



Recurso nº 189/2021

Resolución nº 817/2021

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

En Madrid, a 1 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.C.G., en representación de B. BRAUN SURGICAL, S.A., contra los pliegos de la licitación del contrato de *“Suministro de material sanitario, de naturaleza fungible, destinado a las diversas delegaciones de Unión de Mutuas, MCSS nº 267”*, con expediente n.º 1/2021, convocada por la Dirección de Gerencia Unión de MUTUAS M.C.S.S. nº 267, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, la Dirección de Gerencia Unión de MUTUAS M.C.S.S. nº 267, se convocó mediante anuncio publicado el 29 de enero de 2021 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación y los pliegos para la adjudicación, por procedimiento abierto, del contrato de *“Suministro de material sanitario, de naturaleza fungible, destinado a las diversas delegaciones de Unión de Mutuas, MCSS nº 267”* con un valor estimado de 861.910,9 euros.

Segundo. Contra los pliegos rectores del procedimiento, el representante de BRAUN SURGICAL S.A. interpone en fecha 17 de febrero de 2021 el presente recurso especial en materia de contratación, solicitando se declare la revisión de los mismos de acuerdo con los argumentos y motivos alegados.

Tercero. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 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), se solicitó del órgano de



contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 22 de febrero de 2021.

Cuarto. Con fecha 25 de febrero de 2021, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al resto de interesados para que, en el plazo de cinco días, y si lo estimaban oportuno, presentasen aquellas alegaciones que considerasen oportunas, no habiendo hecho uso de su derecho.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación de este dictó resolución de fecha 12 de febrero de 2021, acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCPS, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El marco jurídico aplicable viene determinado por la LCSP, así como por el 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 (en adelante, RPERMC)

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para el conocimiento y resolución del presente recurso especial en materia de contratación, en el que se recurren los Pliegos que rigen el procedimiento, por un poder adjudicador, como es, Unión de MUTUAS M.C.S.S. nº 267 en su condición de Mutua colaboradora con la Seguridad Social, de conformidad con lo establecido en los artículos 44.1 y 45.1, en relación con el artículo 3.3.c), de la LCSP.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Cuarto. Se recurre contra los Pliegos que rigen el contrato, acto que puede ser objeto de recurso especial, conforme al art 44.2 a) de la LCSP.



Quinto. La entidad recurrente está legitimada activamente para la interposición del recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, habiendo presentado oferta en el procedimiento (lote III).

Alega el órgano de contratación que el recurso debe ser inadmitido en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.1.b) LCSP, sin entrar a resolver el fondo del asunto, por haber presentado oferta en el procedimiento la recurrente 6 días antes de interponer el recurso.

Esto es efectivamente así con carácter general, pero el artículo citado establece una excepción a la inadmisión: que se trate de un supuesto de nulidad de pleno derecho.

El Tribunal admite a trámite el recurso para analizar si la infracción denunciada es tal, y si supone un vicio de nulidad de pleno derecho.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, la empresa recurrente fundamenta su recurso en un único motivo, la impugnación del criterio cuantificable mediante fórmulas automáticas previsto en la cláusula 22. d) “*Centro logístico*” del PCAP, como criterio de arraigo territorial discriminatorio, desvinculado del objeto del contrato, con vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, argumentando que: “(...) *Queremos remarcar que el pliego también exige unos plazos de entrega como criterio automático, si los licitadores pueden cumplir con el requisito exigido de entregar en el plazo requerido queda demostrado que es indiferente la distancia donde se encuentren las instalaciones logísticas del licitador, lo que lleva a evidencia que es un criterio no necesario. A parte, la gestión logística moderna permite cubrir cualquier necesidad de suministro en los plazos exigidos y sin necesidad de emplazamiento físico a unas determinadas distancias. (...)*”

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, sostiene la conformidad a derecho de los pliegos rectores del procedimiento, fundamentando la justificación del criterio impugnado en los siguientes términos:

“Las necesidades de UNIÓN DE MUTUAS objeto de licitación presentan unas singularidades destacables, en este sentido, que merece considerarse por el Tribunal al que se dirige:



1. *UNIÓN DE MUTUAS* cuenta con su sede central en la localidad de Castelló de la Plana, donde dispone de un Hospital, en propiedad, para llevar a cabo su labor asistencial sobre un importante volumen de población protegida.

2. En este sentido, su objeto social es la prestación de asistencia sanitaria a los trabajadores por cuenta ajena asociados y a los trabajadores autónomos adheridos a la misma, y por tanto el suministro ágil y efectivo de material fungible sanitario y de quirófano es una necesidad esencial y fundamental cuya satisfacción contribuye a llevar a cabo de forma eficaz la colaboración con el sistema público de salud de la Seguridad Social, racionalizando los recursos y velando por el interés público. Dada la especialización territorial de *UNIÓN DE MUTUAS* en la provincia de Castellón, entendemos razonable valorar no el arraigo sino la distancia a salvar desde el almacén hasta el principal punto donde se ha de producir el suministro.

3. Los pliegos recurridos han sido redactados en un contexto de situación pandémica global por COVID'19 que previsiblemente se va a prolongar en el tiempo generando incremento en necesidades sanitarias de carácter extraordinario que ya han forzado a este Órgano de Contratación a resolver la ponderación entre la necesidad de acceso a suministro sanitario de interés público y la posible merma de derechos de los partícipes en la licitación a favor de la primera. Ni siquiera la aplicación de penalización al licitador que no cumpla supliría la entrega en plazo del suministro sanitario esencial, con el consecuente perjuicio sanitario de interés general.

