



**Recurso nº 1312/2021 Comunidad Valenciana 298/2021**

**Resolución nº 1572/2021**

**Sección 2ª**

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

En Madrid, a 11 de noviembre de 2021

**VISTO** el recurso interpuesto por D. E.T.G. y D. S.H.F., en representación de B2B SALUD, S.L.U. (en adelante, B2B) contra anuncio y pliegos de la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana para contratar el *“servicio de gestión integral logística del almacén Nodriz de la Generalitat de la Salud de Torrevieja (expediente núm. 419/2021)”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La convocatoria de la licitación de referencia fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 29 y 30 de julio y en el DOUE el 30 de julio de 2021, como contrato de servicios, con un valor estimado de 1.267.748,82 euros.

En los correspondientes anuncios de la licitación, se facilitaba el acceso –entre otra documentación– a los pliegos que rigen dicha licitación; tanto al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) como al Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT).

**Segundo.** En la Memoria justificativa de la licitación consta, en lo que interesa, lo siguiente:

*“1.-Necesidad.*

*Mediante Resolución del Conseller de Sanidad de 21 de febrero de 2003 se acordó adjudicar a la UTE TORREVIEJA SALUD, Unión Temporal de Empresas, Ley 18/82, CIF: G97318307 el contrato de gestión de servicio público por concesión de la asistencia*



*sanitaria en la zona de Torrevieja, y más concretamente en los municipios de Formentera del Segura, Rojales, Benijófar, Guardamar del Segura, Torrevieja, San Fulgencio, San Miguel de Salinas, Los Montesinos, Campoamor (Orihuela) y Pilar de la Horadada.*

*Emitido certificado por el Director Gerente de la Agencia Valenciana de Salud de fecha 1 de diciembre de 2006, en el que se indica que la entrada en funcionamiento del Hospital de Torrevieja fue en fecha 16 de octubre de 2006, y siendo el plazo de ejecución de la concesión de 15 años desde la puesta en funcionamiento de dicho Hospital, por resolución de fecha 4 de diciembre de 2006 se establece como fecha de finalización de la concesión administrativa el 15 de octubre de 2021.*

*Mediante Notificación de la Subsecretaria de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, de fecha 14 de octubre de 2020, se comunica a la UTE la no prórroga y consiguiente extinción del contrato formalizado en fecha 21 de marzo de 2001 con la concesionaria.*

*La ejecución de un proyecto de implantación y migración del sistema logístico ante una reversión a la gestión pública como el actual conlleva una serie de dificultades, y requieren la disposición de medios y elementos de contingencia que soporten el proceso abordado. Asimismo, hay que dar varias referencias sobre este proyecto: es complejo por su alcance (todos los procesos de logística y asociados de una organización de este tamaño) y por las características del Departamento sobre el que se va a implantar (Departamento con más de 20 centros y 150.000 ciudadanos de cápita con una población estacional en verano que supera los 500.000 habitantes).*

*La Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública a los efectos de abordar las necesidades de la transición y disponer de alternativas a la contingencia de requerir adecuaciones en los espacios de almacenamiento del hospital, necesita habilitar temporalmente un almacén nodriza con capacidad para abastecer las necesidades de suministros de producto sanitario y en su caso de producto farmacéutico para el Departamento de Salud. De este modo, aborda la necesidad de contar con un edificio de almacenamiento y un servicio de gestión logística que permita llevar a cabo todos los procesos de recepción, almacenamiento, preparación de pedidos para su posterior distribución, pudiendo en todo momento conocer la trazabilidad del producto.*



*Se trata de un recurso y un servicio prioritario que garantiza en todo momento la preparación y distribución de los productos adquiridos, garantizando su trazabilidad.*

*Siendo la fecha de arranque tras la reversión el 15 de octubre, y estando ya a menos de 12 meses de dicha fecha, el tiempo es insuficiente para una transición de modelo logístico según el procedimiento estándar. Dada la carencia total de información transmitida por la Concesionaria ante los sucesivos requerimientos y su negativa a asistir a reuniones de coordinación de dicha transición, impera la absoluta necesidad de desarrollar un plan de contingencia para el arranque del funcionamiento del Departamento de Salud bajo el ámbito público. En este escenario se enmarca la urgencia de lanzar este procedimiento”.*

También indica:

*“La empresa adjudicataria contará con una póliza de seguros contra todo riesgo de daños materiales y garantías adicionales para cubrir los riesgos de los bienes afectados al presente servicio que se ejecuta en el Depósito Nodriza y su red de abastecimiento y distribución, así como cubrir las consecuencias de la actividad desarrollada por los actos de sus empleados o personas que aunque no tengan relación laboral con la empresa adjudicataria, su actividad haya sido objeto de subcontratación.*

*El importe del seguro deberá ser igual o superior a 2.000.000 euros.*

*Antes de la formalización del contrato, la empresa adjudicataria deberá presentar copia de la póliza de seguro suscrita, que deberá abarcar desde la fecha de firma del contrato hasta la finalización del mismo”.*

**Tercero.** Deben destacarse, del tenor del anuncio y de los pliegos impugnados, los aspectos que siguen:

A- En el anuncio de licitación y en el Anexo I del PCAP se indica:

*“Clasificación CPV*

*63100000 - Servicios de carga, descarga y almacenamiento.*

*60100000 - Servicios de transporte por carretera.*

*63120000 - Servicios de almacenamiento y depósito.*

*63121100 - Servicios de almacenamiento”.*



B- Respecto del objeto del contrato, en la cláusula 1 del PCAP hay una remisión al Anexo I, que señala:

***“DEFINICIÓN CONCRETA DEL OBJETO DEL CONTRATO DE SERVICIOS:***

*Constituye el objeto del contrato la puesta a disposición de un local y prestación del servicio de gestión integral logística del almacén Nodriza del Departamento de Salud de Torrevieja, que incluirá los servicios que a continuación se relacionan:*

- 1.- Servicio de descarga de los suministros entregados en el almacén.*
- 2.-Servicio de recepción, almacenamiento y seguimiento (trazabilidad) de producto*
- 3.-Servicio de tratamiento de peticiones e incidencias.*
- 4.-Servicio de preparación de peticiones (picking).*
- 5.-Servicio de expedición, transporte y entrega de los productos en los puntos determinados.*
- 6.-Servicio de gestión de devoluciones y recuperación de paletas y contenedores (flujo circular).*
- 7.- Servicio de transporte y recogida de préstamos, cesiones y urgencias (y sus reposiciones correspondientes) desde los Departamentos limítrofes, Elche y Orihuela, en caso de necesidad”.*

El PPT dispone al efecto:

***“1. OBJETO DEL CONTRATO.***

*El presente Pliego de Prescripciones Técnicas tiene como objeto describir y fijar los requisitos demandados respecto de la operación de la gestión logística del Depósito Nodriza del Departamento de Salud de Torrevieja y puesta a disposición del recinto que lo albergue, tal que permita llevar a cabo todos los servicios de recepción, almacenamiento y preparación de pedidos, así como su posterior distribución, pudiendo en todo momento conocer la trazabilidad del producto. Incluye la puesta a disposición de un local almacén capaz de absorber las demandas del servicio y situado convenientemente cerca del hospital de Torrevieja y con buena accesibilidad tanto para este hospital, como para los hospitales adyacentes que puedan prestarle cobertura en este ámbito. Así mismo incluye*



*la distribución de las entregas y el retorno de los soportes empleados para ello. Adicionalmente debe cubrir el tratamiento de urgencias y las recogidas y devoluciones de préstamos desde los hospitales adyacentes (Elche y Orihuela).*

*Para dimensionar la actividad demandada se adjunta en el Anexo I un resumen de las instalaciones del hospital de Torrevieja, en el Anexo II una tabla con las áreas Clínicas que cubre, y en el Anexo III la relación de servicios y especialidades atendidos por el hospital. Así mismo se recoge en el Anexo IV la relación de zonas básicas que comprende el Departamento de Salud, relacionándose finalmente en el Anexo V las direcciones de los Centros de Atención Primaria del mismo. No se aporta información adicional de la actividad a soportar, debiendo esta ser estimada en base al estándar de Departamentos de similar envergadura al de Torrevieja.*

*El licitador deberá poner a disposición el recinto físico del almacén a utilizar, según las características demandadas y valoradas en este pliego, explotándolo a su costa y aportando tanto los servicios básicos como los suministros esenciales.*

*Es objeto del contrato la conducción del almacén en todos sus procesos operativos, desde la descarga y recepción, almacenamiento y seguimiento de producto, preparación de peticiones, expedición, transporte y entrega, así como la gestión de devoluciones y recuperación de paletas y elementos contenedores (flujo circular). Así mismo la gestión de las peticiones e incidencias.*

*A tratarse de un almacén para producto sanitario, deberá garantizarse el mantenimiento absoluto de la trazabilidad de los productos, para ello el adjudicatario deberá, mediante el aplicativo informático necesario, disponer de un registro documentado de los productos en el que se incluyan todos los campos y registros necesarios. Así mismo garantizará la seguridad del recinto tanto a nivel de conservación e higiene como con la vigilancia necesaria para su mantenimiento.*

## **2. ALCANCE DEL CONTRATO.**

*Se diferencia entre pedidos (emitidos a los proveedores para abastecer al almacén) y peticiones (recibidas desde los diferentes centros de almacenamiento o consumo).*

