



Recurso nº 736/2014 C.A. Principado de Asturias 055/2014

Resolución nº 743/2014

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2014.

VISTO el recurso presentado por D. M. C. Y. A., actuando en nombre y representación de la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A., contra la adjudicación del lote 2 en el expediente A4AS/1/1/011/2014 relativo al “Suministro de reactivos, el material y la dotación de equipamiento para el servicio de transfusión del Nuevo Hospital Universitario Central de Asturias”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El anuncio de la licitación del procedimiento reseñado en el encabezamiento se publicó en el DOUE de fecha 31 de enero de 2014, en el Perfil del Contratante el 3 de febrero de 2014 y en el BOE el 10 de febrero de 2014; con un presupuesto base de licitación de 1.701.987,73 € y un valor estimado de 2.552.973,18 €.

Segundo. En el PCAP, en lo que nos interesa:

- Se incluye en el Objeto del contrato (B del Cuadro de características), además del suministro, el “*Mantenimiento y reparación*”, señalando que “*Las adjudicatarias se encargarán del mantenimiento y reparación de los equipos ofertados durante el periodo de vigencia del contrato. El mantenimiento incluido en la oferta comprenderá todas las actuaciones, a cargo de la adjudicataria, de mantenimiento de la tecnología y de los equipos cedidos en uso durante todo el periodo de vigencia del contrato, El mantenimiento incluirá la sustitución de piezas, recambios y otros elementos que*



garanticen el correcto funcionamiento de los equipos. Debido a ello los licitadores indicarán en las ofertas los tiempos de respuesta del servicio técnico (máximo en 24 horas), así como los días que cubre el servicio, tanto telefónico como en presencia física, para urgencias y mantenimientos programados, garantizándose en todo momento el correcto funcionamiento de la tecnología y de los equipos.

1.- Tiempo de Respuesta: Definido como el tiempo transcurrido entre la comunicación de una incidencia o avería hasta que un determinado equipo de especialistas está en disposición física para proceder a su solución, no deberá ser nunca superior a 24 horas.

(...)”

Lo cual se ratifica en el PPT.

- En el apartado K.2 del Cuadro de características se indica que puede incluirse en el PCAP exigencia de compromiso de adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del acuerdo marco; si bien, bajo este epígrafe, se indica tan solo “Medios personales y materiales exigidos: Como medios materiales los correspondientes al suministro de equipamiento en régimen de cesión.”

- En la documentación a presentar, se señala: “*SOBRE Nº 3 – PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN TÉCNICA A INCLUIR: En este sobre, además de la oferta económica, se incluirá la documentación técnica relativa a los criterios de selección que son evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.*”

Siendo la fórmula aplicada para la valoración del Servicio Técnico la siguiente:

$$\text{Puntos} = (P / \text{Plazo considerado}) \times 7$$

Donde P Plazo mínimo ofertado

En la N, y en cuanto a los criterios del sobre 3 para el lote 2, se indica:



FORMACION	Formación del personal adscrito	Mayor número de horas de formación: 2 puntos. Resto en proporción	2
SERVICIO O TÉCNICO	Servicio Técnico	Se asignará el máximo de puntuación a la oferta de menor tiempo de respuesta con presencia de un técnico (en horas), O puntos a quien oferte 24 horas y el resto en proporción conforme a la siguiente fórmula: Puntos= (P/ Plazo considerado) x 7 Donde P = Plazo mínimo ofertado	7
	Asistencia Técnica / Hot Line	24 horas / 7 días semana: 5 puntos Resto en proporción, siempre que el horario de 1 día sea al menos entre las 08:00 – 22:00	3
EQUIPOS	Número de Equipos	Se asignará la máxima puntuación a la oferta que presente un mayor número de equipos de iguales prestaciones al mejor ofertado por la casa. En el caso de que se presenten equipos de menores prestaciones a efectos de cómputo se considerará como 0,5 equipos. Resto en proporción	3



	Velocidad en procesamiento de muestras	Se dará la máxima puntuación al equipo que procese más muestras/hora Resto en proporción	2
	Tiempo emisión resultados	Se dará la máxima puntuación al equipo que tarde menos tiempo (minutos) en emitir el primer informe de pruebas cruzadas con carga completa. Resto en proporción	1
	Volumen de muestra (hematíes de bolsa) para pruebas de compatibilidad	Se dará la máxima puntuación al equipo que precise de un menor volumen de muestra para la realización de pruebas de compatibilidad. Resto en proporción	1
MEJORAS		Inscripción gratuita en control de calidad externo de Inmunohematología	1

- En la cláusula O.2.2.del Cuadro de Características "*Penalizaciones específicas*", no se recoge ninguna.

- En la cláusula 7 del PCAP, referido a la "*CELEBRACIÓN DEL ACUERDO MARCO*", se señala: *..."7.2. El órgano de contratación requerirá al licitador que hayan presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (con la Administración del Estado y con la Administración del Principado de Asturias) y con la Seguridad Social, de hallarse*



de alta en el impuesto de Actividades Económicas, y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato que se le hubieran exigido, en su caso, conforme al artículo 64 del TRLCSP. Asimismo, y dentro de dicho plazo, deberá presentar justificante de haber constituido la garantía de conformidad con lo dispuesto en el apartado Ñ del cuadro de características.”

