



Recurso nº 933/2023. C. A. del Principado de Asturias 33/2023

Resolución nº 1032/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 28 de julio de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. M.G.P., y D. F.J.P.P., en representación de LOGISTA PHARMA, S.A.U., contra los apartados 23 y 24 del Cuadro-Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la contratación del “*Servicio de Transporte y Almacenamiento de vacunas*”, con expediente número 2023000217, convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA); el Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha ha acordado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 8 de junio de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de “*Servicio de Transporte y Almacenamiento de vacunas*”, con expediente 2023000217, convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA). El contrato tiene un valor estimado de 102.240,00 euros y el procedimiento de licitación seguido es el abierto simplificado.

Segundo. El recurso fue interpuesto ante este Tribunal el 29 de junio de 2023. En la tramitación de este recurso se han seguido las previsiones 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).

Tercero. El 5 de julio de 2023 se dio traslado del recurso a la otra licitadora para la presentación de alegaciones, sin que haya hecho uso de su derecho. El órgano de contratación ha emitido el correspondiente informe oponiéndose a la estimación del recurso.



Cuarto. Solicitada por la empresa recurrente la suspensión del procedimiento de licitación, la Secretaría del Tribunal, por delegación de este, ha dictado resolución de fecha 13 de julio de 2023 por la que se acuerda la denegación de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 LCSP, y con el convenio suscrito el 8 de octubre de 2021 entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Principado de Asturias sobre atribución de competencias en materia de recursos contractuales, convenio publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre de 2021.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. El contrato objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 a) de la LCSP por ser un contrato cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, licitado por un poder adjudicador.

Cuarto. Los pliegos de contratación constituyen objeto idóneo para la interposición de un recurso especial, según dispone el artículo 44.2 a) de la LCSP

Quinto. En lo referido a la legitimación de la recurrente, consta en el expediente que no ha presentado proposición a la licitación (documento 12).

Sobre la legitimación del empresario que no presenta proposición a la licitación hemos dicho que, como regla general, para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe haber presentado proposición, pues solo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés fundante de su legitimación; aunque, sin perjuicio de lo anterior, y excepcionalmente, el Tribunal ha reconocido la legitimación del empresario que, no habiendo concurrido a la licitación, invoca que,



precisamente, son las condiciones discriminatorias de los Pliegos, que combate en su recurso, las que lo han impedido (Resoluciones 890/2021 de 15 de julio o 869/2023 de 29 de junio, entre otras muchas).

Como regla general, el Tribunal ha considerado que los criterios de adjudicación no pueden considerarse elementos que impidan o dificulten a un empresario presentar proposición en condiciones de igualdad (Resoluciones 352/2023 de 16 de marzo, 631/2023 de 18 de mayo u 869/2023 de 29 de junio entre las más recientes). Esta regla general, sin embargo, debe matizarse cuando el recurrente invoca un criterio de adjudicación que entiende discriminatorio y cuyo efecto, en el contexto general de la conformación de los criterios de adjudicación establecidos por el órgano de contratación, hace que le resulte virtualmente imposible hacerse con el contrato. En el caso que nos ocupa el recurrente invoca la existencia de una cláusula de arraigo (disponer de un almacén cercano a la ciudad de Oviedo) que, unido a la valoración del plazo de entrega, le dificulta sustancialmente presentar la mejor oferta, sin que, y esto es lo relevante, la elección de estos criterios de valoración haya sido justificada por el órgano de contratación.

Procede, por lo tanto, reconocerle legitimación para interponer el recurso.

Sexto. El pliego prevé dos previsiones asociadas al objeto de este recurso.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas, cláusula 1, se establece el siguiente calendario y plazos de entrega de los pedidos:

“Pedidos ordinarios: se realizarán entregas de vacunas a los puntos de vacunación mensualmente, en un plazo máximo de 7 días.

Pedidos extraordinarios: el plazo de entrega de estos pedidos a los puntos de vacunación, sería de 72 horas máximo desde la recepción del aviso de envío.

Pedidos excepcionales: podría ser necesario el transporte de vacunas urgente. En esta situación, el transporte deberá efectuarse en las 24 horas desde la recepción del aviso urgente de vacuna”.