4. La potestad de definir libremente la necesidad a contratar la ostenta únicamente el Órgano de Contratación, como así disponen los artículos 28 y 99 de la LCSP y, en el mismo sentido, la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Cabe recordar que la definición del criterio de adjudicación que interesa anular B. BRAUN SURGICAL S.A., cual es contar con un centro logístico cercano al Instituto de Traumatología de *UNIÓN DE MUTUAS* (ITUM), en modo alguno, produce menoscabo a los posibles participantes en la licitación teniendo en cuenta, la no exigencia en los pliegos de la titularidad/propiedad del centro de almacenaje, ni por supuesto el



emplazamiento en el mismo del domicilio social ni del centro de actividades, dejando abiertas a criterio de los licitadores la utilización de otras fórmulas jurídicas tales como: arrendamiento, cesión, compartición, constitución de UTE, utilización de local de soporte logístico de compañías de mensajería...etc, así como, cualquier otra alternativa admitida en derecho, para presentarse a la misma.

(...)

La coherencia entre la vinculación del objeto de contrato y la determinación del criterio de adjudicación recurrido, que niega B.BRAUN SURGICAL S.A., viene confirmada por el incremento de necesidades asistenciales puntuales y/o extraordinarias (como una simple rotura de stock) o la dilación indebida en la entrega de ciertos suministros fungibles sanitarios en una coyuntura pandémica de restricciones generales que supone un gran perjuicio al interés público y que a entender de éste Órgano De Contratación podría suplirse con “disponer de instalaciones de almacenaje” próximas, que permitan depositar el material a suministrar con antelación (Stock) y servirse de forma más ágil y rápida al hospital de UNIÓN DE MUTUAS.

Al margen de lo ya expuesto, indicar que la situación COVID'19 ha sido objeto de numeroso desarrollo normativo, estatal y comunitario, y ha conllevado escasez de suministros, restricciones de acceso en fronteras, retenciones de medios de transporte con material sanitario, imposibilidad de libre circulación de mercancías y demoras importantes en suministros, ya de por sí, escasos; siendo estas circunstancias determinantes para valorar y establecer por éste órgano la necesidad de contar con un depósito de acceso ágil a material fungible sanitario para atender las necesidades hospitalarias objeto de contrato.(...)”

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, entramos a valorar el fondo del asunto y, para ello comenzamos transcribiendo lo dispuesto en la cláusula 22. d) del PCAP:

“D. Centro logístico (máximo 15 puntos)



Se valorará que la entidad suministradora disponga de instalaciones de almacenaje, debidamente acondicionadas para el depósito de los suministros destinados a Unión de Mutuas, en el momento de la presentación de la oferta.

Se asignará la máxima puntuación a aquella oferta que aporte instalaciones situadas a menor distancia del Instituto de Traumatología, siendo este el centro hospitalario de referencia de Unión de Mutuas. (...)

En concreto:

- Un máximo de 15 puntos cuando *“Las instalaciones del licitador se encuentran a una distancia menor de 60 km del ITUM”*.
- Un máximo de 5 puntos cuando *“Las instalaciones del licitador se encuentran a una distancia entre 60 y 120 km del ITUM”*.
- Un máximo de 2 puntos cuando *“Las instalaciones del licitador se encuentran a una distancia entre 120 y 300 km del ITUM”*.
- 0 puntos cuando *“Las instalaciones del licitador se encuentran a una distancia mayor a 300 km del ITUM”*.

En relación con la admisibilidad o no de los criterios relacionados con el arraigo territorial traemos a colación la doctrina sentada por este Tribunal, pudiendo citar por todas la Resolución de 6 de abril de 2018:

«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 otras ocasiones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). 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. En este sentido, en la ya citada Resolución 101/2013 el Tribunal declaró lo siguiente: ‘De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso, clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la oportunidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser, en este caso, la «Delegación de Zona». En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta del principio de proporcionalidad, esto es, relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Se trata, además, de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa’. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que la exigencia de tener



abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, 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 de tenerla. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 dispuso que, ‘la exigencia de «Delegaciones de Zona», de resultar exigible, por cumplir con los principios de la contratación pública, sería admisible –bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas «Delegaciones». Por lo tanto, hay que observar cómo se establece en el pliego para conocer si es ajustado a derecho o no como señala el recurrente (...)’».

De acuerdo con la doctrina expuesta, deben 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 los mismos términos, la JCCPE concluye en su informe 9/2009 que: “*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*”.

En el supuesto examinado, el criterio impugnado se exige a todos los licitadores como criterio de adjudicación y no como compromiso de adscripción o condición de ejecución exigible solamente al adjudicatario, por tanto, hemos de entender que la exigencia de



arraigo territorial en el criterio de valoración impugnado vulnera los principios de igualdad, no discriminación y conculca la libre competencia.

La atribución de más o menos puntos a los licitadores en función de la ubicación del centro logístico en la fecha de presentación de ofertas, provoca una situación de desigualdad, contraria a los principios de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad.

La cláusula impugnada se considera nula de pleno derecho, por infracción del artículo 39.1 de la LCSP, en relación con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, por lo que el recurso es admisible, y se estima.

Por todo lo anterior, procede la estimación del 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 interpuesto por D. C.C.G., en representación de B. BRAUN SURGICAL, S.A., contra los pliegos de la licitación del contrato de *“Suministro de material sanitario, de naturaleza fungible, destinado a las diversas delegaciones de Unión de Mutuas, MCSS nº 267”*, con expediente n.º 1/2021, convocada por la Dirección de Gerencia Unión de MUTUAS M.C.S.S. nº 267, anular el criterio de adjudicación de la cláusula 22.d) del PCAP, relativo al Centro logístico, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.



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