- También la cláusula 8 se refiere a “OTRAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO SELECCIONADO EN EL ACUERDO MARCO”, pero incluye sólo la contratación del seguro de responsabilidad civil.

- En la “Ejecución del Acuerdo Marco” se indica: “10.2. Forma de ejecución

10.2.1. El contratista contará con el personal adecuado para la ejecución de la contratación. Si fuera necesario, el contratista procederá inmediatamente a la sustitución del personal preciso de forma que la buena ejecución del contrato quede siempre asegurada.

(...)10.2.10. El contratista deberá contratar al personal preciso para atender a sus obligaciones. El personal dependerá exclusivamente del contratista por cuanto éste tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario.”

- Y “12.- PENALIDADES ADMINISTRATIVAS

La empresa adjudicataria del acuerdo marco viene obligada a cumplirlo dentro del plazo total fijado para su realización, así como de los plazos parciales, en caso de incumplimiento de dichos plazos por causas imputables a la misma, el órgano de contratación, sin necesidad de intimación previa, podrá optar por la resolución o por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1000 euros del precio de contrato específico de que se trate.

Asimismo, y si así se estableciese en el apartado O.2.2. del Cuadro de Características, podrá establecerse un régimen de penalidades específico, en atención a las especiales características del contrato, debiendo constar justificación de tal extremo en el expediente.”



Tercero. En fecha 15 de abril de 2014 tuvo lugar el acto administrativo de apertura del sobre nº 3, 'Proposición económica y documentación técnica' del mencionado expediente, sobre que incluye los criterios de selección que son evaluables mediante la aplicación de fórmulas. De la documentación se dio traslado al Servicio competente para la elaboración del correspondiente informe.

En la citada reunión se asignó a DIAMED 36 puntos en los lotes 2 y 3 por criterios cualitativos (el resto de las empresas admitidas obtuvieron 35, 29 y 13 en el 2 y 35, 30 y 13 en el 3).

En cuanto a la oferta económica, DIAMED ofertó para el lote 2, 442.859,24 y para el 3, 69.516,16 (IVA excl.), mientras que otras ofertantes ofrecieron para el lote 2, 479.152,56 y 450.775,73, y para el lote 3, 69.449,92, y 74.083,47.

Se hace constar en el acta que, en cuanto a los puntos asignados por criterios objetivos (excluido el precio) *“Para el reparto de puntos se tiene como referencia los datos que aportan cada uno de los licitadores en la encuesta técnica y se busca el refrendo de esa información en la documentación que se aporta en el sobre 3.”*

En la reunión de la Mesa de contratación del 24 de abril de 2014 se da lectura del mencionado informe, que para los lotes 2 y 3 indicaba, respecto de la recurrente: *“La empresa DIAMED señala que la asistencia técnica será presencial para el caso de que la incidencia no pueda ser resuelta desde el centro de soporte. El criterio que se valora es el tiempo de respuesta, es decir, el tiempo que tarda el técnico en personarse en el Hospital para el caso de que la incidencia no pueda ser resuelta. La empresa DIAMED señala que su tiempo de respuesta será de una hora y a continuación señala el número de técnicos que tiene, su titulación, experiencia, y ubicación. Ningún técnico reside en Asturias, o provincias limítrofes por lo que existe una contradicción manifiesta entre lo manifestado en la encuesta y la documentación que aporta para acreditarla. Debido a ello, en ese criterio no se puntúa a la empresa DIAMED”.*

Como consecuencia de ello, se le asignó en la valoración de los citados criterios un total de 9,69 puntos en el lote 2, y a sus competidoras, que vieron valorado su tiempo



de respuesta ofertado de una hora con 7 puntos, 16,40 y 15,90. Y en el lote 3, la recurrente recibió 8,49 puntos, y sus competidoras 16,96 y 16,74, con idéntica asignación de 0 puntos en este criterio a la recurrente y 7 a sus competidoras.

Los resultados de tal valoración quedaron expuestos en el tablón de anuncios del Hospital Universitario Central de Asturias el día 28 de abril.

El 27 de mayo de 2014 se procedió a adjudicar el contrato, correspondiendo los lotes 2 y 3 a empresas distintas de la aquí recurrente.

