

Recurso nº 24/2018**Resolución nº 23/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 11 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.R.C.C. actuando en nombre y representación de OXIMESA S.L. contra las resoluciones de adjudicación de los lotes 3, 6 y 7 del contrato del servicio de “prestación de técnicas de terapia respiratoria a domicilio” del Servicio Gallego de Salud expediente AB-SER4-17-002, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Servicio Gallego de Salud se convocó la licitación del contrato prestación de técnicas de terapia respiratoria a domicilio, con un valor estimado declarado de 88.226.185,88 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 15.07.2017, en el BOE del 24.07.2017 y en el DOGA del 2.08.2017. Posteriormente, se amplió el plazo de presentación de oferta mediante anuncios en el DOUE del 2.08.2017, en el DOGA del 3.08.2017 y en el BOE del 8.08.2017.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- En fechas 2 y 8 de mayo la Gerencia del Servicio Gallego de Salud acuerda la adjudicación de los lotes 3, 6 y 7 a la entidad ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE S.L., publicándose a dicha resolución en el perfil del contratante y notificándose al resto de licitadores.

Cuarto.- En fecha 24.05.2018 OXIMESA S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución de adjudicación, a través de la sede electrónica.

Quinto.- Con fecha 24.05.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 1.06.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 1.6.2018, recibándose las alegaciones de las empresas STEVE TEIJIN HEALTHCARE S.L. Y OXIGEN SALUD S.A.

Séptimo.- El 4.06.2018 se acordó mantener la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente no sólo ostenta la condición de licitador, sino que de acuerdo con la resolución de adjudicación quedó en segundo lugar en los procedimientos de valoración de los distintos lotes, lo que determina de forma indiscutible su legitimación.

Cuarto.- Las resoluciones impugnadas fueron publicadas y notificadas al recurrente los días 2 y 9 de mayo, por lo que el recurso presentado el día 24 de mayo fue interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles.

Quinto.- El valor estimado de la licitación asciende a 88.226.185,88 euros por lo que la actuación impugnada es susceptible de este recurso especial al amparo del dispuesto en el art. 44.1.a) y 44.2 c) LCSP.

Sexto.- El recurrente alega en primer lugar que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida del procedimiento por incumplimiento de las exigencias previstas en los pliegos y en la normativa sectorial de aplicación.

Además, alega diversos vicios en el procedimiento de valoración de las ofertas, haciendo referencia a incongruencias existentes en la oferta de la adjudicataria, indicando que se utilizaron criterios no previstos, que se produjeron errores de valoración e incluso falta de motivación de las puntuaciones. Igualmente indica que se puntuaron conforme a criterios no automáticos aspectos que debían ser objeto de un cálculo matemático.

Séptimo.- El órgano de contratación en su informe se opone a los motivos del recurso. Señala respeto a la posible exclusión de la oferta de la adjudicataria que el órgano de contratación en su valoración debe someterse a la información solicitada por los licitadores. Y en cuanto al resto de motivos del recurso, reitera lo recogido en los informes realizados por los equipos técnicos que valoraron las distintas ofertas, sin pronunciarse específicamente respecto a los defectos alegados en el recurso.

Octavo.- La empresa STEVE TEIJIN HEALTHCARE S.L, adjudicataria en los lotes impugnados, alega en su escrito que su oferta cumple con lo previsto en el PPT, específicamente respecto al compromiso de ubicación de instalaciones de disposición y almacenamiento y a la normativa sectorial de aplicación.

Indica además que no existen en su oferta las incongruencias alegadas en el recurso y, finalmente, hace referencia a la imposibilidad de impugnar el contenido de los pliegos en este momento procedimental y que los informes de valoración de las distintas ofertas son correctos y sujetos al principio de discrecionalidad técnica.

La empresa OXIGEN SALUD S.A. se limita en sus alegaciones a oponerse al motivo de exclusión alegado en el recurso respecto a las instalaciones necesarias para ejecutar el contrato, indicando la conformidad de presentación de un mero compromiso. Se remite igualmente a su recurso presentado contra esta adjudicación y en el que solicita la exclusión de la adjudicataria y de la actual recurrente.

Noveno.- Procederemos a analizar, en primer lugar, las alegaciones del recurrente respecto a las posibles irregularidades en el proceso de valoración de

ofertas, ya que, de admitirse este motivo de recurso, esto determinaría la invalidez de la licitación y, por lo tanto, la exclusión del adjudicatario solicitada devendría imposible.

