".

Asimismo señala que "si analizamos el contenido de este anexo, en el mismo se recoge que para componer los costes de la explotación y producción de las obras accesorias se debe tener en cuenta los costes de actividades que incluyen los costes directos y los gastos de explotación, siendo en estos últimos donde hay que tener en cuenta los gastos de producción y de conducción que son necesarios para la explotación de la obra accesoria".

El PCAP, en el Capítulo relativo a la "Preparación y presentación de proposiciones", articuló un procedimiento encaminado a resolver las dudas que pudieran suscitarse acerca de sus determinaciones. Así la cláusula 8 señala que "Los licitadores podrán solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre este pliego, durante los 30 días siguientes a la publicación del anuncio de la licitación.

»Las aclaraciones deberán ser solicitadas por escrito y dirigidas al órgano de contratación, (...).

»Las respuestas que el órgano de contratación emita sobre las aclaraciones planteadas por los licitadores tendrán carácter vinculante y se harán públicas, en los términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación, antes de los 10 días previos a la conclusión del plazo de presentación de las proposiciones de licitación. (...)"



La Resolución del Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 22 de septiembre de 2005 dio contestación a las peticiones de aclaraciones planteadas por los licitadores y, entre ellas, a la siguiente cuestión:

“8º - Se pide aclaración respecto al desglose de datos solicitado bajo el epígrafe ‘Costes de explotación de las Obras Accesorias’, dentro del apartado ‘costes de explotación’ (PCAP, pág. 45). En concreto, si es suficiente con presentar en esta sección el mismo tipo y desglose de datos utilizado para el epígrafe ‘Costes de explotación de la Obra Nuclear’.

»Contestación:

»En relación a esta consulta se indica que el desglose de datos de los ‘Costes de explotación de las Obras Accesorias’ sí debe realizarse con el mismo desglose de datos utilizado para el epígrafe ‘Costes de explotación de la Obra Nuclear’, con independencia de que además de lo exigido por cada una de las Obras Accesorias, debe cumplimentarse el cuadro de Costes de Explotación, Anexo VI, C3”.

Por ello el citado informe señala: “Por lo tanto, el desglose de costes que se exigía en la formulación de las ofertas para las obras nucleares y accesorias se contiene, como se ha dicho, en el apartado 14.4, subapartado II.2.B del PCAP, y en el anexo VI- C3 al que se remite. De ambos apartados, y de la propia respuesta arriba transcrita a la que alude la sociedad concesionaria, se deduce que los "costes de explotación y producción" de la obra nuclear debían contener, de modo exclusivo, los costes de los servicios de gestión patrimonial, limpieza e higienización, mantenimiento integral, vigilancia y seguridad, y jardinería y urbanización, mientras que, por su parte, los costes de explotación de la obra accesoria debían contener, además de los costes de esos mismos servicios (con el mismo desglose, y a esto se refería la 8ª cuestión planteada en la referida Resolución de 22 de septiembre de 2005, que para la obra nuclear), el resto de costes que bajo la denominación "costes actividades" exige el anexo VI c-3”.

En cuanto a las zonas complementarias, la cláusula 1.3 del PCAP señala que está incluido dentro de la explotación de la obra pública NHB el aprovechamiento económico diferenciado de las zonas complementarias establecidas, mediante el desempeño de las actividades comerciales y de servicio a los usuarios de las obras.



Tal y como pone de manifiesto el citado informe, “en el Plan Económico Financiero presentado por la sociedad concesionaria, los costes de explotación de los locales comerciales sí recogen de manera explícita los conceptos de luz, agua, teléfono y alquiler”.

Por último cabe señalar que la sociedad concesionaria explota las obras accesorias a su riesgo y ventura. Por ello el informe de la Dirección Técnica de la Dirección General de Administración e Infraestructuras declara al respecto que “la sociedad concesionaria no puede pretender facturar a la Administración por consumos que, no sólo no dependen de ésta, sino que precisamente realiza aquélla.

»De hecho, el planteamiento de la sociedad concesionaria conduciría al absurdo de que una mayor eficiencia en la gestión de los servicios que tiene encomendados (...) mediante la reducción de ciertos gastos de explotación como son los energéticos no le supondría, como a cualquier empresa, una mayor rentabilidad, sino que, por el contrario, la mayor rentabilidad le vendría asociada a un incremento de dichos gastos, respecto de los cuales obtendría, vía facturación de la central energética, un margen de beneficio del 108,9%”.

Añade que “Este planteamiento además de totalmente ilógico desde la perspectiva puramente económica y empresarial, es evidentemente contrario a los principios, recogidos en el pliego, de ahorro y eficiencia energética, ya que la sociedad concesionaria tendría un más que evidente incentivo en las actividades que controla y gestiona”.

Por otro lado también especifica que “similar planteamiento puede hacerse respecto de las zonas complementarias: no puede pretenderse que la Administración abone, incrementados con un margen de rentabilidad, los consumos energéticos que realizan las personas que explotan las distintas zonas complementarias (cafetería, aparcamiento...)”.

La propuesta de resolución concluye que los consumos energéticos del NHB han de ser exclusivamente los referidos a la energía útil consumida por las áreas asistenciales en que se estructura la obra nuclear del Hospital.

Este Consejo considera correcta la interpretación realizada en la propuesta formulada.



5ª.- La segunda cuestión viene referida a la interpretación de la retribución de la obra accesoria "central de esterilización".

El Anexo VII del PCAP, establece que la retribución lo será de acuerdo a la siguiente fórmula:

"RAEest = pf71 x kit x IDOest.

»kit=kit o entregas realizadas.

»y p71 el precio unitario ofertado en la propuesta económica".

La cláusula 6.2 del PPT de esta obra señala que "El parámetro normal para medir la actividad de la Central de Esterilización será el número de kit entregados.

»Cada kit debe contener todo el material necesario para poder auxiliar a una determinada intervención quirúrgica, esto es: instrumental, campos quirúrgicos, textil de protección, gasas, etc, de acuerdo a los protocolos existentes para cada tipo de intervención.

»No obstante, se considerarán también entregas sencillas o distintas a los kit, si las hubiese.

»En términos económicos estas entregas estarán prorrateadas en el precio del kit".

La primera discrepancia surge por el hecho de que la sociedad concesionaria entiende que deben retribuirse la totalidad de los kits entregados, tanto para uso quirúrgico como no quirúrgico, con independencia del número de intervenciones realizadas.

El informe de la Dirección Técnica de la Dirección General de Administración e Infraestructuras señala que "del contenido del PCAP y del PPT se desprende que la voluntad del órgano de contratación, aceptada por la otra parte al licitar y firmar el contrato, era fijar como parámetro para cuantificar la actividad de la central de esterilización, y retribuirla, el número de kit que se han precisado para auxiliar las intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo en el



hospital, entendiendo por kit, no cada caja o embalaje con material estéril, sino el conjunto de material necesario para poder auxiliar una intervención”.

En este sentido, la cláusula 6.2 del PPT señala que cada kit deberá contener todo el material necesario para poder auxiliar a una determinada intervención quirúrgica, por lo que indentifica a efectos de cómputo un kit para cada intervención.

Además de lo indicado anteriormente, la oficina de seguimiento de la concesión, de acuerdo con las cláusulas del contrato y del consumo estándar que atribuye el anexo VI del PCAP a esta obra accesoria, cuantificado en 20.555, es decir, equivalente al de intervenciones quirúrgicas, considera que los pliegos realizan una vinculación entre el número de las intervenciones quirúrgicas y la actividad facturable por la central de esterilización. (Se incluye, no obstante, al tener en cuenta los valores estándar previstos en el anexo IV del PCAP, además de los actos quirúrgicos realizados en los quirófanos, la actividad desarrollada en las unidades de dilatación, parto y recuperación).

Este Consejo Consultivo ya señaló en su Dictamen 292/2013, en cuanto a los valores estándar, que aunque éstos tengan como objeto homogeneizar las ofertas en la fase de licitación, tienen importancia a la hora de solventar eventuales dudas, puesto que se trata de cifras coincidentes con la actividad real de ese parámetro en la fecha de la licitación.

Por su parte, la entidad concesionaria entiende que también deberían ser objeto de retribución las entregas distintas a los kits y las entregas sencillas.

Al respecto, la cláusula 6.2 del PCAP señala que se considerarán también entregas sencillas o distintas a los kit, si las hubiese; no obstante, también indica que “En términos económicos estas entregas estarán prorrateadas en el precio del kit”. Dicha circunstancia debió haberla tenido necesariamente que tener en cuenta la sociedad concesionaria cuando realizó la oferta.

La propuesta de resolución considera que no es que no se retribuyan tales entregas, sino que “mediante el contrato de concesión, la sociedad concesionaria se ha comprometido a prestar un servicio integral de esterilización y como tal, global y completo, para todos los servicios del hospital, si bien a la hora de determinar el precio del citado servicio se ha atendido



únicamente al número de intervenciones quirúrgicas (...)"'. Al respecto indica que "en el modelo económico teórico de la concesión, el precio ofertado por kit de esterilización multiplicado por el número de intervenciones quirúrgicas da como resultado la retribución total a la sociedad concesionaria por la prestación del servicio integral de esterilización, incluida la amortización de la inversión realizada en esta zona, las inversiones temporales, la totalidad de los costes de explotación y el margen de beneficio de la sociedad concesionaria".

Por último, en cuanto a la controversia relativa a la inclusión o no de materiales estériles y el instrumental como parte de la explotación de la obra accesoria central de esterilización, ésta es una controversia que no se plantea inicialmente por la sociedad concesionaria en su escrito de solicitud de interpretación del contrato; sin embargo, planteada por la Administración, en el escrito de alegaciones considera que aunque es cierto que debe suministrarlo, indica que las entregas de material textil de un solo uso deben ser objeto de retribución puesto que no estaría incluido en el precio del kit.

La propuesta de resolución indica que es preciso, al respecto, remitirse al PPT, a "la cláusula 3 ("alcance de la explotación") y a su apartado primero que, bajo el epígrafe "sobre los materiales", señala:

"La explotación económica de la Central de Esterilización alcanzará a todos aquellos materiales que requieran la condición de estériles para su uso quirúrgico o clínico.

»Comprenden, al menos, los relacionados a continuación:

»Material textil de uso quirúrgico.

»La explotación económica de la Central de Esterilización alcanzará al material textil de uso quirúrgico, cuando sea éste el de utilización por el Hospital.

»Este material comprende tanto la ropa del personal de quirófano: batas, gorros, mascarillas, protectores, etc., como los paños que se utilizan como campo quirúrgico: sábanas, coberturas, fenestradas, etc.



»El concesionario adaptará la calidad y color de dicho material a lo que establezca en tal sentido la Gerencia Regional de Salud.

»Material textil estéril de un sólo uso.

»Dicha explotación alcanza también al material textil estéril de un sólo uso, cuando la Dirección del Hospital así lo determine, bien sea como sustituto total del textil de algodón, bien como utilización parcial o alternativa.

»Los distintos tipos de textiles que comprende son los mismos que en el apartado anterior y, de igual forma, el concesionario se adaptará, en cuanto a calidad y color, a lo antes indicado.

»También se incluye en esta explotación los materiales estériles de un sólo uso, de utilización quirúrgica o clínica: compresas, gasas, guantes, etc.

»Instrumental.

»Dicha explotación alcanza también a todo el instrumental quirúrgico y clínico de las distintas especialidades.

»Dispondrá del mismo en cajas especiales y con la composición requerida para cada proceso quirúrgico. El Hospital facilitará al concesionario las necesidades normales y específicas que requiere.

»En este capítulo se incluyen también posibles elementos accesorios para la intervención quirúrgica, como monitores para traumatología, etc.”

La propuesta de resolución entiende que la explotación económica de la central de esterilización alcanza tanto el material textil de uso quirúrgico como el estéril de un solo uso y el instrumental, por lo que considera fuera de toda duda el hecho de que dicho material e instrumental deba ser adquirido por la sociedad concesionaria y esos gastos considerados retribuidos mediante el abono de la tarifa prevista para esta obra accesoria.

Además indica que “el apartado segundo (...) al hablar de los procesos que intervienen en la explotación económica, inmediatamente a continuación



de la descripción de los materiales, cuando afirma "Compra. El concesionario realizará la compra de todos los materiales antes descritos, así como de los que el proceso productivo requiera".

Asimismo señala que la única retribución posible es la prevista en los pliegos, esto es, a través de la tarifa prevista para esta obra accesoria, mediante el pago del precio unitario ofertado por kit de esterilización, y por el índice de disponibilidad de esta obra.