Cuarto. Con fecha 21 de mayo de 2014 tuvo entrada en el Tribunal recurso especial nº 398/2014, formalizado por la empresa DIAMED IBÉRICA, S.A., contra el acto administrativo de calificación de la valoración de los criterios de selección que son evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, en los lotes 2 y 3 del expediente antes reseñado, indicando el recurrente que, dada la fórmula propia del criterio de valoración referido al Servicio Técnico, y a que se ofertó un tiempo de respuesta de una hora, la puntuación asignada (0 puntos) *“no coincide con lo expuesto en los pliegos para la asignación de dicha puntuación.”* Añadiendo que *“El criterio al que nos referimos debe valorarse mediante la mera aplicación de fórmulas y no por criterios subjetivos como los que expresa la Mesa de Contratación en el acta publicada en el tablón de anuncios del Hospital Universitario Central de Asturias.”* Y solicitando que *“se retrotraigan las actuaciones al momento en que se adoptó la decisión de los actos de trámite adoptados y se acuerde la revisión de la puntuación los Criterios de valoración del Sobre 3 para los Lotes a los que ha concurrido mi representada.”*

Dicho recurso fue estimado por Resolución nº 451/2014, de 13 junio de 2014, que ordenaba la retroacción de actuaciones al momento de la valoración del criterio referido al tiempo de respuesta en la prestación del servicio técnico de mantenimiento respecto de los lotes 2 y 3, con el fin de que la recurrente viera valorada su oferta en tal criterio en función del plazo que ha consignado en la misma.

Debe hacerse constar que se ha comprobado que la notificación para que la aquí recurrente JOHNSON & JOHNSON, S.A efectuara alegaciones en tal recurso



especial salió del servidor del Tribunal y se entregó en el de destino (se retransmitió porque no nos dio fallo), pero no se emitió (o al menos no se conserva) acuse de recibo.

Quinto. El 17 de junio de 2014, en cumplimiento de la Resolución de este Tribunal, el Gerente del Área Sanitaria IV dicta resolución en la que se anula parcialmente la resolución de 27 de mayo de adjudicación del expediente A4AS/1/1/011/2014 en lo referente a la adjudicación de los lotes 2 y 3 de dicho expediente a las empresas JOHNSON y JOHNSON, S.A y G..., S.A., se retrotraen las actuaciones del expediente para dichos lotes al momento de la valoración del criterio referido al tiempo de respuesta en la prestación del servicio técnico de mantenimiento con el fin de que la recurrente DIAMED IBÉRICA, S.A. vea valorada su oferta en tal criterio en función del plazo que ha consignado en la misma y se da traslado al Comité de Expertos de la documentación técnica para que proceda a la elaboración de un nuevo informe de valoración de los criterios cuantitativos de los lotes 2 y 3.

El 20 de junio de 2014 se reúne la Mesa de Contratación para dar lectura al informe de valoración de los criterios cuantitativos para los lotes 2 y 3, con el siguiente resultado:

En el lote 2, y en lo que nos interesa:

Servicio técnico: DIAMED, presencia 7 puntos, hotline días, 3 puntos; y la recurrente, 7 y 2,14, respectivamente

Equipos: DIAMED, en número, 3 puntos, muestras/hora, 0,35, tiempo de emisión de resultados, 0,20, y volumen muestra, 0,13; y la recurrente, respectivamente, 2,81, 0,20, 1 y 1.

Inscripción de control externo: DIAMED 1 punto, y la recurrente 1 punto.

Con el resultado de que a DIAMED se le asignaban 92,69 puntos, y a la recurrente 89,95.



Tras la correspondiente propuesta, la adjudicación se ajustó este resultado, siendo adjudicataria en este lote DIAMED.

Sexto. Contra la referida adjudicación se interpone este recurso, en que se alega (extractamos párrafos significativos como resumen del extenso recurso):

- Indefensión, al no haber tenido la recurrente ocasión de formular alegaciones en el recurso especial interpuesto por DIAMED, pese a resultar la adjudicataria del lote, indicando que, si bien el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales procedió, en los términos recogidos en la ley, a notificar a los interesados la interposición de un recurso especial contra el acto de trámite dictado con fecha 24 de abril de 2014, no se hizo conforme al art. 59 de la Ley 30/1992, pues *“basta con ver la captura de pantalla correspondiente al envío cursado desde el Tribunal, para comprobar que no se produjo efectivamente la recepción por los destinatarios (al menos en nuestro caso):”* *“se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor no envió información de notificación de entrega”*.

- Que *“La resolución que se impugna, en definitiva, resulta como veremos contradictoria en sí misma, puesto que en ella se recoge lo manifestado por el órgano de contratación respecto de la imposibilidad de cumplimiento de algunos de los compromisos incluidos por el adjudicatario en su oferta, mientras que posteriormente se le asigna por tales conceptos la mayor valoración, ello como consecuencia de ejecutar una resolución del TACRC en la que se insta a la administración a ignorar tal evidencia de imposibilidad de cumplimiento, todo ello, debemos reconocerlo, sobre la base de que este Tribunal se limita a imponer la aplicación de lo previsto en los pliegos, en cuanto al sistema de valoración en este caso.”*

- Que los pliegos son nulos de pleno derecho, criticando diversos criterios de valoración:

a) Criterio de valoración identificado bajo la denominación de *“formación (horas)”*. *“En este sentido, este criterio de valoración se muestra incorrectamente planteado dado que la puntuación debería primar la simplicidad de la instrumentación y su*



implementación y no un número de horas que se solicita sin tener en cuenta la posibilidad real de cumplirlo. aunque un licitador oferte un número de horas imposible de asumir, el órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el Pliego y refrendado por el TACRC en la resolución a la que venimos refiriéndonos, se ve obligado a asignarle la mayor puntuación, incurriendo en una posible adjudicación del contrato (en este caso así se ha producido) a una empresa que, desde el inicio, se conoce que no va a cumplir con lo comprometido.” (...)” En concreto, esta imposibilidad material de cumplimiento de lo ofertado, respecto de este criterio relativo a la formación, se evidencia al comprobar que el adjudicatario (DIAMED IBÉRICA, S.A.) ofertó la realización de fa formación durante la semana del 19 al 23 de mayo de 2014 (cinco días), mediante 44 cursos de 8 horas cada uno (esto es, 352 horas lectivas en una semana)”.

b) Tiempo de respuesta: *“La nulidad de este criterio de valoración se ha mostrado evidente a la luz de lo acontecido en el procedimiento de adjudicación del expediente de referencia. Así, inicialmente el propio órgano de contratación se vio obligado a ponderar lo reflejado por la empresa DIAMED IBÉRICA, S.L. en este apartado (tiempo de respuesta de 1 hora) con el resto de documentación aportada por dicha entidad en la oferta (en otro sobre) al objeto de valorar la efectiva viabilidad fáctica de cumplir con lo ofertado. Ello denota, como no podría ser de otra manera, que el Pliego, nuevamente, viene mal concebido desde su origen, pues la configuración de este criterio automático (igual que el correspondiente a la formación, antes comentado) trae como consecuencia la posible resolución del contrato por incumplimiento del contratista, como expresamente ha reconocido el TACRC en la resolución 398/2014, lo cual implica unas consecuencias negativas evidentes no solo para el contratista sino también para el poder adjudicador, que puede verse abocado a la tramitación de un nuevo procedimiento de contratación, con el consecuente impacto económico que ello acarrea.”*

c) Asistencia Técnica hot line: *“Nuevamente, nos encontramos con un criterio de valoración que resulta estar incorrectamente definido, ya que si no puede comprobarse la veracidad de lo indicado por los licitadores, puede terminar por provocar una situación indeseada para el organismo beneficiario del servicio*



contratado, y, como en el caso anterior, con el seguro incumplimiento del contrato por parte del contratista. "Y "Prueba de ello es que la empresa DIAMED IBERICA, S.A. y la empresa G..., S.A. obtienen la máxima puntuación al responder a este apartado con un horario de 24 horas y 7 días a la semana, si bien esta parte tiene constancia de que los fines de semana y las horas nocturnas del resto de días, únicamente disponen de un servicio de contestador. Consideramos por tanto que este criterio debería haberse incluido en el sobre técnico, para poderse valorar en el sentido práctico y real de lo que es un servicio de asistencia técnica hot line."

"La errónea configuración de este criterio de valoración en los pliegos, de nuevo, se ha puesto de manifiesto al comprobar la decisión del órgano de contratación de ignorar las posibilidades reales de cumplimiento de lo declarado por cada licitador."

c) Número de equipos ofertado por cada licitador. *"A este respecto, mi representada considera que este criterio está valorado de una manera totalmente desproporcionada dado que se puntúa con 0,5 puntos a un sistema de menores prestaciones. Esto, por ejemplo, podría dar lugar a que una empresa que ofertase 6 equipos manuales tuviera al final mayor puntuación que una empresa que ofertase tres equipos totalmente automatizados."*

d) Número de muestras/hora procesadas que el equipo ofertado es capaz de acometer: *"no se ha partido de valores comparables, lo que evidencia que este criterio fue mal planteado, al no indicar el tipo de prueba o perfil solicitado a las muestras cuyo número por hora se solicita.2."*

Concluyendo su nulidad de pleno derecho pues *"las cláusulas del pliego relativas a los criterios de valoración automática ("características técnicas cuantitativas") contravienen el ordenamiento jurídico vigente y han dado lugar a una distorsión del procedimiento de licitación provocando que la adjudicación del contrato se lleve a cabo en condiciones discriminatorias y vulnerando el derecho fundamental a la igualdad de trato, habida cuenta de que se ha puesto de manifiesto que se ha valorado sin reparar en la veracidad o posibilidad fáctica de cumplimiento de lo ofertado por los licitadores e, incluso, dejando constancia expresa del conocimiento de la existencia de tal imposibilidad en algunos casos."* Y alegando también



vulneración del derecho fundamental de la igualdad, por haberse comparado distintos términos sin justificación alguna; por lo que procede la aplicación de lo establecido en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992; Y que en todo caso la adjudicación es un acto de contenido imposible, incurso en nulidad del art. 62 de la Ley 30/1992, porque la adjudicataria no podrá cumplir con sus obligaciones.

Alega, igualmente, que se le han producido perjuicios económicos, pues el órgano de contratación le indicó que agilizase ciertas instalaciones antes de la adjudicación.