### **2.1. Ámbito de aplicación Interna.**



*En relación con la operativa en el interior del almacén, se recoge todo el ciclo logístico desde la descarga de los pedidos y su tratamiento de recepción (validación, clasificación, separación, posicionamiento...) hasta la recogida y tratamiento de peticiones para proceder a la carga para distribución. Se incluye la interconexión con los sistemas informáticos de la Consellería para que se mantenga sincronizada la información en tiempo real y el tratamiento de reporting de actividad e incidencias.*

*Deberá el adjudicatario poner en marcha un sistema de gestión de peticiones (recibidas por integración con el sistema de la Conselleria o por el medio que fuese en caso de urgencia) desde el que dará cobertura al tratamiento de las peticiones de los usuarios y el mantenimiento de [os sistemas de información compartidos.*

*El adjudicatario deberá tener la capacidad de suministrar y mantener información histórica sobre las transacciones del Depósito para consultar todos los movimientos de producto efectuados y su justificación. La información deberá ser accesible de manera electrónica (remota) para todos los usuarios que se designen por parte de la Conselleria y debe permitir efectuar, en cualquier momento, la supervisión de la actividad y de cualquier incidencia que pueda surgir en la prestación del servicio.*

*Como parte de la oferta se presentará el lay-out del almacén en su configuración propuesta, que debe ser mantenido durante su explotación, requiriendo cualquier modificación la solicitud y correspondiente aprobación explícita por parte del Departamento de Salud y del órgano responsable del seguimiento del presente contrato.*

## *2.2. Ámbito de aplicación externa.*

*Con relación a la distribución, el alcance del contrato recoge el transporte desde el Depósito hasta el punto de recepción designado en el hospital de Torrevieja, y en su caso a los Centros de Atención Primaria. Acudirá a los destinos encomendados, con todos los medios necesarios para ello (recogida + entrega), siendo las periodicidades diarias en el caso del hospital y quincenales en el caso de la red de Atención Primaria. Así mismo debe atender las urgencias y préstamos requeridos con los hospitales adyacentes (y su devolución)...*

## *4. DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LOS SERVICIOS SOLICITADOS.*

*Se detallan cada uno de los procesos de la operación de la plataforma y su protocolo. Así mismo se establecen los requisitos y valoraciones de su adecuación.*



*La empresa adjudicataria deberá dimensionar adecuadamente los diferentes perfiles que se solicitan en este pliego, con objeto de garantizar los plazos y frecuencias de las actividades solicitadas y niveles de calidad de los servicios exigidos, especialmente estimando el volumen base a considerar y garantizando el cumplimiento de los requisitos establecidos.*

*En cada uno de los procesos que se describen a continuación deberá garantizarse la trazabilidad del producto. El sistema de trazabilidad deberá estar perfectamente sincronizado con ORION LOGIS.*

*Así mismo el adjudicatario deberá garantizar que la Conselleria en cualquier momento pueda acceder telemáticamente a su sistema al objeto de obtener información de cada uno de los procesos que se definen en los siguientes apartados.*

#### *4.1. Proceso de recepción.*

*Corresponde a la entrada de material en el Depósito, derivada fundamentalmente de las entregas de los proveedores y en menor medida de préstamos, donaciones o devoluciones aceptadas a los destinos servidos.*

*El proceso de recepción cubre desde la entrada hasta la ubicación en la posición de almacenamiento asignada por el sistema a cada paleta o bulto que entra al almacén. Debe realizarse la identificación y asignación de entrada sobre el pedido correspondiente o solicitar a la Conselleria la incorporación de nuevos productos en el sistema corporativo (en adelante ORION LOGIS)....*

#### *4.2. Proceso de gestión del almacenamiento.*

*Corresponde al mantenimiento del producto almacenado, su correcta identificación y trazabilidad en todo momento.*

*...*

#### *4.3. Proceso de preparación de peticiones (picking).*

*...*

#### *4.4. Proceso de expedición.*

*Corresponde a la carga y salida de los transportes desde la plataforma*

...

*Deberá garantizarse la entrega de la documentación que debe disponer el distribuidor para ser firmada por la persona del punto de destino del suministro en el que conste la aceptación. Esta conformidad puede ser recogida por medio físico o electrónico pero en cualquier caso debe ser puesta a disposición en una plataforma informática para su consulta y justificación ante reclamaciones e incidencias.*

*El adjudicatario deberá elaborar en su sistema un repositorio con las direcciones concretas y contactos de cada destino asociados a la petición que le transmite ORION LOGIS. Para ello deberá constituir una plataforma de información con los datos relevantes de todos los destinos a utilizar en los suministros del Departamento.*

#### *4.5. Proceso de transporte (distribución y retorno).*

*Corresponde al proceso de distribución desde la salida del almacén hasta la entrega en destino final.*

*El adjudicatario deberá obtener la firma de confirmación de recepción en destino sobre su propia documentación. Esta documentación una vez firmada y digitalizada deberá quedar custodiada por el adjudicatario pudiendo ser requerida en cualquier momento por la Consellería como justificante de la entrega. Será responsable de los productos hasta la firma de la documentación por parte del destinatario.*

...

#### *4.6. Proceso de recogida y gestión de incidencias.*

..."

C- En lo referente a medios tecnológicos, el PCAP indica en su Anexo I: "CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN A CUMPLIR: ...

*La empresa tiene la obligación de promover el reciclado de materiales, para ello deberá reciclar el material de embalaje de los productos recibidos o bien depositarlos en puntos limpios.*

- *La implantación del sistema e integración con la aplicación corporativa de la Conselleria, ORION-LOGIS en el plazo de 30 días desde el día siguiente a la formalización del contrato.*



- *El incumplimiento de la adscripción de medios humanos exigidos como mínimo.*
- *El incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato".*

Atribuyéndoles carácter de obligación esencial.

Y el PPT /dispone:

*"6. RECURSOS TECNOLÓGICOS: SGA, integración y gestión de peticiones.*

*El adjudicatario deberá aportar un sistema de gestión de almacén debiendo llevar a cabo las acciones necesarias para que, en el plazo de un mes a contar a partir del día siguiente a la formalización del contrato, se integre con el sistema corporativo de la Conselleria, ORION LOGIS, describiéndose a continuaciones los requisitos exigidos,*

*Se presentará como Anexo un Plan de Gestión de la información, donde se recoja tanto el modelo general propuesto como los sistemas concretos aplicados al tratamiento de cada tipo de proceso (general, lecturas, depósitos, ...) del proyecto logístico planteado.*

#### *6.1. Características generales SGA.*

*Se dispondrá un Sistema de Gestión de Almacén (SGA en adelante) que cubra todas las necesidades logísticas del Depósito. Dicho SGA deberá integrarse con ORION LOGIS, estando recogidos en los Anexos VI, VII y VIII al presente pliego, el catálogo de integraciones de Orión-Logis disponibles que deberán cumplirse.*

*Todos los procesos que se registren en el SGA del adjudicatario deberán comunicarse en tiempo real, o cuasi-real, en el sistema corporativo de la Conselleria, ORION LOGIS, no permitiéndose retrasos de más de 5 minutos. De modo que quede garantizado, en todo momento, en ORION LOGIS, los movimientos, stocks, y cualquier otra operación ejecutada en el SGA del adjudicatario.*

...

*El SGA ofertado será en régimen de Licencia de liso, donde el responsable de la puesta en marcha inicial, mantenimiento, implantación de mejoras y actualizaciones será el adjudicatario. La empresa deberá aportar todas las licencias que sean necesarias sin que impliquen un coste adicional para la Administración.*

*Será por cuenta del adjudicatario la instalación completa y el despliegue de los Sistemas Operativos y Servidores necesarios,*

*...*

*Deberá aportarse un módulo integrado con ORION LOGIS que genere de manera automática peticiones (peticiones sin aprobar) y que determine, a partir de un número de parámetros, las cantidades de material a servir en los distintos tipos de centro donde se destina dicho material, siendo seleccionables estos centros y la periodicidad de petición. El módulo externo debe calcular estas reposiciones y trasladarlas mediante integración a ORION LOGIS y ser capaz de recibir del mismo las actualizaciones correspondientes.*

## **6.2. Funcionalidades SGA.**

*El SGA deberá implementar como mínimo las siguientes funcionalidades:*

- Diferenciación interna de artículos por proveedor, aunque para ORION LOGIS sean el mismo artículo.*
- Trazabilidad total de los artículos con lotes y caducidades. Debe permitir conocer que se ha entregado a cada destino en cada entrega.*
- Incluirá el reconocimiento de los datamatrix de los productos farmacéuticos y dispondrá de los mecanismos de validación y cancelación de medicamentos.*
- Debe permitir la recepción de artículos solicitados al proveedor, consultando los pedidos pendientes en ORION LOGIS e informándole de las cantidades recepcionadas. Así mismo permitirá la recepción de pedidos con múltiples planificaciones.*
- Estará adaptado para la recepción vía EDI (DESADV y RECADV) de la Consellería,*
- Para la gestión del almacenamiento interno de palés incluirá un sistema de etiquetado de palés por radiofrecuencia, que permita asegurar que cada palé se encuentra ubicado en el lugar adecuado, evitando errores.*
- Recibirá las peticiones de reaprovisionamiento de los distintos destinos, permitiendo su preparación e informando a ORION LOGIS de aquello realmente preparado.*
- Para urgencias, deberá ser capaz de generar peticiones de reaprovisionamiento en el propio SGA, que se informarán a ORION LOGIS.*