Por su parte, según se establece en el apartado 23 del Cuadro-Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, los criterios de adjudicación evaluables de forma automática y la valoración de cada uno de ellos establecen, en sus apartados 2 y 3, lo siguiente:

“2. Reducción del plazo de entrega excepcional previsto en el apartado 12 del cuadro resumen: hasta 20 puntos.

Plazo de entrega excepcional 12 horas, puntuación 5 puntos, 8 horas 10 puntos, 6 horas 15 puntos, 4 horas 20 puntos.

3. Almacén disponible en un radio de kilómetros a contar desde la Plaza del Carbayón nº 1 y 2, Oviedo, hasta 20 puntos

Distancia en kilómetros: Puntuación

< 450 km $\geq$ 300 5 puntos

<300 km $\geq$ 150 10 puntos

<150 km $\geq$ 50 15 puntos

<50 km 20 puntos”.

Séptimo. Según se afirma en el recurso, *“como consecuencia del régimen de valoración establecido, resulta que una empresa interesada en participar en la licitación cuyos almacenes se encuentran a más de 450 km. de distancia de la Plaza del Carbayón de Oviedo, y a más de 4 horas de plazo de entrega –como es el caso de Logista Pharma, cuyos almacenes se encuentran en Leganés (Madrid)– sólo puede conseguir 15 puntos (SIC) como máximo por esta parte, lo que le impide concurrir en condiciones de igualdad en la licitación, sin que por otra parte este requisito de cercanía geográfica tenga justificación o sustento técnico de ningún tipo”.*

Afirma también que *“como puede comprobarse, ninguno de estos plazos justifica la necesidad de disponer de un almacén a menos de 50 km. de la Plaza del Carbayón de*



Oviedo, puesto que desde cualquier lugar de la geografía peninsular española podrían atenderse los pedidos indicados, en los plazos establecidos. (...)

Octavo. Por su parte, el órgano de contratación afirma que “*el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) no exige que el almacén esté situado en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, ni siquiera se refiere a la ubicación del almacén. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) no exige el cumplimiento del requisito de cercanía geográfica, puntúa la proximidad del almacén y la reducción de los plazos de entrega para pedidos excepcionales (valorando cada uno de estos criterios con un máximo con un máximo de 20 puntos). Al no ser una exigencia el arraigo territorial de las empresas, no supone limitación alguna a los principios de concurrencia y a la libertad de acceso que rigen la contratación pública*”.

Se afirma también que “*sobre el ámbito de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación en la definición del contrato, se pronunció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 688/2015, manifestando que: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad*”.

Finalmente, el órgano de contratación afirma que los criterios de valoración son “*conformes a Derecho, porque entre las necesidades a satisfacer por el presente contrato se halla el transporte de vacuna urgente (con plazos de entrega excepcionales), y los criterios de adjudicación discutidos suponen ventajas en el transporte y almacenamiento de estas vacunas, vinculadas al objeto de contrato, razonables y proporcionadas (teniendo en cuenta la discrecionalidad técnica de la que goza el Órgano de Contratación para definir, entre otros aspectos, los criterios de adjudicación para la elección de la oferta económicamente más ventajosa). No se considera, en definitiva, que los criterios de adjudicación recurridos se hayan establecido con la finalidad de limitar la concurrencia, sino por las ventajas que dichas características aportan a la prestación objeto del contrato*”.



Noveno. El recurrente impugna dos de los criterios de adjudicación recogidos en el apartado 23 del cuadro resumen: el criterio de adjudicación consistente en la reducción del plazo de entrega excepcional previsto en el apartado 12 del cuadro resumen, y el punto 3 referido *“almacén disponible en un radio de kilómetros a contar desde la Plaza del Carbayón nº 1 y 2, Oviedo”*.

Se trata de dos criterios íntimamente vinculados, aunque de distinta naturaleza, lo que exige un enjuiciamiento diferenciado.

Décimo. El primero de los criterios impugnados, como hemos dicho, valora la reducción del plazo de entrega de los pedidos excepcionales.