El objeto de la contratación es la prestación del servicio de técnicas de terapia respiratoria, dividido en siete lotes en función de distintas áreas geográficas, siendo iguales las prestaciones objeto del contrato y, por lo tanto, iguales los criterios de adjudicación fijados en los pliegos y equivalentes las ofertas de cada uno de los licitadores en los lotes en los que participó, sin que nadie aportara al Tribunal algo diferente. De estos lotes, sólo las ofertas presentadas en los tres impugnados fueron objeto de valoración, ya que en el resto se presentó un único licitador por lote.

Respeto al sistema de valoración, el PCAP señala que la Mesa de contratación podrá solicitar cuantos informes técnicos considere necesarios para la valoración de la documentación. De la vista del expediente, resulta que se solicitaron informes a diversos equipos técnicos, procediéndose por cada uno de ellos únicamente y de manera separada a la valoración del lote de la licitación que le fue asignado.

El PCAP en la cláusula 6.5 recoge los criterios de adjudicación de la licitación, señalando que le corresponderán 50 puntos a los siguientes criterios no automáticos:

Localización y distribución de recursos : 7 puntos

Equipos propuestos para la atención al paciente: 8 puntos

Protocolos de averías: 7 puntos

Plan de retirada, relevo, mantenimiento y entrega de los equipos: 7 puntos

Plan de contingencias preventivo y correctivo: 7 puntos

Programas educativos para el paciente y su entorno: 7 puntos

Plan de distribución de recursos humanos: 7 puntos

En cuanto a la forma de valoración, el PCAP señala que:

Para los ítems o subcriterios especificados sólo se tendrán en cuenta las mejoras ofertadas sobre los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas. Previa comprobación de los requisitos anteriores, y en función de las ofertas presentadas, calificarán las ofertas en cada lote y criterio y se puntuarán del siguiente modo:

-Sin mejoras: 0% de la puntuación máxima.

-Aceptable: 25% de la puntuación máxima de cada apartado.

-Buena: 50% de la puntuación máxima de cada apartado.

-Muy buena: 75% de la puntuación máxima de cada apartado.

-Excelente: 100% de la puntuación máxima de cada apartado

En primer lugar, y como también es señalado por la adjudicataria en sus alegaciones, es preciso hacer referencia a la consolidada doctrina de los Tribunales administrativos y de la jurisprudencia, ya argumentada por este Tribunal en varias de sus resoluciones (por todas, la Resolución TACGal 7/2018) respecto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, que disfruta de una presunción de acierto y validez en sus criterios técnicos, y sobre las posibilidades de revisión que le corresponden a este Tribunal, referidas a la comprobación de la debida motivación de los actos, de que no existan defectos formales, que no se utilicen criterios no previstos o arbitrarios y que no existen errores materiales en la valoración.

Establecido este marco genérico, conviene determinar si en este supuesto nos encontramos o no en ese ámbito discrecional que le corresponde en exclusiva al órgano de contratación.

Para esto, y englobando las distintas alegaciones efectuadas por el recurrente, analizaremos diversos aspectos de los informes técnicos que fundamentaron las puntuaciones de la mesa de contratación.

En primer lugar, nos referiremos a la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en los pliegos de la licitación.

A este respecto, conviene señalar que es clara la doctrina y la jurisprudencia europea que impide la introducción de nuevos criterios de adjudicación no previstos en los pliegos de cláusulas administrativas.

Así, la sentencia de 24 de noviembre de 2005 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros, señala que:

“El Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

– no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;

– no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;

– no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”

Además, la sentencia del TJUE, de 24 de enero de 2008, en el asunto C-532/06, concluye que:

“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación”

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) aclaró en su Resolución 389/2014 lo expresado en ambas sentencias, indicando que:

“los supuestos de hecho examinados en las dos sentencias citadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son parecidos pero no totalmente coincidentes; así, en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (asunto Alexandroupulis), el anuncio de licitación contenía únicamente los criterios de adjudicación, procediendo la Mesa a determinar tanto los coeficientes de ponderación de esos criterios como los subcriterios de valoración, todo ello con posterioridad a la presentación de las ofertas. En la sentencia de 24 de noviembre de 2005 (asunto ATI EAC), tanto los criterios de adjudicación como sus coeficientes de ponderación y los subcriterios de aquéllos estaban previamente fijados en el pliego de condiciones, estableciendo la Mesa a posteriori sólo los coeficientes de ponderación de los subcriterios. Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que en la sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis) el Tribunal de Justicia adopte una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de valoración y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación. En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de Contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada subcriterio, esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos.”