- *Incluirá un sistema de gestión de expediciones, con control de bultos y palés remitidos a cada destino. Asimismo, permitirá conocer los datos del porte en que han sido llevados.*
- *Dispondrá de un archivo documental que permita escanear, clasificar y visualizar los documentos de las expediciones y portes firmados por los destinatarios,*
- *Gestionará las devoluciones asegurando que no se pierde la trazabilidad.*
- *Deberá implementar un sistema de inventarlos continuos.*

### *6.3. Recursos materiales TICS.*

*Adicionalmente a las descripciones anteriores de funcionalidades del SGA y capacidades de integración, y de los procesos de migración de datos que se recogen en las fases de puesta en servicio y transición, en este ámbito se requiere recoger la oferta de equipamiento hardware aportado para el funcionamiento del sistema de gestión de la información.*

*Se reflejará todo el equipamiento que para la captura, tratamiento y mantenimiento de la información aporte el licitador al contrato, describiendo su compromiso tanto cualitativa como cuantitativamente. Deben recogerse todos los elementos de trabajo aportados al contrato en este ámbito”.*

D- En lo referido al seguro de responsabilidad civil, en el Apartado E del Anexo I del PCAP, para el cálculo del presupuesto de licitación únicamente se ha tomado en consideración el coste del seguro de la nave que exige el apartado 11 del PPT.

En el apartado “OBSERVACIONES” del Anexo I del PCAP se señala:

#### *“OBSERVACIONES*

*La empresa adjudicataria contará con una póliza de seguros contra todo riesgo de daños materiales y garantías adicionales para cubrir los riesgos de los bienes afectados al presente servicio, así como cubrir las consecuencias de la actividad desarrollada por los actos de sus empleados así como personas que aunque no tengan relación laboral con la empresa adjudicataria, su actividad haya sido objeto de subcontratación.*

*El importe del seguro deberá ser igual o superior a 2.000.000 euros.*



*Antes de la formalización del contrato, la empresa adjudicataria deberá presentar copia de la póliza de seguro suscrita que deberá abarcar desde la fecha de firma del contrato hasta la finalización del mismo.”*

Y, previamente, en el apartado relativo a las penalidades del mismo Anexo se indica:

*“-Infracciones muy graves:*

*.... El incumplimiento de disponer del seguro de responsabilidad civil que cubra un importe igual o superior a 2.000.000 de euros.*

*...”.*

E- En lo atinente a datos de carácter personal:

En el apartado X del Anexo I, el epígrafe “CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN EN LOS CONTRATOS CUYA EJECUCIÓN IMPLIQUE CESIÓN DE DATOS POR LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO”, el párrafo: “El contratista queda obligado a someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos. Esta obligación tiene el carácter de obligación contractual esencial de conformidad con lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 que regula las causas de resolución de los contratos”, no tiene la casilla marcada.

En el mismo apartado, consta:

**“ACREDITACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL ACCESO Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN TITULARIDAD DE LA GENERALITAT**

1. *La administración declara que, hecha la valoración<sup>1</sup> del impacto que tendría un supuesto incidente que afectara a la seguridad de la información o de los servicios con perjuicio para la disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad o trazabilidad, como dimensiones de seguridad, la categoría del sistema o sistemas afectados es:*

Categoría:    ☒ *Básica*        ☐ *B Media*        ☐ *o Alta*

2. *El contratista deberá acreditar el cumplimiento de lo establecido en este punto únicamente respecto de aquellos medios, equipos y sistemas de información relacionados con el objeto del contrato:*

*Esta valoración se realizará de conformidad con el manual de categorización de sistemas de información conforme al Esquema Nacional de Seguridad....*

*X El contratista prestará los servicios accediendo a los sistemas de información de la Generalitat a través de medios o equipos propios, si bien los datos permanecerán y serán tratados en sistemas de información de la Generalitat. Se justificará el cumplimiento de las obligaciones de seguridad aportando:*

- Acreditación relativa a la formación, en materia de protección de datos y seguridad de la información, a todo el personal que, con motivo de la prestación del servicio, va a acceder a sistemas de información titularidad de la Generalitat,*

- Acreditación del cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas en el Esquema Nacional de Seguridad tanto de los equipos como de los accesos realizados a los sistemas de información de la Generalitat con motivo de la ejecución del contrato.*

*..”.*

Existe un Anexo XI en el pliego-tipo para el caso en que sea necesario asignar encargado de tratamiento de datos de carácter personal.

F- En cuanto a los criterios de adjudicación, el apartado LI del Anexo I del PCAP otorga una puntuación del 49% (49 puntos) a criterios cualitativos cuya ponderación depende de un juicio de valor, existiendo hasta 9 de este tipo.

Al apartado 4, “SGA, integración y gestión de peticiones”, se atribuyen 10 puntos y se dice: “...se tendrá especialmente la capacidad funcional del SGA planteado, sus prestaciones, las funcionalidades del SGA y su capacidad de integración. Así mismo se valorará cuantitativa y cualitativamente los recursos tecnológicos aportados en equipamiento para uso de TICs. Se considerará el Plan de Gestión aportado”.

Al apartado 7, “Local almacén y equipamiento fijo” se le atribuyen 5 puntos, y dice su tenor literal:

*“El apartado séptimo, local almacén y equipamiento fijo, se tendrá en cuenta la funcionalidad y estado, así como la capacidad del local ofertado con su equipamiento, la infraestructura aportada, los medios auxiliares que incorpora. Se considerará las medidas de seguridad y protección incorporadas. Es relevante la situación y facilidad de acceso*

*respecto del hospital y de las vías de comunicación con los hospitales colindantes. Se valorará la estructura y cercanía de la empresa licitadora al hospital (sede próxima o gestión por teleasistencia). Se considerará el Plan de Calidad aportado”.*

G- En el apartado 11 del PPT, “LOCAL ALMACÉN Y EQUIPAMIENTO FIJO” se indica lo siguiente:

*“Se requiere la puesta a disposición de un edificio para el almacenamiento de productos del Depósito. Este local debe estar situado lo más cerca posible del Hospital destino (a un radio inferior a 30 Km) y con buena accesibilidad al mismo, con vías de fácil acceso y bien comunicadas con el Hospital de Elche y el de Orihuela, así como las vías que recorran el Departamento de Salud en toda su área de atención Primaria.*

*...Se considera relevante la proximidad de una sede de la empresa al local ofertado de modo que se pueda tener proximidad de supervisión de la gestión más allá de la simple teleasistencia. Por ello se considerará así mismo la estructura y cercanía de alguna sede de la empresa licuadora al Hospital de Torrevieja...”.*

H- Respecto de plazos, el apartado 3º del PPT prevé:

### **“3. ACTUACIONES Y PLAZOS.**

*El adjudicatario tiene la obligación de atender el total de las peticiones recibidas en el mismo día de su recepción (siempre que hubiera existencias disponibles), entendiendo que diariamente recibe las peticiones del hospital (con servicios demandantes a diferentes periodos según sus características, desde diarios a semanales) y que la red de atención primaria se programa con rotación quincenal, recibiendo cada día la parte de peticiones correspondiente a la programación establecida.*

*Respecto a la distribución de los productos, la empresa deberá entregar el 90% de las peticiones recibidas en un plazo de 24 horas (el día siguiente a la recepción de la petición, con corte de demanda a medio día) y el 10% restante de las peticiones atendidas se distribuirán en el plazo máximo de 48 horas (contando desde el corte de planificación de medio día). Se entiende días laborables. No se mantendrán más de dos días naturales sin servicio, atendándose las urgencias justificadas en todo caso.*



*Cualquier incidencia que pueda surgir en la prestación del servicio deberá ser resuelta en el plazo máximo 24 h (donde incluimos como incidencia la necesidad de material de préstamo de los hospitales colindantes).*

...”.

**Cuarto.** El 16 de agosto de 2021 se interpuso el presente recurso, en que se postula, muy resumidamente: improcedente utilización del procedimiento de urgencia; que la codificación CPV de los pliegos no incluye todas las prestaciones del servicio licitado; que el presupuesto está incorrectamente calculado pues no incluye el seguro de responsabilidad civil exigido en los pliegos; que dicho seguro es contrario a Derecho por no figurar en el anuncio de licitación, y en todo caso es desproporcionado en su importe; que no se incorporan a los pliegos las exigencias del 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) para los contratos cuya ejecución requiera el tratamiento de datos de carácter personal; y que los pliegos contienen cláusulas de arraigo territorial contrarias a Derecho.

El informe del órgano de contratación rechaza estas aseveraciones, con el detalle que se concreta al tratar de cada una de ellas. Además, defiende que: *“habiéndose comprobado por este órgano el objeto social recogido en la escritura de poder remitida junto con el recurso, se ha comprobado que el objeto social de dicha mercantil no es coincidente con el necesario para la prestación del servicio en licitación, al no incluir la gestión de almacenes de mercancías, el almacenaje y distribución de todo tipo de mercancías y bienes ajenos, transporte de mercancías, gestión de almacenes de mercancías o embalado de materiales y otras mercancías susceptible de dichas operaciones. Por lo que la mercantil B2B SALUD, SLU, no cumpliría con lo preceptuado en el artículo 66.1 de la LCSP “... Y por ende no estarían legitimados para la interposición del recurso especial en materia de contratación (artículo 48 del mismo texto legal)”.*

A resultas de esta última cuestión, se ha requerido a la recurrente para que presente copia del contenido íntegro de sus estatutos sociales, habiéndose aportado la misma.

**Quinto.** Se ha concedido la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de



conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que –en su caso– acuerde el levantamiento de la medida.

**Sexto.** El 23 de agosto de 2021 se dio traslado del recurso al resto de licitadores para la presentación de alegaciones, sin que hayan evacuado el trámite.

A estos Antecedentes son de aplicación los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El presente recurso constituye un recurso especial en materia de contratación de competencia de este Tribunal, de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma Valenciana, de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 2 de mayo de 2021).

**Segundo.** Se recurre el anuncio y pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado excede de 100.000 euros, y sometido a legislación armonizada. Se trata pues de un acto recurrible, conforme a los artículos 44.1.a) y 2.a) de la LCSP, y 22 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 50 de la LCSP, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

**Cuarto.** En cuanto a la legitimación del recurrente para recurrir, que cuestiona el órgano de contratación, el artículo 48 de la LCSP prevé en su primer párrafo lo siguiente: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”;*

Mientras que el artículo 66 de dicha norma legal indica: *“Personas jurídicas.*



*1. Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.*

Por tanto, ha de comprobarse si las prestaciones del contrato están comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos, son propios de la sociedad recurrente.

Pues bien, requerida la recurrente para que presente copia de sus estatutos, resulta de los mismos que, entre otras actividades, constituye su objeto social el *“Ejercicio de operaciones de logística y almacenamiento, incluido el almacenaje, custodia, transporte y cualquier clase de manipulación de mercancías en todo tipo de recintos, y almacenaje de mercancías diversas; la actuación como intermediario en el transporte de mercancías y transporte de mercancías por carretera, actividades auxiliares y complementarias de transporte, etc.”*, así como la *“... planificación.. y negociación de gestión de compra de productos farmacéuticos, medico-sanitarios, quirúrgicos o cualesquiera otros necesarios para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria integral en centros hospitalarios, clínicas, ambulatorios y centros médico-sanitarios o sociosanitarios”*, y el *“Desarrollo y comercialización de sistemas de información para la gestión empresarial y profesional”*.

Teniendo en cuenta que, en el caso aquí analizado, como resulta del Antecedente Tercero A, constituye objeto del contrato la puesta a disposición de un local y prestación del servicio de gestión integral logística de un almacén (incluyendo servicio de descarga de los suministros entregados en dicha instalación, de recepción, almacenamiento y seguimiento –trazabilidad– de producto, de tratamiento de peticiones e incidencias, de preparación de peticiones –picking–, de expedición, transporte y entrega de los productos en los puntos determinados, de gestión de devoluciones y recuperación de paletas y contenedores –flujo circular–, y de transporte y recogida de préstamos, cesiones y urgencias), cabe entender que claramente está inserto en el objeto social de la empresa en la parte antes descrita.

Por lo que la recurrente está legitimada conforme al artículo 48 de la LCSP ya citado, al tratarse de una potencial licitadora en la contratación de referencia.



**Quinto.** En cuanto al fondo del recurso, y comenzando por el alegato relativo a la improcedente utilización del procedimiento de urgencia, la doctrina de este Tribunal, ejemplificada en su Resolución nº 794/2019, de 11 de julio, indica: *"La aplicación del procedimiento de urgencia del artículo 119 de la LCSP exige, como ha señalado este Tribunal (Resoluciones 148/2012 y 149/12, ambas de 16 de julio), que exista una necesidad inaplazable –esto es, "la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible– o que la adjudicación deba acelerarse por razones de interés público, siendo necesario que el expediente de contratación contenga la declaración de urgencia acordada por el órgano de contratación, debidamente motivada"*.

Ello resulta acorde con la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo; así, la STS de 27 de febrero de 2008 (cas. 5608/2004) declaró que *"La tramitación urgente de los expedientes de contratación administrativa constituye una facultad de la Administración, de carácter excepcional, para el ejercicio de la cual han de concurrir los requisitos exigidos en el precepto transcrito. De una parte, se trata de una modalidad de contratación utilizable, bien cuando la necesidad del contrato sea inaplazable, o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, por lo que la concurrencia del hecho constitutivo de uno u otro de tales supuestos ha de resultar acreditada. El primero - necesidad inaplazable- comporta el que no se pueda esperar para la celebración del contrato porque exista un límite temporal impuesto por las circunstancias del caso, hecho que se ha de acreditar en el expediente, como es obvio. Y por mismo sucede con el segundo supuesto; han de concurrir las razones de interés público que hagan preciso, que exijan acelerar la adjudicación, que no la ejecución del contenido del contrato.*

Por otro lado, el expediente ha de contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación. En primer lugar, dicha declaración no consiste en una simple formalidad, en que aparezca en el expediente una declaración en tal sentido; en segundo lugar ha de realizarla "el órgano de contratación", ... Pero además - y esto es lo fundamental- la susodicha declaración de urgencia ha de estar "debidamente motivada". Como es sabido, la motivación consiste en la explicación razonada y razonable del contenido del acto de que se trate. No se cumple, pues, con este requisito de los actos administrativos, esencial (en casos como el que nos ocupa) cuando deba ser motivado "en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa " artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992, de 26 de, con una mera frase genérica del estilo de la utilizada en la mencionada resolución, pues la simple



*manifestación del "reconocido interés público" del expediente -carente de explicación alguna, por mínima que fuera- precedida de la expresión "se estima pertinente" -mera opinión, no que resulte acreditado que sea necesario- "dar la mayor celeridad al expediente", cumplen con la función de la motivación de los actos administrativos mucho menos cuando, como el examinado, al ser además un acto discrecional, concurre en el mismo otra circunstancia que exige la motivación (artículo 54.1.f) citado)".*

Y añade que *"... en manera alguna resulta jurídicamente admisible el que la Administración, conocedora de todas las circunstancias de lo que tiene proyectado contratar, retrase la tramitación del expediente de contratación para obviar la utilización del procedimiento ordinario".*

Pues bien, en el caso aquí planteado, la recurrente sostiene que concurre la circunstancia que rechaza la doctrina en el último párrafo citado, pues la Consejería conocía –según asevera– desde hace tiempo cuándo iba a hacerse cargo del servicio objeto de licitación, y disponía de toda la información necesaria para la determinación del presupuesto de licitación y el valor estimado del contrato; esto, en tanto que el conocimiento de las características del Departamento de Salud al que prestará servicio la nueva contratista es reconocido por el órgano de contratación en la Memoria Justificativa, *"el servicio de farmacia ambulatoria (lo cual afecta al grueso de productos sanitarios cuya gestión se pretende a través del contrato licitado) fue excluido del contrato de concesión de servicio público cuya reversión motiva la tramitación del procedimiento de contratación"*; la Administración dispone de un histórico de 15 años de facturación (mensual y anual) del servicio de asistencia sanitaria integral del Departamento de Salud de Torre Vieja; y *"El órgano de contratación señala de forma expresa (y, por tanto, reconoce) que para poder determinar el alcance e intensidad de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio basta con tomar como referencia el número de instalaciones que se encuentran adscritas al Departamento de Salud de Torre Vieja, las especialidades que se desarrollan y los servicios que prestan éstas"* en el apartado 1 del PPT, citado y extractado en nuestro Antecedente Tercero A.

Frente a ello, y como se desprende del Antecedente Segundo, se destaca el carácter transitorio de la solución buscada, y *"la carencia total de información transmitida por la Concesionaria ante los sucesivos requerimientos y su negativa a asistir a reuniones de*



*coordinación de dicha transición”, destacando el informe que: “A la concesionaria se le solicita la información necesaria para iniciar la prestación del servicio asistencial una vez producida la reversión página 21 y siguientes de las normas de reversión” que adjunta. Añade que “Si bien es cierto que está excluida del pliego la prestación ambulatoria de farmacia no es menos cierto que para una correcta prestación del servicio sanitario se requiere prestación farmacéutica hospitalaria, material y productos sanitarios cuyo volumen y estimación de consumos esta administración desconoce, puesto que como se indica en la Cláusula Décima del contrato Régimen de pago: “Los pagos se efectuarán por mensualidades vencidas...”*

Pues bien, entiende este Tribunal que la sucesión entre regímenes prestacionales, sobre todo si no ha sido pacífica, justifica la actuación del órgano competente, al no haber podido conocer con la antelación suficiente todos los datos que podrían ser necesarios para una mejor evaluación de las necesidades a efectos de preparar adecuadamente las licitaciones y al no serle exclusivamente achacable la tardanza en convocar la nueva que es objeto del presente recurso. Mas, a pesar de dichas dificultades, finalmente ante la inminencia de la fecha límite en que debe asumir la gestión, ello conduce a considerar justificada la utilización del procedimiento de urgencia; dado, además, el indudable interés público del servicio sanitario que se cumple con la prestación.