Sobre los requisitos que deben reunir los criterios de adjudicación nos hemos pronunciado, entre otras, en la Resolución 1658/2022 de 29 de diciembre, en la que dijimos:

“Es doctrina consolidada de este Tribunal la de entender que la elección de los criterios de adjudicación es una cuestión sometida a la discrecionalidad del órgano de contratación, debiendo en el ejercicio de dicha potestad respetar los requisitos del artículo 145 LCSP, entre los que cabe destacar la necesidad de su vinculación al objeto del contrato, su formulación de forma objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”.

Adicionalmente, el artículo 116.4 de la LCSP exige que los criterios de adjudicación se justifiquen en el expediente.

En el caso que nos ocupa, la inclusión de los dos criterios recurridos se justifica en la memoria señalando que *“se consideran estos criterios con el fin de disponer de las mejoras ofertas en cuanto a calidad y seguridad en un servicio crítico para la prestación de una actividad asistencial clave”*.

No requiere una especial reflexión concluir que el texto transcrito dista de constituir la justificación que exige la LCSP. Si, como hemos referido en los antecedentes, el punto 12

del cuadro resumen establece para los pedidos excepcionales que puedan ser transportados en menos de 24 horas, corresponde al órgano de contratación justificar como la reducción de ese plazo mejora la calidad-precio del servicio. Justificación que puede ciertamente ser sucinta, pero que en este caso falta por completo.

Por lo tanto, procede estimar el recurso en lo referido al criterio de adjudicación analizado.

Undécimo. El segundo de los criterios censurados por el recurrente, que valora la cercanía a la ciudad de Oviedo del almacén de vacunas de los licitadores, requiere que expongamos nuestra doctrina sobre las denominadas “cláusulas de arraigo”. Según dijimos en la Resolución 910/2023 de 6 de julio:

“Sobre las cláusulas de arraigo territorial este Tribunal se ha pronunciado en repetidas ocasiones y las ha declarado ilegales siempre que se hayan impuesto como condiciones de solvencia técnica o como criterios de adjudicación. En otras ocasiones, previa su justificación en el expediente, las hemos admitido como compromiso (para los licitadores) de adscripción de medios, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad, no resulte contrario al principio de proporcionalidad y la acreditación de la posesión del medio material sólo se exija al que se haya propuesto como adjudicatario (resolución 301/2020, de 27 de febrero de 2020, resolución nº 1888/2021, de 22 de diciembre de 2020 y resolución 895/2022, de 14 de julio de 2022, entre otras muchas)”.

A la luz de la doctrina expuesta debe estimarse el recurso en este punto. Como se desprende de la Resolución trascrita, la exigencia de que el adjudicatario disponga de instalaciones en una determinada ubicación puede resultar conveniente, o incluso necesaria para la adecuada ejecución del contrato. Pero no se advierte ventaja alguna en que esta disponibilidad se incluya como un criterio de adjudicación y no como una exigencia de adscripción de medios al adjudicatario del contrato; por el contrario, en este caso se produce una evidente vulneración del principio de igualdad de trato con respecto a aquellos licitadores que, no disponiendo de las instalaciones, ni pudiendo disponer de ellas en el periodo de licitación (en tanto ello le supondría contraer obligaciones más o menos



onerosas y que, de no resultar adjudicatario, devendrían inútiles), podrían acceder a ellas una vez les fuera adjudicado el contrato.

Por lo expuesto, procede estimar el motivo y, con él, el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. M.G.P., y D. F.J.P.P., en representación de LOGISTA PHARMA, S.A.U., contra los apartados 23 y 24 del Cuadro-Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la contratación del *“Servicio de Transporte y Almacenamiento de vacunas”*, con expediente número 2023000217, convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), y anular los criterios de adjudicación *“Reducción del plazo de entrega excepcional previsto en el apartado 12 del cuadro resumen”* y *“Almacén disponible en un radio de kilómetros a contar desde la Plaza del Carbayón nº 1 y 2, Oviedo”*, así como, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 57.2 *in fine* de la LCSP, la Resolución de la Directora Económico Financiera y de Infraestructuras de 6 de junio de 2023, por la que se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, se autoriza un gasto, se aprueba el expediente de contratación y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación del servicio de transporte y almacenamiento de vacunas del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Segundo. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa, de acuerdo con lo previsto 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 del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar



desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES