



Recurso nº 658/2022

Resolución nº 823/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.L.R.G., y por D. M.D.F.V., en representación de UTE SOLUTIA DIGITAL HEALTH, S.L. – PHILIPS IBÉRICA, S.A.U. (UTE SOLUTIAPHILIPS) contra la adjudicación de la licitación convocada por la entidad pública empresarial Red.es para contratar el *“Suministro e implantación de una solución para la extensión del sistema corporativo de imagen médica del sistema sanitario público de Andalucía”*, expediente 073/21-SP, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La entidad pública empresarial Red.es convocó licitación para contratar el *“Suministro e implantación de una solución para la extensión del sistema corporativo de imagen médica del sistema sanitario público de Andalucía”*.

Segundo. En fecha 24 de noviembre de 2021, se constituyó telemáticamente la mesa de contratación para la apertura de la documentación previa de las propuestas remitidas por los licitadores interesados en participar en el expediente de licitación al margen referenciado.

El contrato tiene un valor estimado de 7.460.765,15 €

Tercero. El 1 de diciembre de 2021, tuvo lugar la apertura de las ofertas y la valoración del procedimiento de licitación para la adjudicación del Contrato. Finalizado el referido acto, la mesa de contratación apreció que la oferta presentada por SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. (SIEMENS HEALTHCARE) podía considerarse desproporcionada o con valores



anormales, en aplicación del artículo 149 de la LCSP y del apartado 9.4 de las Condiciones Específicas del PCAP. Se acordó, en consecuencia, requerir a SIEMENS HEALTHCARE para que justificara y desglosara razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios o de los costes contenidos en su oferta.

Cuarto. Tras analizar la documentación presentada por SIEMENS se consideró, que los medios personales propuestos no incumplen los requisitos mínimos establecidos en los pliegos, resultando finalmente adjudicataria.

Quinto. La Secretaría del Tribunal en fecha 30 de mayo de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. La adjudicataria SIEMENS ha presentado alegaciones al recurso, solicitando su desestimación.

Sexto. Por Acuerdo de este Tribunal de 2 de junio de 2022 se declara que prima facie no existen motivos de inadmisibilidad del recurso y, por otro lado, se mantiene la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo.

Este recurso se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto-Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.



Segundo. La resolución recurrida es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con los artículos 44.1 a) y 44.2 c) de la LCSP.

Tercero. La UTE recurrente ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *«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»*.

Cuarto. El artículo 58.a) del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia señala que *«a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre»*.

Por su parte, el artículo 2.2 del mencionado Real Decreto-Ley establece que *«El Título I, el Capítulo III del Título III, y los Capítulos II, III, IV, V y VI del Título IV, así como el artículo 46, se aplicarán a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones que sean financiables con los fondos europeos del Instrumento Europeo de Recuperación, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca»*.

En el apartado 6 de las Condiciones Específicas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el expediente se establece que *«La financiación de este proyecto se realiza con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) 2014-2020, en concreto al Programa Operativo Plurirregional de España (POPE)»*.

Así las cosas, en el caso de que la adjudicación de un contrato financiado con cargo a dichos fondos sea objeto de recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal



Administrativo Central de Recursos Contractuales, el plazo para su interposición no es de 15 días hábiles sino de 10 días naturales.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que el acuerdo de adjudicación impugnado se publicó y notificó el día 4 de mayo de 2022 según consta en el expediente, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación finalizó el día 14 de mayo de 2022. El recurso se interpuso el día 25 de mayo de 2022, siendo, por tanto, extemporáneo.

No obstante lo anterior, a la vista de la documentación obrante en el expediente, el pie de recurso del acto recurrido indica erróneamente que se dispone de un plazo de 15 días hábiles para presentar recurso, por lo que la causa invocada por el órgano de contratación para solicitar su inadmisión no cabe en este caso, entrando este Tribunal, con el fin de no causar indefensión a la parte actora, a analizar el fondo del asunto.