Séptimo. El órgano administrativo indica en su informe que la petición de declaración de nulidad de pleno derecho de los pliegos no puede ser atendida porque la recurrente no presentó recurso contra el pliego de cláusulas administrativas tal y como señala la ley en los quince días establecidos para ello, tras la publicación del anuncio del mismo, sino que presentó oferta y asumió el pliego como documento regidor del procedimiento, indicando que *“En el momento procesal administrativo en que nos encontramos cabe presentar recurso contra la aplicación de los criterios pero no contra los criterios mismos ya que para ese menester la Ley de Contratos del Sector público establece un plazo que el recurrente dejó pasar.”*

Añade que *“la aplicación de los criterios de valoración objetiva no tienen interpretación posible por parte del órgano de contratación, por lo que no cabe la posibilidad de evaluarlos o dudar de la imposibilidad de su cumplimiento, debiendo en caso de incumplimiento establecer las penalidades que el pliego señale para el incumplimiento contractual.”* Y que *“Este órgano de contratación ha cumplido fiel y estrictamente con los principios de no discriminación e igualdad de los licitadores que establece la Ley de Contratos, publicó los pliegos dándole la publicidad exigida, comunicó mediante el perfil del contratante toda la información solicitada por los licitadores y la exigida por la Ley, realizó las aperturas de documentación en acto público, y notificó a todos los licitadores la adjudicación del procedimiento no pudiendo acreditarse discriminación alguna hacia el recurrente”*.

Octavo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 15 de septiembre de 2014 para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. Se han



presentado alegaciones por la adjudicataria DIAMED, insistiendo en que no es momento para la impugnación de los pliegos; y que en cuanto a la aplicación de criterios, el órgano de contratación se ha ajustado a lo ordenado por este Tribunal.

En cuanto a la formación, explica su viabilidad indicando que *“Plan de formación puesta en marcha: duración 1 semana.*

Objetivo formar en 1 semana de acuerdo con el cronograma a 18 personas (16 in situ y 2 en Madrid) para garantizar la puesta en marcha.

Horas de formación en esta semana 204 (90 + 90 + 24)

- Tenemos 2 personas dedicadas para los cursos de formación de Nivel 1 (técnica manual). Son 8 horas para cada curso por día x 2 formadores =16 horas diarias.

En 5 días se dan 90 horas.

- Tenemos 2 máquinas instaladas. En la formación habrá 2 'sales specialist' dedicados para los cursos de Nivel 2. Son 8 horas para cada curso por día x 2 formadores = 1.6 horas diarias. En 5 días se dan 90 horas.

- Curso en central Nivel 3.3 días a 8 horas por día = 24.

2. PUESTA EN MARCHA: durante la puesta en marcha se da el apoyo in situ y tutelado y se continua con el mismo ciclo de formación inicial por semana.

TOTAL: 2 semanas x 204 = 408 horas de formación (Lote 1 352 horas + Lote 2 56 horas). Esto fue lo ofertado para la formación inicial.”

Y, en cuanto a los perjuicios económico que alega la recurrente, que *“La cláusula 9.4 del Pliego establece que No podrá iniciarse la ejecución del acuerdo marco sin su previa formalización”* Extremo que no ha sido respetado por J&J ya que sin haber formalizado el acuerdo marco ha procedido a la ejecución del mismo. Esta compañía no debería haber aceptado, en el caso de que hubieran existido, las exigencias de agilizar la instalación de los equipos ya que estaba incurriendo en un incumplimiento de los Pliegos, pues el acuerdo marco no estaba formalizado” Y que *“El documento*



1.V 4, aportado por J&J prueba solamente el hecho de que dicha compañía realizó el pedido nº P216626861R a la compañía HEMASOFT SOFTWARE, S.L. sin indicar en el mismo la fecha en que se realizó, la omisión de este dato, puede constituir una prueba de que dicho pedido se realizó en una fecha anterior incluso al de haber sido propuesto como adjudicatario, por lo que mi representada considera que no puede ser aceptado como una prueba determinante de la causación de perjuicios por la adjudicación del lote 2 ahora recurrida. “

Noveno. Por Resolución de 22 de septiembre de 2014, el Tribunal acuerda mantener la suspensión del procedimiento producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP en lo relativo al lote nº 2.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El Tribunal es competente para conocer de este recurso, de conformidad con el art. 40.1 b) del TRLCSP y el art. 41.3 del TRLCSP.

Segundo. El recurso ha sido presentado en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP, por persona legitimada para ello, al ser un licitador.

Tercero. Debemos comenzar por analizar la alegación de indefensión, puesto que, de resultar que JOHNSON & JOHNSON, S.A fue notificada en tiempo y forma del trámite y pudo hacer alegaciones en el recurso 398/2014, el fondo de la cuestión se resolvería atendiendo únicamente a si el órgano de contratación ha ejecutado en sus términos nuestra Resolución 451/2014, sin que cupiera entrar en mayores consideraciones por un principio de cosa juzgada.

Ahora bien, resulta del Antecedente Quinto “in fine” que no consta acuse de recibo de tal notificación, por lo que, como el recurrente alega, no se dio cumplimiento en sus términos a la exigencia del art. 59 de la Ley 30/1992, de supletoria aplicación, de que ésta “*se practique por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado*”.