Por lo que cabe concluir que la declaración de urgencia está debidamente motivada y justificada con arreglo a las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, y este motivo de recurso debe ser rechazado.

**Sexto.** En cuanto a que el código CPV no comprendería todas las prestaciones de los servicios licitados, aduce la recurrente que las prestaciones omitidas en la codificación se encuentran vinculadas con el Sistema de Gestión de Almacén y los recursos tecnológicos necesarios para su conector funcionamiento, pues el Sistema de Gestión de Almacén (SGA) ha sido configurado por el órgano de contratación como medio de adscripción obligatoria (apartado L del Anexo I del PCAP) y también como criterio de adjudicación (apartado LI del Anexo I de dicho pliego, respecto de los criterios cuantificables mediante juicio de valor); se trata de una prestación que el propio órgano de contratación califica y considera “fundamental”; y no se trata de un sistema de gestión “al uso”, “en la medida en que, según se indica en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el SGA que oferte el licitador:



*Deberá integrarse con el sistema corporativo ORION LOGIS de la Conselleria de Sanidad...”; además de por otras razones que expone, entre las cuales defiende que: “El SGA que proponga el adjudicatario deberá incluir funcionalidades ajenas e impropias de la calificación del servicio objeto de licitación. Siendo el objeto del servicio el almacenamiento, custodia y entrega de productos sanitarios, resulta improcedente que el SGA deba incluir la siguiente funcionalidad: “reconocimiento de los datamatrix de los productos farmacéuticos y dispondrá de los mecanismos de validación y cancelación de los medicamentos” (recogido en el apartado 6.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas)”. Por lo que entiende, en definitiva, que no es una prestación accesoria, y que debería haberse incluido alguno de los códigos CPV con los tres primeros dígitos “503”; vulnerándose los artículos 2 y 90.1 a) de la LCSP.*

*El órgano de contratación afirma, esencialmente, que “El expediente de contratación no es como erróneamente califica el recurrente de “implantación mantenimiento y gestión de sistemas vinculados a las TIC códigos CPV 503” sino se gestión de almacenes, cuya única especialidad es la integración con el sistema de la conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.*

*Para finalizar, consultados los CPV de TICs, ninguno de ellos se ajusta a la codificación necesaria para la actual licitación”.*

Pues bien, a estos efectos, el artículo 2.4 de la LCSP dispone:

*“4. A los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta Ley, se utilizará el «Vocabulario común de contratos públicos», aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), o normativa comunitaria que le sustituya.”*

Repercutiendo tal determinación, no sólo en la identificación del objeto del contrato, sino en la solvencia, pues el artículo 90.1 a) de dicha norma legal establece:

*“Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios.*

*1. 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 deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

*a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza ...*

*Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.*

*...".*

Pues bien, a este respecto se ha tenido ocasión de advertir en nuestra Resolución 1200/2020, de 6 de noviembre, con cita de la 145/2020, de 30 de enero, que:

*"Respecto de la primera alegación formulada, ha de recordarse que el artículo 23.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece:*

*"Toda referencia a nomenclaturas en el marco de la contratación pública se hará utilizando el 'Vocabulario común de contratos públicos (CPV)' aprobado por el Reglamento (CE) n o 2195/2002"*

*La referida Directiva, si bien contiene algunas aclaraciones sobre la utilización de código CPV en algunos casos concretos, considerandos (28) y (119), no contiene reglas generales para el establecimiento de tales códigos. Tampoco se contienen en el Reglamento (CE) n o 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), ni en el Reglamento (CE) No 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento*



*(CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.*

*Con carácter informativo, la página web <https://simap.ted.europa.eu/es/cpv> contiene las siguientes indicaciones:*

*"¿Cómo rellenar los formularios de anuncios de licitación con el CPV?*

*Los poderes adjudicadores deben tratar de encontrar el código que mejor se ajuste a la adquisición prevista. Si bien en algunas ocasiones los poderes adjudicadores pueden tener que elegir entre diversos códigos, es importante que seleccionen un único código para el título del anuncio de licitación. Si el CPV fuera inexacto, los poderes adjudicadores deberán referirse a la división, grupo, clase o categoría que mejor describa su adquisición prevista (un código más general que puede reconocerse fácilmente porque tiene más ceros)".*

*De acuerdo con ello, es a los poderes adjudicadores a los que corresponde determinar el código CPV, refiriéndose a la división, grupo, clase o categoría que mejor describa su adquisición prevista.*

*La determinación de la corrección de tal indicación quedará sujeta a la posibilidad de revisión por este Tribunal, pero sólo en el caso de que una mención equivocada haya dado lugar a un perjuicio concreto para el recurrente».*

*Si bien en algunas ocasiones los poderes adjudicadores pueden tener que elegir entre diversos códigos, es importante que seleccionen un único código para el título del anuncio de licitación".*

*Como se ha expuesto, la propia página informativa europea señala que "Si bien en algunas ocasiones los poderes adjudicadores pueden tener que elegir entre diversos códigos, es importante que seleccionen un único código para el título del anuncio de licitación"; sin duda, para facilitar la identificación del objeto del contrato.*

*Debe tenderse pues a reflejar la prestación principal, y no las accesorias, por importantes que sean para el desarrollo del contrato; y no cabe duda de que en nuestro caso la prestación principal es la de gestión de almacenes, respecto de la cual la implantación y gestión de servicios informáticos, aunque sea de gran importancia, es instrumental o*

auxiliar respecto de la prestación principal objeto del contrato, como resulta de la exposición hecha en nuestro Antecedente Tercero B y C, en que la implantación y uso del sistema informático que nos ocupa aparece siempre ligada a los procesos de gestión del almacén.

Este carácter instrumental o auxiliar resulta de resulta de la “*DEFINICIÓN CONCRETA DEL OBJETO DEL CONTRATO DE SERVICIOS*” del PCAP y la cl.1 del PPT, que describen los servicios relacionados con el almacenaje sin referencia a servicios informáticos, aclarando que “*Es objeto del contrato la conducción del almacén en todos sus procesos operativos, desde la descarga y recepción, almacenamiento y seguimiento de producto, preparación de peticiones, expedición, transporte y entrega, así como la gestión de devoluciones y recuperación de paletas y elementos contenedores (flujo circular). Así mismo la gestión de las peticiones e incidencias. Al tratarse de un almacén para producto sanitario, deberá garantizarse el mantenimiento absoluto de la trazabilidad de los productos ...*”, resultando lógico que se instrumentalice todo ello, en lo que sea necesario, mediante herramientas informáticas, como puede comprobarse en el apartado 2.1 del PPT, o en el 4, en lo referido a la trazabilidad, la 4.4 –inclusión en plataforma informática de documentación de entrega–, etc., ya transcritos. Por ello, el sistema de gestión de almacenes, que se describe en el apartado 6 del PPT como integrado en el Corporativo de la Consellería, forma parte de los recursos tecnológicos instrumentales del contrato.

Por no decir además que, respecto de la posible aplicación del artículo 90.1.a) de la LCSP, la doctrina de este Tribunal ha destacado el carácter no estrictamente vinculante del CPV que figure en el anuncio y pliegos, debiendo estarse a la descripción material del objeto del contrato que resulte de los pliegos (Resolución 452/2021, de 23 de abril, entre otras); no se colige, pues, perjuicio concreto para el recurrente derivado de la falta de inclusión que denuncia, perjuicio que además no concreta.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, efectivamente y como señala el órgano de contratación, no se halla entre los códigos CPV que comiencen por 503 –mencionados por el recurrente– un servicio similar al aquí suscitado.

Por lo que este motivo de recurso debe igualmente decaer.

**Séptimo.** Por otra parte, se dice que resulta inadecuada la estimación del presupuesto base de licitación realizada por el órgano de contratación, pues ha sido calculado obviando

los costes directos e indirectos vinculados al seguro de responsabilidad civil por importe igual o superior a dos millones de euros que se exige a los licitadores en el PCAP; el seguro de almacén, por el contrario, sí está presupuestado conforme a la memoria y Anexo I del dicho pliego.

El órgano de contratación defiende que: *“por el órgano proponente sí que se tuvo en cuenta dicho importe, aunque no se determinara textualmente en la memoria económica del contrato está incluida en la partida de gastos generales (8%), ya que estas pólizas son para la realización global de la prestación de la empresa, no para la exclusiva prestación del servicio licitado”*.

Pues bien, el artículo 100 de la LCSP *“Presupuesto base de licitación”* dispone:

*“2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

En cuanto al concepto de gastos generales, nuestro Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no es suficientemente preciso en cuanto a si son estructurales o derivados específicamente de la ejecución del contrato: del artículo 131.2 (que si bien referido al contrato de obras, puede servir analógicamente a efectos interpretativos), podría colegirse que los gastos generales se refieren a los estructurales de la empresa; pero la enumeración del 131.1.a) termina con la indicación de que se incluirán los *“demás derivados de las obligaciones del contrato”*.

En todo caso, económicamente responden al concepto del gasto generado por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento; lo que responde al concepto de gastos estructurales antes señalado.