Este Consejo se muestra conforme con tal interpretación, de acuerdo con las consideraciones puestas de manifiesto en los informes de la Oficina de Seguimiento de la Concesión para la Explotación del Hospital, que son tenidos en cuenta en la propuesta de resolución al indicar que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 28 del PCAP, relativo a la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 del pliego, pudiera procederse, en el caso de darse los requisitos necesarios para ello, a llevar a efecto el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

6ª.- Por último en cuanto a la cuestión relativa al concepto de "intervención quirúrgica", a los efectos de cuantificar la retribución por el uso de la infraestructura en los anexos VI Y VII del PCAP, cabe señalar lo siguiente:

La OSCO considera que no deben contabilizarse las intervenciones en UDPR, ya que señala expresamente que "las UDPR no se consideran quirófanos, por lo tanto la actividad no puede contabilizarse como actividad quirúrgica", de acuerdo con las definiciones contenidas en el SIAE.

Por el contrario, la sociedad concesionaria considera que deben ser contabilizados a efectos retributivos.

El anexo VII, "retribución al concesionario" del PCAP, en su apartado B, "Cálculos. Parámetros de medida/año estándar", establece:

Quirófanos y U.D.P.R.	Días	Producción media/día	Nº intervenciones estándar
24+7	250/365	3/1	20.555



En el informe emitido por la Dirección Técnica de la Dirección General de Administración e Infraestructuras el 12 de junio de 2013 se hace constar que "Ante la posible discrepancia entre el valor de 19.690 intervenciones citado, como valor estándar, en algunos apartados de los anexos VI y VII del PCAP, y el valor de 20.555 intervenciones, la Administración, en la Resolución de 22 de septiembre de 2005, de respuestas aclaratorias al pliego, (bloque 5º, pregunta 17 a) confirmó que el "valor estándar" debía ser el de 20.555, esto es, el que incluía las intervenciones en UDPR:

"17. En el Anexo Vib apartado a), Retribución por uso de la infraestructura, se fija el número de intervenciones quirúrgicas estándar en 19.690. Por el contrario, en cuadro C4 del mismo anexo, dicho número se establece en 20.555.

»Se solicita aclaración con respecto a cuál es el número de intervenciones quirúrgicas estándar que se ha de considerar a efectos del modelo económico-financiero.

»Contestación

»El valor estándar a tener en cuenta en la categoría de usuario Intervenido Quirúrgico es en todos los cálculos de 20.555".

Partiendo de lo cual señala que "La referencia, como valor estándar, a una cifra que incluye las actuaciones desarrolladas por el Hospital en las UDPR, nos conduce a considerar que efectivamente fue intención del órgano de contratación, al aprobar los pliegos, que estas actuaciones fueran consideradas "intervenciones quirúrgicas" a efectos de retribuir por esta categoría de usuario, ya que, como ha afirmado esta misma Administración en resoluciones anteriores relativas a la interpretación de este mismo pliego, "parece razonable acudir, para discernir la voluntad del órgano de contratación, al estándar que figura en los pliegos para este parámetro, dado que, insistimos de nuevo, si bien es cierto que la función inicial de los estándar recogidos en el anexo VII del pliego es la de homogeneizar las ofertas en el proceso de licitación, también lo es que obviamente no se escogieron para tal finalidad cifras aleatorias, sin correspondencia con la realidad, sino cifras coincidentes, tan sólo redondeadas, con la actividad real de ese parámetro en la fecha de la licitación. La utilización de cifras próximas a las reales, además de tener un sentido lógico, permitía a



los licitadores una aproximación más certera al precio real del contrato que mediante el empleo de valores sin referencia alguna”.

La propuesta de resolución, en cuanto al Anexo VII del PCAP, apartado 2, subapartado 4- 2. “Categoría usuario: Intervenido quirúrgicamente” llega a la conclusión de que “El parámetro de medida para la retribución por el uso de la infraestructura en la `Categoría usuario: Intervenido quirúrgicamente es el número de intervenciones=ni donde deben considerarse como intervención quirúrgica, además de los actos quirúrgicos realizados en los quirófanos, la actividad desarrollada en las unidades de dilatación, parto y recuperación (UDPR) del Hospital hhhh de xxxx1, es decir, el número de partos tanto eutócicos como distócicos”.

Este Consejo Consultivo, se muestra conforme con dicha interpretación.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede que por el órgano competente se interprete el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1, suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la sociedad concesionaria qqqq, en los términos establecidos en el presente dictamen.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.