



Recurso nº 558/2021

Resolución nº 961/2021

Sección 1.^a

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

En Madrid, a 30 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.G.G., en representación de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. S.M.E., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado para regir la contratación del *“servicio de recogida en el Centro Nacional de Dosimetría, transporte y entrega de paquetería a domicilio”*, con expediente PAS/2021/020/CND, convocada por la Gerencia del Centro Nacional de Dosimetría del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 8 de abril de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación de un contrato de servicios por la Gerencia del Centro Nacional de Dosimetría del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, para la prestación del servicio de recogida en el Centro Nacional de Dosimetría, para el transporte y entrega de paquetería a domicilio, con un valor estimado de 131.447,66 euros.

El expediente no está dividido en lotes, según establece el apartado 2.3. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. El apartado 11 del cuadro de características anejo al mismo Pliego desarrolla los criterios de adjudicación, e incluye entre los criterios técnicos que serán objeto de valoración el siguiente:

“No haber cesado en la prestación del servicio objeto del contrato, de manera unilateral, en los últimos diez años, por motivos de catástrofes naturales, sanitarias o situaciones de emergencia extraordinaria, y comprometerse a no hacerlo de manera unilateral durante la prestación del presente servicio: 16 puntos.



Forma de acreditación: Declaración responsable de no haber cesado en la prestación del servicio de manera unilateral, en los últimos diez años, por motivos de catástrofes naturales, sanitarias o situaciones de emergencia extraordinaria, y comprometerse a no hacerlo de manera unilateral durante la prestación del servicio objeto del contrato”.

Los criterios técnicos se valoran hasta 30 puntos, de los cuales 16 puntos corresponden al subcriterio referido, y se dispone que “[a]quellas proposiciones, cuyas ofertas técnicas que (sic) no superen el 50% de la puntuación máxima, quedarán excluidos, y no se valorará la propuesta económica”.

Segundo. La licitación se somete a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. En particular, los trámites a seguir en la licitación son los del procedimiento abierto simplificado.

Tercero. El 28 de abril de 2021 se presentó por D. J. G. G. en representación de SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. S.M.E. recurso especial en materia de contratación contra los pliegos a que se sujeta la licitación. En el recurso se cuestiona la no división del contrato en lotes y la cláusula reguladora de los criterios de adjudicación en cuanto pondera la no cesación en la prestación del servicio por motivos de catástrofes naturales, sanitarias o de emergencia extraordinaria, supuesto en que incurre la entidad recurrente y actual adjudicataria del servicio lo que determina la imposibilidad de que pueda serle adjudicado el contrato.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente. El órgano de contratación remitió informe de 22 de enero de 2021, junto con los documentos obrantes en el expediente. También remitió certificado haciendo constar la presentación de tres ofertas por licitadores distintos de la entidad recurrente.

Quinto. El 5 de mayo de 2021, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo



establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

Sexto. El 13 de mayo de 2021 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 45.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que resulta admisible al alcanzar el umbral del artículo 44.1.c) LCSP, y además el acto recurrido, los pliegos, es uno de los previstos para el recurso especial en el artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal.

Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo, dado que el recurso se presentó el 28 de abril de 2021, antes de que hubieran transcurrido quince días hábiles desde la publicación del anuncio de licitación.

Cuarto. Para completar el análisis de los requisitos procedimentales para la admisión del recurso, debe examinarse si la recurrente goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad del acuerdo del pliego rector del procedimiento de contratación, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, en relación al artículo 50.1.b) de la misma norma.

El artículo 48 de la LCSP dispone que: "*podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o*



intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

Por su parte, el artículo 50 1. b) señala que: *"Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".*

En relación a la legitimación para recurrir los pliegos de una licitación, este Tribunal ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el recurrente haya participado en la licitación, o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso especial en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

Por ello, con base en jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de diciembre de 2001, Roj STS 10238/2001; sentencia de 5 de julio de 2005, Roj STS 4465/2005), como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 8 de septiembre de 2005 –asunto C-129/04- y de 12 de febrero de 2004 – asunto C-230/02), se ha admitido la legitimación activa del empresario que impugna cláusulas del pliego que restringen su participación en la licitación o le impiden participar en condiciones de igualdad (por todas, resolución nº 994/2019, de 6 de septiembre).

En definitiva, para poder interponer recurso especial en materia de contratación es necesario que concurra en el recurrente un interés directo en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores en el procedimiento de licitación, de modo que debe justificarse un interés en participar en el proceso de licitación.

Se refiere también el órgano de contratación en su informe a estos requisitos, citando la doctrina sentada por este Tribunal en resoluciones como las nº 1145/2020 y 862/2018. En tales resoluciones, con cita de otras anteriores, se recordaba lo siguiente (subrayado añadido):



“Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato.

Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005-). Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C230/02), señaló: “27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. 28. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate”.

Pues bien, en el presente caso, la recurrente funda su recurso contra los pliegos en dos motivos: i) la vulneración del art. 99 de la LCSP al no estar motivada la no división en



lotes del contrato; y ii) la vulneración del artículo 145 de la LCSP con el establecimiento de los criterios de adjudicación, y en particular de la exigencia de no suspensión en la prestación de servicios por causas de fuerza mayor, por infracción de los principios de igualdad, concurrencia y proporcionalidad.

Considera el órgano de contratación en su informe que ninguna de las cláusulas impugnadas se refiere a criterios de solvencia, clasificación, habilitación o compromiso de adscripción de medios, y por tanto no impedirían al recurrente concurrir a la licitación y ser admitido, sin perjuicio de la valoración ulterior que pudiera merecer la oferta.

El Tribunal considera que la cláusula cuestionada de los pliegos, que puntúa la no suspensión de servicios por causa de fuerza mayor, impide “ab initio” a la recurrente ser adjudicataria del contrato. Esta declara hallarse en el supuesto que regula el criterio de adjudicación 11.1.2.c), por lo que no podría obtener los 16 puntos que asigna. Como se exige superar el 50% de los criterios técnicos (que suman un total de 30 puntos), solo podría aspirar a obtener 14 puntos (inferiores al 50% de 30), por lo que de facto se le está excluyendo la posibilidad de licitar.

Por tanto, debe reconocerse su legitimación para interponer el presente recurso.

Quinto. Se cuestiona en el recurso la cláusula del pliego que pondera entre los criterios de adjudicación la no interrupción en la prestación del servicio objeto del contrato, de manera unilateral, en los últimos diez años, por motivos de catástrofes naturales, sanitarias o situaciones de emergencia extraordinaria, y comprometerse a no hacerlo de manera unilateral durante la prestación del servicio.

Según el recurrente, esta cláusula sería contraria a los principios de libre concurrencia e igualdad, pues únicamente puede aplicarse a la propia recurrente, adjudicataria anterior del servicio, cuya prestación interrumpió –según manifiesta– durante la situación de pandemia provocada por el COVID-19.

Además, lo considera contrario al principio de proporcionalidad, pues se penaliza con la exclusión por la interrupción del servicio en circunstancias extraordinarias, durante un plazo temporal excesivo (10 años). Se invaden, además, otras figuras jurídicas como la



imposición de penalidades o la resolución del contrato, habilitadas para hacer frente a situaciones de interrupción en la prestación del servicio.

Añade finalmente que se está utilizando como criterio de adjudicación lo que en rigor sería una manifestación de solvencia, referida a los requisitos que se exigen a los licitadores, por contraposición a los criterios de adjudicación, que evalúan no a los licitadores sino sus ofertas en términos de calidad-precio.

Por su parte, el órgano de contratación considera que los criterios de adjudicación respetan lo establecido en el artículo 145 de la LCSP. Expone que entre las funciones del Centro Nacional de Dosimetría se encuentra la de la protección del personal sanitario expuesto a la acción de las radiaciones ionizantes, para lo cual remite mensualmente a las instituciones sanitarias públicas del Sistema Nacional de Salud, y a las privadas que contraten el servicio, los dosímetros del personal sanitario expuesto a radiaciones ionizantes.

Para la prestación de este servicio, declarado esencial durante el estado de alarma, en la licitación del servicio de transporte con el que proporciona los dosímetros, el órgano de contratación considera esencial la no interrupción con ocasión de catástrofes naturales, sanitarias o de emergencia, tanto en los últimos diez años como durante la ejecución del contrato objeto de recurso especial, por lo que sería un aspecto cualitativo de la prestación del servicio, referido al proceso de entrega, que puede ser objeto de valoración en sede de criterios de adjudicación.

Lo considera conforme con el principio de igualdad de trato y libre concurrencia, ya que se ha definido en atención a un periodo de diez años, durante el cual se han sucedido varios adjudicatarios. También sería respetuoso con el principio de proporcionalidad, pues se trata de un aspecto cualitativo que debe tener un mayor peso en la valoración de las ofertas.

También considera más adecuado configurarlo como un criterio de adjudicación en lugar de una condición de solvencia, puesto que cerraría el acceso a la licitación.

Expuestas las posiciones respectivas, lo primero que debe advertirse, como ya se ha dicho al analizar la legitimación de la empresa recurrente, es que no es cierta la



afirmación del órgano de contratación de que al tratarse de un criterio de adjudicación no cierra el acceso a la misma, ya que se ha establecido un umbral mínimo de puntuación para continuar en el procedimiento, de tal modo que, si no se cumple con el criterio recurrido, se imposibilita, de facto, poder llegar a ser adjudicatario del contrato.