Ahora bien, ello carece de consecuencias invalidantes, puesto que no se ha producido indefensión material, ya que al haberse interpuesto tal recurso contra un acto de trámite, el interesado ha tenido ocasión, en este recurso contra el acto definitivo de adjudicación, de efectuar cuantas alegaciones ha estimado convenientes en cuanto al fondo de la cuestión.

Esta es la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recaída sobre la materia (STS de 18 de enero de 1984, de 10 de octubre de 1991 EDJ 1991/9584 y 14 de octubre de 1992 EDJ 1992/10002, o Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 16-11-2001, rec. 7389/1997 y sec. 2ª, S 25-10-2012, rec. 1492/2009), en cuya virtud para que proceda la nulidad del acto administrativo por el motivo e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de éstos trámites, por importante que éste sea. Cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto, nos encontramos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el artículo 63.2 de la referida Ley procedimental, aunque en este supuesto sólo procederá la declaración de anulabilidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, o si se ha producido indefensión a los interesados.

Eso sí, tal irregularidad procedimental nos obliga a entrar en el presente recurso en el fondo de las alegaciones de JOHNSON & JOHNSON, S.A, precisamente para evitar tal indefensión.

Cuarto. Pues bien, el recurrente en nada critica la aplicación de los criterios valorativos contenidos en pliegos, que fue la cuestión resuelta en el precedente recurso, sino que se dirige contra los pliegos mismos; fundamentalmente (viene a decir) por incluir criterios de valoración que implican que el ofertante disponga de medios personales y materiales, sin que resulte necesaria su acreditación, de lo que deriva -dice- la imposibilidad de que la adjudicataria ejecute en forma el contrato.



Como presupuesto, debemos ratificarnos en lo señalado en nuestra previa Resolución 451/2014 respecto de la interpretación del pliego, en la que decíamos, como fundamento de la estimación, que:

<< **Quinto.** Entrando en el fondo, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse con cierta reiteración sobre el encaje, dentro del procedimiento de contratación, que debe darse a la necesidad de que el ofertante cuente con el personal que le permita atender a las obligaciones que pretende contraer; que es, en definitiva, lo que cuestionó el órgano administrativo respecto de la recurrente y determinó que no valorase el criterio del tiempo de respuesta para la prestación del servicio técnico.

Así, en nuestra Resolución al rec.318/2013, señalábamos que *“debe tenerse en cuenta que la disponibilidad de los medios que van a destinarse a la ejecución del contrato tiene un tratamiento diverso en el TRLCSP, y sus efectos dependen de los términos en que esté expuesta la obligación en los pliegos.*

Por una parte, el artículo 64, “Concreción de las condiciones de solvencia”, señala: “ 2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f)- causas de resolución-, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.”

Y el art. 78: “Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios

En los contratos de servicios, la Solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:



(...)h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente."

En cuanto sus efectos, si se le da carácter de obligación en la ejecución del contrato, el art. 64.2 del TRLCSP señala, como efecto de su falta de acuerdo con la realidad, no la exclusión de la licitación, sino sólo la resolución del contrato si se constituyera como obligación esencial; si no fuera esencial, la imposición de penalidades.

Ahora bien, ello no implica que la inexistencia de los medios que la empresa afirma poseer sólo pueda tener efectos una vez celebrado el contrato, pues el art. 151.2 le da al caso del compromiso de adscripción de medios un tratamiento que puede llevar a la imposibilidad de que se celebre el propio contrato: como dispone tal artículo, "El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa"; y "De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas."

Vemos, en todo caso, que en cualquiera de estas configuraciones, el TRLCSP no dispone que se excluya de valoración al licitador por no acreditar en fase de valoración de ofertas la disponibilidad de los medios necesarios para la ejecución del contrato.

Por otra parte, tal disponibilidad puede haber sido conceptuada en los pliegos como una verdadera condición de aptitud, en los términos del art. 54 TRLCSP; el mismo dispone que " Condiciones de aptitud

1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica



o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

3. En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 60."

Ahora bien, dentro de tal precepto se contemplan requisitos de capacidad, inexistencia de prohibiciones, y requisitos de solvencia.

Este Tribunal entiende, a la vista de lo expuesto, que las exigencias del órgano de contratación sobre disponibilidad de medios ofertados plasmadas en los pliegos deben reconducirse a los supuestos establecidos en el TRLCSP, que no son sino los expuestos: o la disponibilidad es una condición exigible al adjudicatario antes de la celebración del contrato (que puede llevar a que éste no llegue a celebrarse); o se configura como una obligación de ejecución esencial o no (que puede llevar a resolver el contrato o imponer penalidades); o bien constituye un requisito de solvencia técnica. En este último caso, su falta de cumplimentación puede dar lugar a excluir del procedimiento al licitador, pero habrá de analizarse si ello, previo otorgamiento de una fase de subsanación.

Así se ha señalado en varias Resoluciones de este Tribunal, como la 78/2012 en que se decía, en relación con el art. 64 : " El antecedente de este precepto se encuentra en el artículo 15 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que de forma más precisa disponía "Además de la clasificación que resulte procedente para la ejecución del contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que completen en la fase de selección y a efectos de la misma, la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los



medios personales o materiales suficientes para ello, que deberán concretar en su candidatura u oferta” Llegando allí a la conclusión de que tal defecto ““pertenece a la categoría de los subsanables”.

Y en la Resolución que resolvió los recursos acumulados 669 y 704/2013, se dice que para determinar si la adscripción de medios se configura o se debió configurar como un criterio de solvencia, hay que atender si se trata de una exigencia directamente vinculada al objeto del contrato, o más bien a la capacidad de la empresa, ex art. 150 TRLCSP.

Como vemos, en ninguno de los casos se ha aceptado que la presumible carencia de los medios personales necesarios para ejecutar la oferta en sus términos pueda llevar a excluir de valoración el criterio vinculado a tal parte de la oferta.

Pues bien, aplicando esta doctrina a nuestro caso, observamos que la disponibilidad del personal necesario para cumplir con el tiempo de respuesta del servicio técnico no se impone en el pliego como parte de la documentación que acredita apriorísticamente de la solvencia del ofertante (de modo que su carencia determine su exclusión), ni como un requisito que debe cumplimentarse por el adjudicatario ex art. 64 y 151 TRLCSP antes de la celebración del contrato, sino que hay que entender que se impone en la cláusula 10.2. citada en los Antecedentes dentro de la forma de ejecución del contrato.

Por tanto, el eventual incumplimiento derivado de tal carencia de personal necesario -en nuestro caso, que el tiempo de repuesta fuera mayor que el ofertado-solo podría hacerse valer en fase de ejecución del contrato si el ofertante fuera eventualmente adjudicatario: Bien como causa de resolución (que no lo parece en nuestro caso, ya que no se ha configurado como una obligación esencial, sino más bien de una mejora sobre el plazo de respuesta general establecido en el pliego), bien por medio de penalidades (con la dificultad, solo achacable al propio órgano de contratación, de que no ha previsto penalidades específicas para ello).

Insistimos, en todo caso, en que el TRLCSP no prevé que se excluya de valoración al licitador (siquiera sea respecto de un criterio) por no acreditar en fase de



valoración de ofertas la disponibilidad de los medios necesarios para la ejecución del contrato en los términos ofertados; Y menos aún si los criterios que se deben valorar se configuran en los pliegos como objetivos y no sujetos a juicios de valor.

Además, y en todo caso, debemos observar que el órgano de contratación basa su negativa a valorar el criterio en que el licitador no tiene personal en la C.A. o provincias limítrofes: De tal premisa no se puede deducir, como deduce, que no va a poder cumplir el contrato en los términos de su oferta, puesto que, como hemos visto, la propia cláusula 10 ya citada implica que puede no tener ese personal en el momento de la oferta, al referirse a su contratación en fase de ejecución; de modo que el contratista es el que puede (y debe) contratar el personal que le sea necesario para ejecutar el contrato en los términos ofertados.

Y, a mayor abundamiento, como decíamos en la Resolución 139/2011, son contrarias al TRLCSP y a la Directiva 2004/18/CE cualesquiera limitaciones impuestas en los pliegos que impliquen la posibilidad de que la concurrencia a la licitación quede limitada a empresas que cumplan determinados requisitos de arraigo territorial, sólo admisible si ello fuera una exigencia derivada de la propia naturaleza del contrato: Máxime, pues es contraria al Derecho de la contratación pública una imposición de arraigo territorial del personal de la empresa que no está prevista en los pliegos. >>

Lo expuesto allí expuesto provoca que no pueda acogerse la única alegación que hace el recurrente dirigida únicamente contra el acto de adjudicación, considerándolo un acto de contenido imposible y por tanto nulo de pleno derecho, puesto que no concurre tal imposibilidad.

Recordemos que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 19-5-2000, rec. 647/1995: *“La nulidad de pleno Derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible (artículo 47.1 b) de la LPA de 1958 EDL 1958/101 y hoy artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC) EDL 1992/17271 es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1.272 del Código civil EDL 1889/1 para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la*



doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.

La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (art. 48.1 LPA EDL 1958/101 y 83.2 de la LJCA EDL 1956/42); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto . Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985).

Pues bien, nuestro acto de adjudicación no es de cometido imposible según esta doctrina, ya que es el propio TRLCSP el que no excluye que (en casos como el que nos ocupa y tal como se ha razonado en este Fundamento y en la Resolución precedente), el adjudicatario se haga con los medios que necesite en un momento previo a aquél en que comience la ejecución del contrato (en la hipótesis de que le faltaran), y , en caso contrario, prevé medidas de corrección cuales son las consecuencias del incumplimiento contractual.

Quinto. En cuanto a las alegaciones dirigidas contra los pliegos (esencialmente, contra varios criterios de valoración), este Tribunal entiende que el recurrente no puede en este momento procedimental dirigirse contra su contenido.