El recurrente alega que en el apartado D) se utilizaron para la puntuación criterios no fijados en el PCAP, en perjuicio de otros que sí se preveían a tal efecto. No se recoge en el informe del órgano de contratación explicación al respecto. La adjudicataria, en sus alegaciones, señala que dichos criterios aparecen recogidos en el PPT.

De la lectura de los informes técnicos resulta que se tuvieron en cuenta para la valoración de ese apartado dos subcriterios que no aparecían inicialmente en el PCAP como susceptibles de puntuación. Este Tribunal observa que, de hecho, se recogían en el PPT como requisitos de tiempos mínimos a cumplir en la ejecución del contrato, pero no como aspectos objeto de valoración. Nada impedía al órgano de contratación añadirlos como subcriterios a tener en cuenta para la puntuación de las ofertas en el momento que elaboró el PCAP, pero si no lo hizo inicialmente, no se pueden incorporar a posteriori en el momento de la valoración pues incumple la jurisprudencia antes señalada del TJUE, ya que no se están incorporando meros coeficientes de ponderación de los subcriterios existentes, sino unos nuevos subcriterios no conocidos por los licitadores en el momento del planteamiento de su oferta, lo que vulnera los principios de igualdad y transparencia en la licitación.

Pero es que en este caso, hay que tener en cuenta que, como acabamos de expresar, se decidió ubicarlos en el PPT dentro del apartado denominado “condiciones generales en la prestación del servicio”, por lo tanto, únicamente como condiciones de ejecución del contrato, y no como criterios de adjudicación dentro de los previstos en el PCAP, por lo que esa decisión del órgano no se puede modificar por los redactores del informe de valoración para que opere ahora como tal criterio de adjudicación, pues entonces supone un incumplimiento del previsto en los pliegos rectores de la licitación.

Décimo.- El recurrente alega además diversos defectos relativos a la motivación de la puntuación otorgada a las distintas ofertas.

A este respecto, se encuentran en el texto de los informes de valoración diversos defectos e incongruencias a la hora de valorar las distintas ofertas. A estos efectos, recordamos que el objeto de la contratación, la prestación del servicio de técnicas de terapia respiratoria, se dividió en siete lotes en función de distintas áreas geográficas, siendo las prestaciones objeto del contrato las mismas en todos los lotes y, por lo tanto, iguales los criterios de adjudicación fijados en los pliegos y equivalentes las ofertas de cada uno de los licitadores en los lotes en los que participó.

Así, en los informes de los lotes 6 y 7 y en relación con el apartado B), el grupo de valoración se expresa simplemente conforme con las ofertas de los licitadores respecto a dos de los tres subcriterios que el pliego exige como objeto de valoración, sin mayor análisis al respecto, limitándose la puntuación otorgada únicamente a tener en cuenta el tercer ítem previsto en el pliego, referido a la antigüedad de los equipos ofertados. Unido a esto, respecto de ese concreto ítem de valoración, observamos como, por un lado, se puntuaba una de las ofertas cuando según los propios informes no consta referencia expresa a la antigüedad de los equipos y, por otro, resulta imposible

determinar de la lectura de los informes los motivos de las distintas puntuaciones otorgadas.

Igualmente, en esos mismos lotes y en lo referente al apartado C), en el que segundo el PCAP se deben valorar las mejoras referidas a los tiempos de reparación, se otorga la misma puntuación a dos empresas, cuando una de ellas, según la literalidad de los informes, utiliza una expresión genérica respecto a la atención de las averías no urgentes -sin indicar el tiempo de respuesta-, por lo que, también aquí, no se puede conocer el criterio sucesivo para su puntuación ni el fundamento de la misma. Y en el informe del lote 7 se otorga la misma puntuación a empresas que ofertan tiempos de respuesta diferentes.

Hay que tener en cuenta que los criterios y subcriterios fijados en el PCAP que deben ser objeto de puntuación son claros y en el propio pliego se recoge que sólo se tendrán en cuenta las mejoras ofertadas sobre los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas. Este es el marco en el que los licitadores formularon sus ofertas y a ese marco se debe sujetar la valoración de las mismas.

Igualmente, en algunos apartados la justificación de la puntuación se limita a reiterar los criterios de valoración previstos en el PCAP, o utiliza expresiones genéricas sin que se pueda conocer que aspectos concretos de las distintas ofertas presentadas son los determinantes para las puntuaciones otorgadas. Así sucede en el informe del lote 3 en los apartados B) y F).