Pues bien, no puede convenirse con que los gastos derivados de un contrato de seguro que ha de suscribirse como efecto de la adjudicación del contrato (según resulta de nuestro Antecedente Tercero D) constituya un gasto general, dado que específicamente se demanda que se suscriba *“para cubrir los riesgos de los bienes afectados al presente servicio, así como cubrir las consecuencias de la actividad desarrollada por los actos de sus empleados así como personas que aunque no tengan relación laboral con la empresa adjudicataria, su actividad haya sido objeto de subcontratación”*; es decir, específicamente a efectos de responder por los riesgos derivados de la ejecución de este contrato, y no de otras actividades de la empresa.

Además, la alegación del órgano de contratación a este respecto (que *“estas pólizas son para la realización global de la prestación de la empresa, no para la exclusiva prestación del servicio licitado”*) es incompatible con nuestra doctrina de que sólo es admisible la exigencia de este seguro si está vinculada al objeto del contrato, esto es, si tiene un ámbito de cobertura que es el propio de su ejecución, sin alcanzar a riesgos distintos cuya cobertura no se puede imponer al contratista. De concurrir tal vinculación (como resulta, por otra parte, del tenor literal del pliego), cabe concluir que no haya de incluirse dentro de los gastos generales, y una correcta determinación del presupuesto debería haber incluido una estimación de sus costes.

Por lo que el recurso, en este punto, debe ser estimado.

**Octavo.** Se postula también, respecto del seguro, que resulta contrario a Derecho que no figurase en el anuncio de licitación.

El órgano de contratación alega que *“no se ha catalogado la tenencia de dicha póliza como condición especial de ejecución”*, sino meramente a efectos de penalidad.

A estos efectos, el artículo 135 de la LCSP prevé: *“4. Los anuncios de licitación de contratos contendrán la información recogida en el anexo III.”*

Y tal Anexo matiza:

*“A) Información que debe figurar en los anuncios de publicación de un anuncio de información previa en un perfil de contratante, de información previa, de licitación, de formalización y de modificación de contratos de obras, suministros y servicios*

..



*Sección 4. Información que debe figurar en los anuncios de licitación cuando no proceda la aplicación de la sección 5 siguiente:*

...

*17. Si procede, condiciones particulares a las que está sometida la ejecución del contrato.*

...”.

El órgano de contratación no califica la obligación de constituir un seguro como condición de especial ejecución. Ello unido al hecho del carácter tasado de estas condiciones (artículo 202 LCSP) y a que no todo incumplimiento es sancionado con penalidad, nos conduce a entender que la que nos ocupa, la cláusula en cuestión, no constituye una condición especial de ejecución y, por tanto, no es necesaria su incorporación al anuncio de licitación.

Por lo que el recurso debe ser estimado en este punto.

**Noveno.** Siguiendo con el seguro antedicho, la recurrente lo considera desproporcionado pues el PPT exige ya un seguro de almacén; supera –sostiene– con creces el presupuesto de licitación; y el contrato es de escasa duración (un año prorrogable por meses hasta 12 más), esencialmente.

El órgano de contratación aduce que: *“es una burda simplificación por parte del recurrente identificar el coste del servicio a prestar con el valor de la prestación que se contrata, entendiéndose por tal el valor de los productos sanitarios y farmacéuticos custodiados en el almacén y la responsabilidad del suministro y trazabilidad de estos”*; recordando los servicios que implica el contrato y que hemos descrito en nuestro Antecedente Tercero A.

A estos efectos, en la Resolución 953/2021, de 30 de julio, de este Tribunal se ha afirmado, con cita de la anterior 911/2019, de 1 de agosto:

*“La necesaria vinculación de las condiciones especiales de ejecución que se establezcan en el pliego con el objeto del contrato se deriva, como pone de manifiesto el recurrente, del artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE y se traspone en el artículo 202.1 LCSP en los siguientes términos:...*

*Esta remisión al artículo 145 de la LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809) se concreta en el apartado 6 de dicho precepto, cuyo tenor literal es el siguiente:*

*"Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material."*

*Pues bien, partiendo del contenido de estos preceptos ha de examinarse si, dado el objeto del contrato cuyos pliegos se impugnan, cabe concluir que la póliza exigida como condición especial de ejecución está o no vinculada con el mismo.*

*Dicho objeto, según resulta de lo establecido en el PCAP y en el PCT es la prestación de determinados servicios de vigilancia, control de acceso de personas, de vehículos en lugar habilitado al efecto, de mercancías y asistencia al personal de la ciudad autónoma.*

*Parece claro que la realización de estos trabajos lleva consigo la generación de un riesgo para persona o bienes y que, se pretende con esta póliza cubrir las responsabilidades en que el adjudicatario pudiera incurrir frente a terceros por la prestación del servicio de vigilancia en la zona. Por ello, resulta razonable exigir al contratista la suscripción de la correspondiente póliza que cubra dicho riesgo.*

*La finalidad que se persigue por la norma es, indudablemente, la de garantizar que los contratistas puedan responder de los daños y perjuicios que puedan causar en la prestación del servicio de vigilancia a terceros y sólo podríamos considerar que no existe vinculación con el objeto del contrato cuando se exige la suscripción de una póliza con un ámbito de cobertura que no es el propio de la ejecución del contrato, alcanzando a riesgos distintos cuya cobertura no se puede imponer al contratista actual algo que consideramos no se produce en el presente caso».*

*En el mismo sentido se pronuncia (después de citar la doctrina de este Tribunal) la Recomendación núm. 59/2019 de 30 junio 2020 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal:*

*«En un supuesto como el que nos atañe, es decir, la exigencia de póliza de seguro de responsabilidad civil como condición especial de ejecución del contrato, no parece que estemos ante una condición de tipo social, medioambiental o de innovación, por lo que no hay dificultad en admitirla como una condición especial de ejecución de tipo económico.*

*Por lo que se refiere a su relación con la ejecución del contrato y a la vinculación con su objeto, es menester poner en relación la prestación contractual que constituye el objeto del contrato con la necesidad de cubrir determinados riesgos y responsabilidades en que el adjudicatario o la entidad contratante pudieran incurrir frente a terceros por la ejecución del mismo. Si tal necesidad existe atendiendo al objeto del contrato, no cabe duda de que este tipo de condiciones especiales de ejecución pueden admitirse. De no ser así, no existiría relación con el objeto del contrato.*

*La resolución 911/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales explica, en esta misma línea, que no existe vinculación con el objeto del contrato cuando se exige como condición especial de ejecución del contrato la suscripción de una póliza con un ámbito de cobertura que no es el propio de tal ejecución, alcanzando a riesgos distintos cuya cobertura no se puede imponer al contratista como sería, por ejemplo, la correcta ejecución del contrato, para lo cual existe la garantía definitiva exigida en la Ley.*

*Por tanto, los órganos de contratación pueden exigir en los pliegos, como condición especial de ejecución, la suscripción de pólizas de seguro con la finalidad de garantizar determinados daños que se puedan sufrir por el órgano de contratación o por terceras personas como consecuencia de la ejecución de un determinado contrato. Tal posibilidad existiría, cumpliéndose con ello el requisito cuestionado, cuando estemos en presencia de contratos que tengan por objeto prestaciones que generen un riesgo de daños en las personas o en los bienes.*

*En cuanto a la proscripción de la discriminación, las condiciones en que se exija la suscripción de la póliza han de ser objeto de análisis caso por caso, pero bien puede decirse que, existiendo vinculación al objeto del contrato, en la medida en que todos los*



*licitadores estén en condiciones de suscribir una póliza de responsabilidad civil adecuada, suficiente y no desproporcionada, no concurrirá la vedada discriminación.*

*Por lo que se refiere a la compatibilidad con el derecho comunitario, ésta habrá de analizarse caso por caso por el órgano de contratación, al igual que ocurre con la posible discriminación, analizando no sólo las condiciones en que la LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809) coincide con la Directiva, sino también las reglas generales de competencia propias de la normativa comunitaria.*

*Finalmente, la exigencia de esta condición especial de ejecución habrá de hacerse constar en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento rector de la licitación de forma clara, precisa e incondicionada.*

*Cumplidas estas condiciones, no existe obstáculo legal a la exigencia de un seguro de responsabilidad civil como condición especial de ejecución del contrato».*

*Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, se hace necesario estimar el recurso en este motivo.*

*En efecto, si bien la exigencia de un seguro de esta naturaleza puede considerarse vinculado al objeto del presente contrato, lo cierto es que la cuantía en que resulta exigido es ciertamente desproporcionada, sin que por parte del órgano de contratación se haya justificado en forma alguna por qué se ha fijado ese importe (por ejemplo, indicando el número de siniestros en el anterior período de contratación) y no otro, más allá de hacer referencia a los posibles daños que pudieran causarse (que como hemos dicho justifica la inclusión del seguro pero no en tal cuantía).*

*Esta desproporción puede resultar ciertamente discriminatoria en relación con licitadores a los que, pudiendo cumplir con las condiciones de solvencia y capacidad exigidas, les pudiera resultar ciertamente oneroso la contratación de un seguro con una prima de esta cuantía (que por otro lado las grandes empresas podrían aportar fácilmente), sin que en este sentido se haya acreditado tampoco por el órgano de contratación, más allá de una mera mención, que efectivamente tal coste se tuvo en cuenta en los costes indirectos.*

*En definitiva, procede la estimación de este motivo en el sentido de que, si bien sí se considera justificada la inclusión de un seguro de responsabilidad civil, la cuantía resulta*

*injustificada y desproporcionada, pudiendo ser discriminatorio y conculcar el principio de libre concurrencia”.*

Como en el supuesto allí tratado, sí cabe entender en este vinculada esta exigencia al objeto del contrato (cuestión que el recurrente no discute) pero, como en aquel caso, no hay motivación suficiente de la cuantía exigida: el órgano de contratación no ha justificado en forma alguna por qué se ha fijado ese importe (por ejemplo, indicando el número de siniestros en el anterior período de contratación) y no otro, más allá de hacer referencia a los posibles daños que pudieran causarse (que como hemos dicho justifica la inclusión del seguro pero no en tal cuantía). Dicha justificación no se encuentra en la memoria (ver nuestro Antecedente Segundo), como debería, ni siquiera en el alegato contenido en el informe presentado en esta sede.

Por lo que el recurso debe ser estimado en este punto, de modo que la cuantía del seguro de responsabilidad civil quede debidamente justificada en el expediente.

-En suma, a propósito del seguro de responsabilidad civil recogido en el apartado “*Observaciones*”, de recogerse tal exigencia en los pliegos, (i) debe hacerse constar expresamente como condición especial de ejecución; (ii) sus costes deben figurar en el presupuesto; (iii) debe hacerse constar tal exigencia en el anuncio de licitación; y (iv) debe motivarse debidamente en el expediente su cuantía.

**Décimo.** Respecto del tratamiento de datos personales, sostiene la recurrente que la ejecución del contrato supondrá el tratamiento de datos por parte del adjudicatario, pues *“la ejecución del contrato requerirá el acceso y tratamiento (i) de los datos personales de las personas que recibirán la mercancía; (ü) de los datos personales de las personas que formulen quejas en relación con el servicio prestado a los efectos de su resolución; (iii) de los datos personales de las personas designadas por la Conselleria de Sanidad para la celebración de las reuniones de seguimiento; (iv) de los datos personales de las personas designadas por la Conselleria de Sanidad para facilitarles acceso a la plataforma del contratista; y (v) a los correos electrónicos de las personas designadas por la Conselleria de Sanidad, para remitir los reporting de seguimiento global y las actas e informes de las reuniones de seguimiento.*

*La calificación de los correos electrónicos como dato de carácter personal es evidente en el caso que nos ocupa y ello porque la fórmula empleada por la Generalitat Valenciana contiene información sobre su titular ...”.*

*Mientras que el órgano de contratación afirma que: “... todo el personal trabajador de la Generalitat Valenciana (en adelante GVA) tiene una dirección de correo electrónico que los identifica como personal al servicio de dicha administración, la fórmula empleada por la GVA para asignar correos electrónicos consta de primer apellido y las tres primeras letras del nombre, en caso de ya existir dicho correo se añaden las tres primeras letras del segundo apellido.*

*Y como se indica en dicho recurso, los correos son públicos de libre acceso, identificándose con ellos a los empleados públicos, por lo que no cabe aplicación de la protección de datos personales a datos que ya son públicos y de fácil acceso.*

*Tanto las direcciones concretas de los centros así como los responsables de estos, cargos, direcciones de correo electrónico y teléfonos corporativos están publicados en la web de la conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, en los portales de los departamentos de salud junto con los organigramas de cada una de las organizaciones y el página web de la GVA en el directorio de búsqueda de personal.*

*Siendo obligatorio en aplicación del artículo 9.3.2 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.*

*“Las organizaciones incluidas en el artículo 2 publicarán:*

- a) La estructura organizativa de cada organización, funciones que desarrolla, sus órganos y centros directivos, sede, dirección y los distintos medios de contacto de aquéllos y la identificación de sus responsables.*
- b) La plantilla orgánica de plazas, la relación de puestos de trabajo o instrumento análogo de planificación de los recursos humanos y retribución económica anual.*
- c) La relación de puestos de trabajo o plazas reservadas a personal eventual, entidad, centro directivo u órgano al que se encuentran adscritos y retribución íntegra anual.*
- d) La oferta anual de empleo público incluyendo sus convocatorias y estado de desarrollo y ejecución”.*

Sentado lo anterior, a estos efectos, el artículo 122 de la LCSP dispone:

*“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en aquellos contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, adicionalmente en el pliego se hará constar:*

- a) La finalidad para la cual se cederán dichos datos.*
- b) La obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 202.*
- c) La obligación de la empresa adjudicataria de presentar antes de la formalización del contrato una declaración en la que ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos.*
- d) La obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca, a lo largo de la vida del contrato, de la información facilitada en la declaración a que se refiere la letra c) anterior.*
- e) La obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.*

*En los pliegos correspondientes a los contratos a que se refiere el párrafo anterior las obligaciones recogidas en las letras a) a e) anteriores en todo caso deberán ser calificadas como esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211”.*

Pues bien, y dado que se plantea esencialmente que los datos potencialmente de carácter personal manejados en la ejecución del contrato serán correos electrónicos, sobre el carácter de datos de carácter personal de estos tiene dicho la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en su informe 0437/2010, con cita de uno previo de 15-11-2005:



*“La primera de las cuestiones a resolver en este caso estriba en determinar si la dirección de correo electrónico es un dato de carácter personal.*

*La dirección de correo electrónico se forma por un conjunto de signos o palabras libremente elegidos generalmente por su titular, con la única limitación de que dicha dirección no coincida con la correspondiente a otra persona. Esta combinación podrá tener significado en sí misma o carecer del mismo, pudiendo incluso, en principio, coincidir con el nombre de otra persona distinta de la del titular.*

*De lo antedicho se desprende que podemos referirnos a dos supuestos esenciales de dirección de correo electrónico, atendiendo al grado de identificación que la misma realiza con el titular de la cuenta de correo:*

*El primero de ellos se refiere a aquellos supuestos en que voluntaria o involuntariamente la dirección de correo electrónico contenga información acerca de su titular, pudiendo esta información referirse tanto a su nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia (aparezcan o no estos en la denominación del dominio utilizado), En este supuesto, a nuestro juicio, no existe duda de que la dirección de correo electrónico identifica, incluso de forma directa al titular de la cuenta, por lo que en todo caso dicha dirección ha de ser considerada como dato de carácter personal. Ejemplos característicos de este supuesto serían aquellos en los que se hace constar como dirección de correo electrónico el nombre y, en su caso, los apellidos del titular (o sus iniciales), correspondiéndose el dominio de primer nivel con el propio del estado en que se lleva a cabo la actividad y el dominio de segundo nivel con la empresa en que se prestan los servicios (pudiendo incluso delimitarse el centro de trabajo en que se realiza la prestación).*

*Un segundo supuesto sería aquel en que, en principio, la dirección de correo electrónico no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta (por referirse, por ejemplo, el código de la cuenta de correo a una denominación abstracta o a una simple combinación alfanumérica sin significado alguno). En este caso, un primer examen de este dato podría hacernos concluir que no nos encontramos ante un dato de carácter personal. Sin embargo, incluso en este supuesto, la dirección de correo electrónico aparecerá necesariamente referenciada a un dominio concreto, de tal forma que podrá procederse a la identificación del titular mediante la consulta del servidor en que se gestione dicho dominio, sin que ello pueda considerarse que lleve aparejado un esfuerzo*

*desproporcionado por parte de quien procede a la identificación. Por todo ello se considera que también en este caso, y en aras de asegurar, en los términos establecidos por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la máxima garantía de los Derechos Fundamentales de las personas, entre los que se encuentra el derecho a la "privacidad", consagrado por el artículo 18.4 de la Constitución, será necesario que la dirección de correo electrónico se encuentre amparada por el régimen establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal.*

*Junto con estos dos supuestos, debe añadirse, evidentemente, que si en un fichero junto con la dirección de correo electrónico aparecieran otros datos que permitieran la identificación del sujeto (tales como su nombre y apellidos, su número de teléfono o su domicilio, conjunta o separadamente), la identificación sería absoluta y no se plantearía duda de que nos encontramos ante datos de carácter personal."*

*A tenor de lo señalado, no cabe duda de que en el caso planteado la dirección de correo electrónico, e-mail profesional, de empresa o corporativo de los trabajadores es un dato de carácter personal".*

Como vemos, incluso en los casos en que se utilice una denominación abstracta, la AEPD considera los correos electrónicos como un dato de carácter personal; tanto más en un caso, como el que nos ocupa, en que se utilizan *"primer apellido y las tres primeras letras del nombre, en caso de ya existir dicho correo se añaden las tres primeras letras del segundo apellido"*, sin que la AEPD haga mención de que constituya obstáculo para esta consideración su pretendido carácter público; que no se desprende, necesariamente y en todo caso, de la Ley de Transparencia citada por el órgano de contratación, que hace referencia a los medios de contacto de los *"órganos o centros directivos"*, no de las personas titulares de los mismos.

Por lo que este motivo debe ser acogido, debiendo el órgano de contratación incluir en los pliegos las obligaciones que respecto del tratamiento de datos de carácter personal exige el artículo 122 de la LCSP.

**Undécimo.** Denuncia seguidamente la parte actora que se vulnera la igualdad y concurrencia, y el artículo 18.2 a) de la Ley de Unidad de Mercado, porque en los criterios de valoración se dice (ver apartado LI del Anexo I, citado en nuestro Antecedente Tercero F) que en el punto 7, *"Local almacén y equipamiento fijo"* (5 puntos) se diga: *"El apartado*



*séptimo, local almacén y equipamiento fijo, ...Se valorará la estructura y cercanía de la empresa licitadora al hospital (sede próxima o gestión por teleasistencia)....". Y que en la cl. 11 del PPT, "LOCAL ALMACÉN Y EQUIPAMIENTO FIJO" se diga: "...Se considera relevante la proximidad de una sede de la empresa al local ofertado de modo que se pueda tener proximidad de supervisión de la gestión más allá de la simple teleasistencia. Por ello se considerará así mismo la estructura y cercanía de alguna sede de la empresa licuadora al Hospital de Torrevieja..."*

A este respecto, en su reciente Resolución 337/2021, de 9 de abril, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar que: "[c]omo es doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre concurrencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial, debiendo considerarse nulas aquellas previsiones de los pliegos que puedan impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial. Por tal motivo, son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.

En este sentido, podemos recordar lo que expusimos al respecto en la Resolución nº 328/2018, de 6 de abril: "«Y en la Resolución 1103/2015, de 30 de noviembre, se indicó lo siguiente: "En la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se indicaba que 'el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público'. En el mismo sentido, la 'Guía sobre contratación pública y competencia' de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato. En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado: 'el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no



*puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público', circunstancias que 'igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración'. Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad”.*

Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234103) considera que, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla.

Precisamente por no encontrarse aquel caso en ninguno de estos supuestos: compromiso de adscripción de medios o condición de ejecución del contrato una vez adjudicado, es por lo que este Tribunal llegó a la conclusión de que la cláusula del pliego analizada no era conforme a Derecho y, por tanto, debía ser anulada.

Pues bien, enmarcando en lo antedicho el clausulado aquí impugnado, no se observa reproche alguno a la consideración de que en el apartado LL del Anexo I, punto 7, del PCAP se diga que “...Se valorará la estructura y cercanía de la empresa licitadora al hospital (sede próxima o gestión por teleasistencia)...”, pues, como defiende el órgano de contratación, otorga la alternativa de la teleasistencia y, en consecuencia, no obliga –ni directa ni indirectamente– a un arraigo territorial.

En cuanto a la mención del apartado 11 del PPT de que “...Se considera relevante la proximidad de una sede de la empresa al local ofertado de modo que se pueda tener proximidad de supervisión de la gestión más allá de la simple teleasistencia. Por ello se

*considerará así mismo la estructura y cercanía de alguna sede de la empresa licuadora al Hospital de Torrevieja..."; su redacción resulta ambigua: no puede considerarse requisito de solvencia ni criterio de adjudicación, al no incluirse entre aquéllos ni éstos; y difícilmente puede considerarse un compromiso de adscripción de medios o una condición de ejecución del contrato exigible sólo al adjudicatario si se utiliza la expresión "se considera relevante..." o "se considera...", en vez de otras que denotan más claramente una obligación.*

*En todo caso, en el Fundamento Quinto de la Resolución 816/2020, de 17 de julio, de este Tribunal se razona lo siguiente "Procede analizar si la adscripción de medios materiales y humanos exigida por la cláusula 17 del PCAP se ajusta a los requisitos de artículo 76.2 y 3 de la LCSP, de acuerdo con la interpretación que viene realizando este Tribunal siguiendo el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En consecuencia, procede revisar si la citada cláusula impone o no una exigencia justificada, proporcionada y que no limite la concurrencia de los posibles licitadores".*

*En el presente supuesto, y como se desprende del Antecedente tercero, letra H: "El adjudicatario tiene la obligación de atender el total de las peticiones recibidas en el mismo día de su recepción (siempre que hubiera existencias disponibles), entendiendo que diariamente recibe las peticiones del hospital (con servicios demandantes a diferentes periodos según sus características, desde diarios a semanales) y que la red de atención primaria se programa con rotación quincenal, recibiendo cada día la parte de peticiones correspondiente a la programación establecida.*

*Respecto a la distribución de los productos, la empresa deberá entregar el 90% de las peticiones recibidas en un plazo de 24 horas (el día siguiente a la recepción de la petición, con corte de demanda a medio día) y el 10% restante de las peticiones atendidas se distribuirán en el plazo máximo de 48 horas (contando desde el corte de planificación de medio día). Se entiende días laborables. No se mantendrán más de dos días naturales sin servicio, atendándose las urgencias justificadas en todo caso.*

*Cualquier incidencia que pueda surgir en la prestación del servicio deberá ser resuelta en el plazo máximo 24 h (donde incluimos como incidencia la necesidad de material de préstamo de los hospitales colindantes)".*

A la vista de que el ejecutante tendrá un mínimo de 24 horas para la distribución y resolución de incidencias e, igualmente, a la vista de que puede implantarse la teleasistencia, no parece justificado en nuestro caso que se otorgue “relevancia” a “la proximidad de una sede de la empresa al local ofertado de modo que se pueda tener proximidad de supervisión de la gestión más allá de la simple teleasistencia” ni a la “cercanía de alguna sede de la empresa licuadora al Hospital de Torrevieja...”. Además de ser rechazable por la ambigüedad en cuanto a la naturaleza de estas exigencias, ya abordada.

Por lo que en este extremo referido al apartado 11 del PPT el recurso también debe ser estimado, debiendo suprimirse los extremos subrayados.

**Duodécimo.** Siguiendo con el arraigo, se denuncia como injustificado y desproporcionado que se exija en los pliegos un *“local ... situado lo más cerca posible del Hospital destino (a un radio inferior a 30 Km)”*, dado que la mayor parte de las peticiones se entregan en 24 horas, y para las incidencias se otorga un plazo de 24 horas (apartado 3 del PPT), siendo que para cumplir estos plazos no es necesaria la cercanía del almacén.

El órgano de contratación destaca que solo se le impone al adjudicatario, y que: *“es evidente la necesidad de atender urgencias y situaciones de respuesta rápida en áreas críticas como quirófanos, reanimaciones, Unidades de Cuidados Intensivos, Urgencias, salas blancas... siendo extremadamente relevante la rapidez en la atención y prestación de la asistencia sanitaria, aquí cabe indicar que todos los hospitales de la red sanitaria pública valenciana, cuentan dentro de sus instalaciones con un almacén.*

*A esto se le añade conseguir minimizar el impacto medio ambiental que supone dicha proximidad ya que el incremento de distancia del almacén al hospital aumenta la huella de carbono, disminuyéndose del mismo modo el tiempo de reacción”.*

Así las cosas, y aplicando la doctrina citada en el Fundamento anterior, en el presente caso debe analizarse en primer lugar en qué concepto se exige el requisito consistente en que la nave esté a unos 30 kilómetros como máximo del hospital, si a modo de requisito exigible a todos los licitadores o de criterio de solvencia o de adjudicación, o si se hace como un compromiso de solvencia adicional o una condición de ejecución exigible solamente al adjudicatario.



En este sentido, del tenor literal del apartado 11 del PPT, y aunque no figure expresamente en el Anexo I del PCAP ni su tenor resulte evidente, entendemos que se exige únicamente a la empresa adjudicataria, pues no hay referencia al almacén en los criterios de solvencia o en los de adjudicación.

Por tanto, y como se ha expuesto en el Fundamento anterior, ha de valorarse en este caso si tal obligación constituye una condición proporcionada o no, atendido el objeto del contrato o bien, por el contrario, si resulta discriminatoria, lo que debe hacerse valorando las circunstancias concretas del caso.

Y como se afirma en la Resolución allí citada: “[a]l respecto, debe señalarse que la valoración necesariamente tiene que ser casuística, sin que puedan aplicarse automáticamente soluciones generales ni tampoco soluciones concretas adoptadas en Resoluciones anteriores de este Tribunal adoptadas para supuestos distintos”.

En el presente caso, cabe recordar de nuevo que –como resulta de nuestro Antecedente tercero, letra H, ya citado– el adjudicatario tiene un plazo mínimo de 24 horas para la distribución y resolución de incidencias; de ahí que el radio de 30 kilómetros no resulte justificado, ya que los pedidos pueden transportarse desde una distancia mucho mayor en ese plazo.

En definitiva, en este caso esta proximidad no está justificada, y el recurso debe ser acogido también en este punto, suprimiendo en los pliegos la referencia a un “*local .. situado lo más cerca posible del Hospital destino (a un radio inferior a 30 Km)*”.

**Decimotercero.** Acordada la anulación de los pliegos de condiciones generales y de especificaciones técnicas, se impone, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP, decretar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la publicación del anuncio de licitación, a fin de que el órgano de contratación acometa una nueva redacción de los mismos que se ajuste a lo aquí decidido (vid. Fundamentos Noveno a Duodécimo, todos ellos *in fine*), y, una vez verificado, lleve a cabo la correspondiente publicación abriendo –en su caso– nuevo plazo para la presentación de ofertas.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación



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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso presentado por D. E.T.G. y D. S.H.F., en representación de B2B SALUD, S.L.U. contra anuncio y pliegos de la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana para contratar el “*servicio de gestión integral logística del almacén Nodrizas del Departamento de Salud de Torre Vieja (expediente núm. 419/2021)*”, con los efectos declarados en el último Fundamento de Derecho de esta Resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.