Como hemos dicho, entre otras muchas, en la Resolución 178/2013, los pliegos *“fueron perfectamente conocidos y aceptados por todos los licitadores al publicarse el anuncio del contrato y presentar sus respectivas ofertas sin que fueran impugnados los Pliegos ni se efectuara observación alguna respecto de su contenido, debiéndose recordar, a este respecto, el principio capital de todo el*



derecho contractual público de que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 145.1 del TRLCSP, “la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Esta aceptación por los licitantes, “sin salvedad o reserva alguna”, del contenido de los Pliegos al presentar sus proposiciones, hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuanto que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación” (art. 40.2.a), fase en la que el ahora recurrente pudo y debió, en su caso, interponer los recursos pertinentes si estimaba inadecuados los requisitos exigidos por los Pliegos para la prestación del servicio a contratar, lo que hace inadmisibles la pretensión del recurrente de, contradiciendo sus propios actos, anular la adjudicación ya realizada después de haber aceptado incondicionalmente los Pliegos y haber presentado su propia oferta económica ajustada a los mismos.”

Y seguíamos: “En este sentido, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma. “Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para



impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”.

En nuestro caso, y ya que formalmente el recurso se dirige contra el acto de adjudicación, no lo inadmitiremos, pero las consideraciones precedentes nos llevarán a su desestimación.

En cuanto a la excepción por la cual se admite y resuelve el recurso contra los pliegos –aun no recurridos en tiempo y forma– si concurren causas de nulidad de pleno derecho, y comenzando por la alegación de que los pliegos, en los criterios discutidos, se configuran como de contenido imposible, llamemos la atención sobre el hecho de que todo lo razonado en nuestro Fundamento Cuarto- con cita de la Resolución precedente-, abona que los pliegos no eran disconformes a Derecho en cuanto a la inclusión de criterios de valoración que presuponen que el contratista posea medios personales o materiales cuya acreditación no le es exigible antes de la adjudicación e incluso antes del inicio de la ejecución del contrato. Ello, conforme a la normativa allí citada, es posible, y el único efecto que tendrá la inexistencia de tales medios en el momento en que sean necesarios para cumplir el contrato en tiempo y forma (la reiterada imposibilidad de cumplimiento a la que se refiere el aquí recurrente) será, (en el caso que nos ocupa, en que no se exige que se acrediten antes de la celebración ni su tenencia se ha configurado en los pliegos como una obligación esencial), la imposición de penalidades por incumplimiento. Por tanto, no hay ni ilegalidad, ni (conforme a la doctrina citada en el Fundamento precedente sobre “actos de cometido imposible”) imposibilidad material ínsita a los propios pliegos causante de su nulidad de pleno Derecho.

En cuanto a la posible infracción de derechos fundamentales, el único que se incluye en el recurso reconocido como tal en nuestra CE, la discriminación contraria a la igualdad, (art. 14 CE), aunque se alega en general, solo se concreta en el criterio referido a la toma de muestras. Y en este caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP (relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, según el cual corresponde al órgano de contratación la definición de las necesidades a satisfacer y determinar las características de los productos a suministrar) no tenemos



motivo alguno para que el razonamiento del recurrente prevalezca sobre la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, que no ha considerado heterogéneos -ni en la plasmación de tal criterio en los pliegos ni en su aplicación- los conceptos a que alude el recurrente.

En cuanto a la alegación genérica de que se ha incurrido en infracción de este principio de igualdad y no discriminación por las irregularidades que (dice el recurrente) se detectan en los criterios de valoración de los pliegos y que hemos resumido en los Antecedentes, recordemos nuestra Resolución nº 021/2013, en que señalábamos que *“el principio de igualdad de trato entre los candidatos que rige toda la contratación administrativa (artículo 1 TRLCSP), prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, ora lo sean en las exigencias de solvencia, ora lo sean en los criterios de adjudicación, distorsionen la libertad de concurrencia, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia, la no discriminación y la igualdad de trato entre los licitadores. Resulta obligada la cita de varios fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como los expresados en las Sentencias de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003 y 1 de julio de 2004. En particular, la Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 (INSALUD)...”* Pues bien, en nuestro caso, los criterios de valoración de los pliegos se han aplicado a todos los licitadores con la misma interpretación, y no consta que favorecieran apriorísticamente a ningún licitador, por lo que no parece tal derecho como infringido con carácter general.

Para concluir, el resto de sus alegaciones no son reconducibles a las causas de nulidad de pleno derecho que permitirían revisar en esta fase los pliegos, por lo que no procede su análisis.

Sexto. En lo referido a los presuntos perjuicios que se le habrían causado al recurrente por lo que parece alegarse como una ejecución anticipada del contrato, están completamente al margen del objeto de este recurso y no pueden afectar a su resolución.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso presentado por D. M. C. Y. A., actuando en nombre y representación de la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A., contra la adjudicación del lote 2 en el expediente A4AS/1/1/011/2014 relativo al “Suministro de reactivos, el material y la dotación de equipamiento para el servicio de transfusión del Nuevo Hospital Universitario Central de Asturias”, en lo referido al lote 2.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación en lo relativo al lote afectado, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP..

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 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.