Efectivamente. El PCAP establece únicamente criterios evaluables mediante fórmulas:

- Precio: 70%,
- Mejoras en el número de intentos de entrega: 6%,
- Tiempo de respuesta ante necesidades puntuales: 8%, y
- No haber cesado en la prestación del servicio y comprometerse a no hacerlo: 16%.

Disponiendo que: *“Aquellas proposiciones, cuyas ofertas técnicas no superen el 50% de la puntuación máxima quedarán excluidos, y no se valorará la propuesta económica”*.

Esa cláusula es de imposible cumplimiento si se interpreta que la puntuación máxima es la total, es decir, 100 puntos, puesto que ninguna oferta técnica puede alcanzar más de 30 puntos de valoración. Por tanto, hemos de interpretarla en el sentido de que aquella oferta técnica que no supere el 50% de la puntuación técnica (15 puntos, 30/2,), quedará excluida.

Por tanto, puntuar en el criterio técnico objeto de impugnación, que concede 16 puntos (y no admite, además, graduación) es necesario para poder devenir adjudicatario del contrato. En otro caso, la empresa licitadora será excluida.

Pues bien, en cuanto al fondo del motivo de impugnación del criterio de adjudicación, el Tribunal considera que el recurso debe ser estimado.

La LCSP establece, entre otros, en los artículos 192, 193, 194, 110, 211, y 71.2.c), las consecuencias que debe tener para el adjudicatario el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la demora en la ejecución del contrato, que son, según lo casos, la imposición de penalidades, la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y la tramitación de un procedimiento para declarar la prohibición de contratar, no considerándose ajustado a Derecho que la consecuencia de los incumplimientos sea otra distinta a las establecidas legalmente, esto es, impedir que la empresa incumplidora



pueda devenir adjudicataria del presente contrato por la vía de establecer un criterio de adjudicación que lo imposibilita.

La finalidad de los criterios de adjudicación es evaluar la mejor relación calidad-precio de las ofertas, permitiendo una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal y como se define en las especificaciones técnicas, y, en opinión del Tribunal, eso no se consigue con el criterio objeto de impugnación, que lo que pretende es penalizar un incumplimiento de la empresa recurrente en otro contrato.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que los incumplimientos alegados respecto del contrato en vigor pudieron ser debidos a la existencia de fuerza mayor, concepto que se define como aquel acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior, imprevisible, y que no hubiera sido posible evitar, aun aplicando la mayor diligencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1965 exige las notas de imprevisibilidad, e inevitabilidad o irresistibilidad.

El artículo 1.105 del Código civil (de aplicación supletoria en las materias regidas por otras leyes, según su artículo 4.3) establece que *“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*. Y el artículo 1.602 exime de responsabilidad a los conductores por la pérdida o avería de las cosas que reciben, en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Se estima, pues, este motivo de recurso, anulándose el criterio de adjudicación establecido en el apartado 11.1.2.c) del PCAP.

Sexto. Por lo demás, el recurrente también cuestiona la falta de justificación de la no división en lotes del contrato, aunque no alega qué lotes considera deberían formar parte del mismo, y cuál es su interés para instar dicha división, ya que Correos es una gran empresa, y no una PYME, que, en principio, debe considerarse capacitada para ejecutar el contrato en un solo lote, tal y como está haciendo en la actualidad.

Por ello, se considera que este motivo de recurso tiene un mero interés en el cumplimiento de la legalidad, por lo que se inadmite.



El órgano de contratación, si bien reconoce que se ha omitido por error la justificación de la existencia de un solo lote, lo justifica en su informe al recurso por motivos de eficacia y eficiencia, tanto desde el punto de vista de la logística y seguimiento de los envíos realizados, como desde un punto de vista tecnológico de instalación, interoperabilidad, y manejo de las herramientas informáticas necesarias para el control de todos los envíos, hecho que sería perjudicial para una eficiente gestión si se realiza con diferentes empresas adjudicatarias, como resultado de la división en lotes del contrato.

El Tribunal considera ésta una justificación razonable y suficiente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J.G.G., en representación de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. S.M.E., en cuanto al motivo de recurso relativo a la no justificación de la no división en lotes del contrato, y estimar el motivo de recurso frente al criterio de adjudicación establecido en la cláusula 11.1.2.c) del PCAP del contrato de del “*servicio de recogida en el Centro Nacional de Dosimetría, transporte y entrega de paquetería a domicilio*”, con expediente PAS/2021/020/CND, convocado por la Gerencia del Centro Nacional de Dosimetría del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, que se anula, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

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 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.