Quinto. En cuanto al fondo, se plantean los siguientes motivos de recurso:

- 1.- Que a la adjudicataria le han concedido en numerosas ocasiones la posibilidad de aclarar y subsanar su oferta.
2. Que la empresa adjudicataria no ha justificado suficientemente su oferta, incurso inicialmente en presunción de anormalidad. Concretamente, i) que no ha justificado el convenio colectivo aplicable, teniendo la sospecha de que pretende ejecutar el contrato desde fuera de España, lo que no sería admisible, dado que los pliegos exigen la presencia física en las instalaciones de prestación del servicio, ii) que para el resto de partidas de coste, distintas al coste de personal, sólo restan unos 500.000 euros, lo que resulta manifiestamente insuficiente para hacer frente a los costes de hardware y software (licenciamiento), para asumir el incremento del IPC de los salarios, previsto en el convenio colectivo de Siemens, y el resto de partidas, considerando que existe “*dumping*” por prestar el servicio a pérdidas, y iii) que la reducción del porcentaje dedicado a gastos generales puede producir una desigualdad en el trato de los licitadores, y la reducción o ausencia de beneficio industrial la existencia de “*dumping*”.
3. La imposibilidad de acceder al expediente, pese a haberlo solicitado dos veces.



Sexto. En relación con la primera cuestión, las numerosas ocasiones en las que el órgano de contratación ha permitido la subsanación de la documentación, la recurrente mezcla diferentes trámites en un *totum revolutum* para tratar de convencer al Tribunal de que esto es así.

Lo que se observa en el expediente es que una vez presentada la documentación para justificar la presunción de anormalidad de su oferta (artículo 149 LCSP), se requirió a Siemens para que aclarara las contradicciones existentes en dos apartados de su justificación, lo que es absolutamente admisible.

Posteriormente, una vez aceptada la justificación de la oferta, en un trámite distinto, el regulado en el artículo 150.2 de la LCSP, previo a la adjudicación, se le requiere la subsanación en relación con los perfiles de “jefe de equipo”.

A partir de la Resolución 747/2018, este Tribunal ha reiterado su criterio de que el trámite relativo a la documentación a presentar por la empresa propuesta como adjudicataria es un trámite susceptible de subsanación, por los motivos que se expusieron en dicha resolución. Por tanto, la subsanación concedida se considera conforme a Derecho.

A continuación, el órgano de contratación se dirige nuevamente a la empresa Siemens para que justifique un extremo relativo a un criterio de adjudicación por el que ha sido puntuada (que los dos jefes de equipo cuentan con certificación activa en gestión de proyecto). Se trata, por tanto, de algo que nada tiene que ver con el anterior requerimiento, y que no se refiere a requisitos de obligado cumplimiento. Dado que lo que se concede no es una segunda oportunidad de subsanar un requisito insuficientemente acreditado tras una primera subsanación, el Tribunal lo considera admisible.

Por tanto, este motivo de recurso debe ser desestimado.

Séptimo. En cuanto a las alegaciones sobre la insuficiente justificación de la oferta de la adjudicataria, incurso inicialmente en presunción de anormalidad, debemos comenzar por decir que la empresa Siemens presentó en plazo la documentación justificativa, y que la misma fue valorada por los servicios técnicos del órgano de contratación, tal y como establece el artículo 149 de la LCSP, en un Informe de fecha 9 de febrero de 2022.



El Tribunal considera que este informe motiva suficientemente las razones por las que el órgano de contratación considera que la oferta de Siemens es viable. En cuanto a los salarios, en la justificación se desglosan los salarios por perfil, y se indica el número de jornadas, manifestando el informe que su importe está por encima de lo previsto en el Convenio colectivo de Siemens, que establece unos salarios superiores a los del Sector.

La empresa recurrente considera que el coste laboral indicado por la adjudicataria (cuya información se le ha omitido por la confidencialidad declarada) debe ser, al menos, de 2.442.615,75 euros, al ser ésta la cifra que refleja la cláusula 6.1 del PCAP y, en consecuencia, que, para el resto de partidas de coste, y para el beneficio, cuenta únicamente con unos 500.000 euros. Pero esto no es así. La cifra declarada por Siemens para la partida de costes laborales es inferior a 2.442.615,75 euros, lo cual es admisible puesto que el PCAP establece que *«para la estimación del presupuesto se han utilizado costes superiores a los del Convenio Colectivo, más adecuados a la realidad del sector»*.

Por tanto, decae la argumentación de la recurrente relativa a que la cifra de 500.000 euros es insuficiente para hacer frente al resto de partidas de coste.

La empresa adjudicataria manifiesta que este contrato tiene un interés estratégico para ella, por lo que su matriz ha reducido el coste del licenciamiento, y la madurez de la estructura de hardware permite el aprovechamiento de economías de escala y que se ahorre en el coste de la inversión, así como el poder de compra de la multinacional a la hora de obtener mejores precios. Por ese motivo de la importancia del contrato, ha reducido también el porcentaje de gastos generales y de beneficio industrial, a unas cifras que el Tribunal considera admisibles.

Por ello, se desestima este motivo de recurso. Se considera ajustado a Derecho que el órgano de contratación haya considerado que Siemens ha justificado suficientemente el bajo precio de su oferta.

Octavo. Finalmente, en cuanto al acceso al expediente, debemos comenzar por relatar los hechos acaecidos.



El día 4 de mayo de 2022, mismo día de notificación del acto impugnado, la UTE recurrente se limitó a pedir cita para la revisión de la oferta de la adjudicataria, a lo que el órgano de contratación contestó inmediatamente que las ofertas a valorar de todos los licitadores se habían publicado íntegramente en la PCSP, dado que no existían criterios de valoración sometidos a juicio de valor.

El día 18 de mayo de 2022 (es decir, 14 días después de recibir esta respuesta), la UTE recurrente vuelve a solicitar el acceso al expediente, que es concedido el día 25 de mayo de 2022 (último día del plazo para interponer el recurso especial), mediante el envío de la documentación solicitada.

Una vez analizada la documentación recibida tras el acceso al expediente, la UTE recurrente amplía su escrito de recurso el día 2 de junio de 2022.

El Tribunal considera que el acceso solicitado al órgano de contratación y a este Tribunal era procedente, por lo que admite el escrito de ampliación del recurso, por economía procedimental. En caso de haber accedido en la sede del Tribunal, habría dispuesto de un plazo de 5 días para completar su recurso, conforme al artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015.

En el escrito de ampliación plantea un nuevo motivo de recurso, consistente en la indebida admisión por el órgano de contratación de la sustitución de los perfiles de los jefes de equipo. Entiende la parte actora que en dicho trámite se ha modificado la oferta por parte de la adjudicataria.

El apartado c) de la página 13 del PCAP establece que lo exigido, en cuanto a medios personales, es un compromiso de adscripción de medios, de conformidad con el artículo 76.2 de la LCSP.

En relación con esta cuestión es preciso tener en cuenta dos cuestiones muy distintas, una de naturaleza material, el contenido y alcance de la obligación de adscripción de medios, y de otra la posibilidad de subsanación de la documentación presentada como consecuencia del requerimiento previsto en el artículo 150.2 LCSP, y en particular en lo



referente a la referida a disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

El artículo 76 de la LCSP señala:

«2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.

3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación».

En cuanto a la acreditación de disponibilidad de medios dispone el artículo 150.2 LCSP que:

«2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer



efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas».

Así las cosas, el artículo 76.2 de la LCSP permite que los órganos de contratación puedan exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello, configurando una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración.

Esta concreción de las condiciones de solvencia no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica, pues la solvencia es un requisito de admisión, de carácter eliminatorio y no valorativo, de modo que quienes no cumplan los requisitos exigidos son excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 76.2 de la LCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, al momento de la acreditación de la capacidad y solvencia, cuya materialización sólo debe exigirse al empresario que resulte primer clasificado en la licitación del contrato. Es en el momento previo al acto de adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los

medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato, como dispone el artículo 150.2 LCSP.

Por no ser obligado disponer de los medios comprometidos hasta el momento previo a la adjudicación del contrato, es decir, para que una vez formalizado aquel pueda iniciarse la ejecución en los términos establecidos en los pliegos y en la oferta aceptada, no puede imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación.

El órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 150.2 LCSP, ha de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP, procediendo en caso contrario a recabar del licitador siguiente, por el orden en que han quedado las oferta, la documentación requerida por dicho precepto.

Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de solvencia, así en fase de solvencia basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 150.2 LCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, pues corresponde al órgano de contratación comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar al órgano de contratación que en el periodo de ejecución del contrato el licitador podrá efectivamente usar los medios de todo tipo invocados.

Sentado lo anterior, nos remitimos a nuestra Resolución de 14 de agosto de 2019 nº 949/2019 en la que se indica que:



«El compromiso de adscribir unos concretos medios personales o materiales debe efectuarse antes de la propuesta de adjudicación, y debe exigirse con la documentación administrativa, incluso cabe exigir enunciarlos antes de dicha propuesta. Ahora bien, ese compromiso lo es para la ejecución del contrato y puede llegar a configurarse como obligación esencial cuyo incumplimiento sea causa de resolución del contrato, pero siempre es un compromiso de medios personales o materiales fungibles, es decir, se cumple con lo adscripción de uno u otro del mismo tipo, requisitos y calidad, siendo sustituibles. Por ejemplo, si se exige el compromiso de adscribir dos ingenieros industriales con una experiencia x en los cinco últimos años, y así se efectúa por el licitador luego propuesto como adjudicatario, nada impide que si uno de dichos ingenieros se incapacita o simplemente incumple su compromiso con aquél, pueda este sustituirlo por otro con la misma o mejor titulación, experiencia y demás requisitos exigidos. Lo mismo cabe decir de la cosa materiales fungibles, cual es un camión de x características.

Pues bien, si en el PCAP se hubiese exigido el compromiso de adscripción y la concreción de las características de los recursos comprometidos sin identificarlos nominativamente, y estos datos fuesen defectuosos, nada hubiera impedido que se requiriese la subsanación. Por el mismo motivo, si el recurso comprometido se hubiese incapacitado, caso de recursos humanos, o se hubiese inutilizado, caso de cosas, no cabría negar la sustitución de uno por otro del mismo tipo y características, sino al contrario, exigirla, ya que se trata de un compromiso de dedicar o adscribir el recurso, lo que se hace con uno o con otro. (...)

(....)

Toda vez que los medios personales a adscribir se definen en los pliegos por sus características profesionales, por lo que son, como dice la Resolución 749/2018, fungibles, cumpliéndose con la adscripción de uno u otro con las mismas características, en este caso la experiencia, siendo por tanto sustituibles -como por lo demás el PPT lo prevé al regular expresamente la sustitución durante la ejecución del contrato-, subsanándose el defecto apreciado precisamente por la sustitución de las personas aportadas como medio, no hay ningún precepto de la LCSP que ampare la tesis sostenida por el órgano de contratación para rechazar tal sustitución, de modo que aquel debió de tener por corregido el defecto y, en consecuencia, preceder a adjudicar el contrato a la recurrente.

En fin, no se entiende el argumento sostenido por el informe del órgano de contratación de que admitir la sustitución de una persona por otra como medio adscrito vulnera los principios de igualdad y no discriminación, pues en el trámite de aportación de documentación y comprobación de la misma previsto en el artículo 150.2 de la LCSP no hay competencia de la que derive concurrencia alguna con los demás licitadores, pues es individual y exclusivo, así como la aplicación de la sustitución de medios como subsanación del defecto no vulnera la posición de los licitadores clasificados sucesivamente, siempre que a ellos en la misma situación, de producirse, se les aplique el mismo criterio, por lo que falta el termino de comparación admisible, que para la apreciación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, exige como uno de sus requisitos la jurisprudencia constitucional».

De acuerdo con la doctrina expuesta, toda vez que los medios personales a adscribir se definen en los pliegos por sus características profesionales, cumpliéndose con la adscripción de uno u otro con las mismas características, en este caso los perfiles profesionales de los jefes de equipo, se considera que los mismos son sustituibles.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.L.R.G., y por D. M.D.F.V., en representación de UTE SOLUTIA DIGITAL HEALTH, S.L. – PHILIPS IBÉRICA, S.A.U. (UTE SOLUTIAPHILIPS) contra la adjudicación de la licitación convocada por la entidad pública empresarial Red.es para contratar el “Suministro e implantación de una solución para la extensión del sistema corporativo de imagen médica del sistema sanitario público de Andalucía”, expediente 073/21-SP.

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 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.