A este respecto y como recoge la resolución 16/2018 del Tribunal de recursos contractuales de Andalucía

“Como tiene reconocido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000), la motivación no tiene que ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, pero sí ha de ser racional y de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento del fundamento del acto, lo que no acontece en el supuesto examinado pues unas breves frases predeterminadas y genéricas no permiten comparar la calificación de las distintas ofertas y por ende, apreciar que se ha respetado en la valoración los principios de igualdad y no discriminación. En el mismo sentido, se pronuncia, la Resolución 409/2017, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales..”

Existen también incongruencias relevantes respecto a la propia interpretación de las ofertas entre los diversos informes. Así, en el apartado B) ya citado, el informe del

lote 3 entiende que la oferta de la recurrente comprende equipos totalmente nuevos, y, en cambio, los informes de los lotes 6 y 7 señalan que la oferta no especifica la antigüedad, si bien la misma será mínima. Esto determina que la puntuación de las diversas ofertas presentadas en este apartado en los distintos lotes sea sustancialmente diferente, sin que se pueda apreciar el motivo.

Como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 35/2012:

“la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”

Además, en el apartado G) los informes de los lotes 6 y 7 establecen un criterio de interpretación del PPT que determina su posterior valoración, interpretación totalmente diferente a la seguida en el lote 3.

A este respecto, conviene destacar que la Mesa de contratación es el órgano responsable de la valoración de las ofertas, tal y como recoge el artículo 22.1 e) del Real Decreto 817/2009, y que en este supuesto no nos encontramos en lo previsto en el art. 150.2 TRLCSP, ya que los criterios dependientes de un juicio de valor no superan en puntuación a los automáticos, por lo que no era preceptiva la constitución de un comité de expertos. Por esto, los informes técnicos sirven de apoyo y fundamento a la Mesa de contratación para sus decisiones. En este sentido, y como tales informes técnicos, están sujetos a una discrecionalidad técnica en la concreta puntuación otorgada a las distintas ofertas, pero esto no puede amparar la utilización de criterios no coherentes en el proceso de valoración. Así, nos encontramos en la licitación con que la Mesa al asumir el contenido de los diversos informes, acepta dos criterios distintos de interpretación de los pliegos en el concreto apartado G), lo que impide a los licitadores conocer el fundamento último de la puntuación otorgada.

Sobre todo lo aquí expuesto y los concretos defectos alegados por el recurrente, el órgano de contratación en su informe no efectúa ninguna aclaración, ni rebate el argumentado en el recurso, limitándose a reproducir sucintamente lo indicado en los informes técnicos, lo que no favorece la defensa de su posición.

Todo lo hasta aquí expuesto, en su conjunto, tanto las deficiencias de motivación como la utilización de criterios no previstos y la incongruencia existente en la interpretación de las ofertas y de los propios pliegos determina que este TACGal entienda que en el procedimiento de valoración se produjeron defectos de la suficiente relevancia para determinar que no pueden estar amparados por la discrecionalidad técnica que le corresponde al órgano de contratación, al haberse vulnerado los principios de igualdad y transparencia y al carecer el acuerdo de adjudicación de la debida motivación que corresponde a toda resolución administrativa.

En consecuencia, se debe proceder ya a la anulación del acuerdo de adjudicación. Igualmente y dado que se realizó la apertura de la oferta económica, no se puede efectuar una nueva evaluación de los criterios sometidos a juicio de valor según dispone el art. 150.2 TRLCSP, y por respeto a los citados principios de igualdad y libre concurrencia, procede la anulación de todo el procedimiento de licitación, sin necesidad de proceder a otros ulteriores análisis de lo recogido en el recurso.

Como señala el TACRC en su resolución 143/2017:

“Intentar remediar ahora, con conocimiento de la oferta económica y aun del adjudicatario elegido, un déficit de motivación que afecta a toda la evaluación técnica es imposible, además de abocar con casi toda probabilidad a un nuevo recurso especial frente al nuevo acuerdo de adjudicación, ya debidamente motivado, que se dictara.

Las circunstancias anteriores determinan que la valoración de las ofertas técnicas y el propio acto de adjudicación sean contrarios a Derecho, lo que, una vez hecho público el contenido de las ofertas económicas, impide la retroacción de las actuaciones y determina la procedencia de anular el procedimiento de contratación”

Undécimo.- Por último, y si bien carece de relevancia en cuanto a las conclusiones de esta resolución, conviene hacer una breve referencia al motivo de exclusión de las ofertas alegado en el escrito del recurso, en lo tocante a la presentación de un mero compromiso de ubicación de instalaciones y su trascendencia respecto a la presentación de las ofertas, dadas las alegaciones presentadas por el resto de los licitadores y ante la posibilidad de interposición de un futuro recurso ante una nueva licitación en base la ese aspecto de los pliegos.

Esta posibilidad de presentación de un compromiso es consecuencia de una aclaración publicada por el órgano de contratación con posterioridad al inicio del plazo de presentación de ofertas, ya que no aparecía recogida en el texto inicial del PCAP.

En primer lugar, hay que precisar que es doctrina consolidada de los Tribunales administrativos la posibilidad del órgano de contratación de proceder a modificar, más allá de la corrección de meros errores materiales, el contenido de los pliegos en una fase inicial de la licitación, como es el período de presentación de ofertas, siempre que se respeten los derechos de los terceros interesados, por lo que se deberá proceder a la debida publicación de la modificación producida, con el establecimiento de un nuevo período de presentación de ofertas (por todas, la Resolución TACRC 245/2016).

También es reiterada la doctrina de los Tribunales administrativos, de las Juntas consultivas y de la jurisprudencia al respeto de las cláusulas de arraigo territorial. El informe 9/2009 de la Junta Consultiva del Estado ya recoge que el origen, el 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.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C234/03), señaló que la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, por mucho que se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada, pero no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla.

También el TACRC en numerosas resoluciones fijó con claridad el criterio de que este tipo de cláusulas no se pueden emplear ni como condición de aptitud para contratar ni como criterio de adjudicación (por ejemplo, en las resoluciones 29/2011, 514/2013, 999/2016, 426/2017), resultando admisibles como compromiso de adscripción de medios materiales, siempre con el debido respeto al principio de proporcionalidad y de vinculación al objeto del contrato. Así, el artículo 64.2 del TRLCSP y el actual 76.2 LCSP prevé el compromiso de los licitadores relativo a que, en el caso de resultar adjudicatario, procederán a adscribir a la ejecución del contrato los medios suficientes para esto, configurándose por lo tanto como obligación referida a la ejecución del contrato, de modo que de no cumplirse, su efecto no es la exclusión de la licitación, sino la de imposibilitar la formalización del contrato si no se acredita su puesta a disposición con anterioridad, o bien en el período de ejecución la resolución del contrato o la imposición de penalidades según procediera.

Este Tribunal debe recordar que se trata, en todo caso, de una cuestión que debe referirse a una análisis del supuesto en concreto. Así lo recoge Resolución 216/2015 del Tribunal administrativo de contratación pública de Madrid (TACPM):

“Sin embargo a priori no puede afirmarse con carácter general que la exigencia de tener un establecimiento físico en determinada ubicación constituya una restricción a la libre competencia, sino que, como hemos dicho, habrá que examinarla al caso concreto. El ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina en el mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato”.

En todo caso, como señala la resolución 1/2017 del mismo TACPM:

“corresponde al órgano de contratación definir sus necesidades y los medios para satisfacerlas en los términos del artículo 22 del TRLCSP, por supuesto con los límites del respeto de los principios generales de la contratación del sector público recogidos en el artículo 1 del TRLCSP. Asimismo, el órgano de contratación debe velar para que los pactos, cláusulas y condiciones que se establezcan no resulten contrarios al ordenamiento jurídico -artículo 25 del TRLCSP- y particularmente, en relación a la definición de las prestaciones del contrato, el órgano de contratación se ha de ajustar a los criterios que para el PPT prevén los artículos 116 y 117 del TRLCSP. De manera que según el apartado 2 del último artículo citado “las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”.

Por lo tanto, y siendo decisión del órgano de contratación la configuración del contrato y de los pliegos que rigen la licitación, donde debe cuidar su ajuste a la normativa y fuentes que la interpretan, respecto del caso y alegaciones presentadas, baste con expresar que no cabría admitir, como solicita la recurrente, la exclusión del adjudicatario por no, disponer, en el momento de la presentación de su oferta, de los medios materiales señalados en el PCAP.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por OXIMESA S.L. contra las resoluciones de adjudicación de los lotes 3, 6 y 7 del contrato del servicio de “prestación de técnicas de terapia respiratoria a domicilio” del Servicio Gallego de Salud expediente AB-SER4-17-002, acordando la anulación del procedimiento de licitación de los referidos lotes.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso perante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.