

Expte.

DI-255/2011-12

**EXCMO. SR. CONSEJERO DE SANIDAD,
BIENESTAR SOCIAL Y FAMILIA
Via Universitat, 36
50071 ZARAGOZA
ZARAGOZA**

ASUNTO: Sugerencia relativa a la necesidad del máximo rigor en la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas por los que ha de regirse un procedimiento de contratación en garantía de la seguridad jurídica.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 9 de febrero de 2011 tuvo entrada en esta Institución una queja en que se hacía alusión a que el Banco de Sangre y Tejidos, Entidad de Derecho Público Aragonesa había convocado la licitación por el procedimiento abierto del servicio de extracciones en hemodonaciones externas.

Según el relato del interesado, adjudicado provisionalmente el contrato, se inició la formación del personal que habría de desarrollar las funciones correspondientes. Sin embargo, posteriormente, se comunicó a dicho personal que el Banco de Sangre y Tejidos "*había decidido dejar sin efecto (anular o desistir) el citado concurso*", según constaba literalmente en el escrito recibido. Ello había causado un perjuicio a los trabajadores contratados, algunos de los cuales habían renunciado a sus anteriores empleos para comenzar la ejecución de este nuevo contrato.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, efectuando la oportuna asignación del expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 16 de febrero de 2011 un escrito a la entonces Consejera de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón y al Banco de Sangre y Tejidos recabando información acerca de los motivos y procedimiento por el que se acordó la revocación o desistimiento citados, así como si efectivamente había comenzado la formación del personal con anterioridad a la adjudicación definitiva del contrato y en caso afirmativo bajo qué régimen jurídico.

TERCERO.- La respuesta de la Entidad Banco de Sangre y Tejidos se recibió el 18 de marzo, y en ella hacía constar, textualmente, lo siguiente:

“1º.-Respecto al desistimiento del procedimiento de adjudicación al que se refieren en su escrito:

El contrato de "Servicio de extracciones en hemodonaciones externas para la Entidad Pública del Banco de Sangre y Tejidos", (EPABST en adelante), num. Expediente 5/CA/2011, fue aprobado por Resolución del Director Gerente de fecha 20 de octubre de 2010, con presupuesto de licitación de 625.000 euros. y un plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2011 con posibilidad de prórroga hasta el 31 de diciembre de 2012.

La licitación de este contrato de servicios se convocó por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación mediante la inserción de anuncios en el DOUE (fecha de envío 21 de octubre de 2010), BOA núm. 232, de 26 de noviembre de 2010, BOE de 15 de noviembre de 2010 y perfil de contratante del Gobierno de Aragón en fecha 22 de octubre de 2010.

Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, se presentaron a esta licitación dos empresas: A, Y B.

Tras la valoración de las ofertas efectuada por la Mesa de Contratación, se remitió en fecha 20 de diciembre de 2010, escrito a la empresa B por el cual se le comunicaba que había resultado adjudicatario “provisional” del contrato en cuestión y se le requería para que presentara en el plazo de siete días hábiles el resguardo de haber depositado la garantía definitiva del presente contrato; así como, el pago de los gastos de los anuncios de licitación. Igualmente en esa fecha (20 de diciembre de 2010) se remitió escrito a la empresa A, en el que se le comunicaba que no ha resultado adjudicatario del citado concurso. indicándole que contra el acto de adjudicación cabría interponer recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP en adelante).

Al advertirse en el pliego de cláusulas administrativas deficiencias no subsanables en escrito de fecha 29 de diciembre de 2010 se le notificó a la sociedad B que se dejaba sin efecto el escrito de fecha 20 de diciembre de 2010 por el que se le comunicaba la adjudicación de este contrato al contener errores materiales.

Por Resolución de 3 de enero de 2011 del Director Gerente de la EPABST se desistió del procedimiento de adjudicación del contrato de constante referencia, debido a la existencia de deficiencias no subsanables en el pliego de cláusulas administrativas particulares que regía en este contrato, notificándose dicha Resolución a los dos licitadores en fecha 4 de enero de 2011 e informando a la Comisión Europea en fecha 12 de enero de 2011, de conformidad con las previsiones del artículo 139.1 LCSP. El desistimiento es una potestad que el artículo 139 LCSP confiere al órgano de contratación y es una facultad discrecional que tiene éste con las únicas limitaciones de que debe de motivarse tal decisión y que debe producirse con anterioridad a que se haya adjudicado el contrato, circunstancias ambas que se dan en este caso toda vez que en la Resolución en cuestión se motiva adecuadamente la decisión y se dicta anteriormente a que se haya adjudicado el contrato.

Ante la imposibilidad legal de poder empezar el día 3 de enero de 2011 a prestar el servicio objeto del contrato por parte de ninguno de los licitadores, por no

haberse realizado la adjudicación del mismo, se solicitó por parte de la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos a C que realizara el servicio con fecha de inicio 3 de enero y finalización el día 15 de enero de 2011 mediante un contrato menor, contratándose con C exclusivamente para este periodo. La Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos desconoce cuáles son las informaciones proporcionadas a los trabajadores por parte de C.

En el punto tercero de la Resolución de 3 de enero de 2011 del Director Gerente de la EPASBT establece que de acuerdo al punto 4 del artículo 139 LCSP, se iniciará un nuevo procedimiento de contratación para realizar las extracciones en hemodonaciones externas para la Entidad Pública del Banco de Sangre y Tejidos en el que se subsanarán las deficiencias detectadas en la anterior licitación.

2°.-Respecto a la formación proporcionada a algunos profesionales en las técnicas empleadas para la atención a donantes, debo efectuar las siguientes consideraciones:

La ley de las Cortes de Aragón 3/2005 de creación de la Entidad Pública aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos" contempla entre sus objetivos "participar en programas de formación de personal sanitario referentes a las actividades de la Entidad". Las actividades formativas promovidas por la Entidad, tanto para los trabajadores propios como para profesionales ajenos a la misma, son numerosas y variadas.

Para el correcto desempeño de la labor de extracción de sangre y atención a donantes en colectas externas se hace necesario conocer los procedimientos utilizados por el Banco de Sangre de Aragón para efectuar las extracciones, conocer el material a utilizar (que es proporcionado por el BSTA), saber aplicar correctamente las normas actualizadas de selección y aceptación de donantes y conocer el procedimiento de registro de donaciones e identificación de donantes previsto en la aplicación informática utilizada, además de otros procedimientos de menor importancia.

Esta formación tanto práctica como teórica sólo puede ser proporcionada por el personal del BSTA. ya que es el único Centro de Transfusión de Aragón y. por tanto, el único que efectúa atención a donantes. Además. corresponde al BSTA la selección, de entre los existentes, de aquellos procedimientos técnicos que se consideren ventajosos para ser empleados en la atención a donantes.

Esta formación debe, necesariamente, ser proporcionada por el BSTA para cualquier empresa externa que vaya a efectuar las colectas periféricas de sangre, ya que ningún otro centro sanitario desarrolla este tipo de actividades en Aragón.

En su día el personal de la empresa A, que ha venido prestando este servicio hasta la fecha, recibió la formación arriba comentada, además de sucesivas actualizaciones posteriores, motivadas por las modificaciones en algún o algunos procedimientos, así como para la corrección de las deficiencias puntuales detectadas en la atención proporcionada a los donantes.

A la empresa que obtuvo la mayor puntuación provisional en el concurso de comentado se le solicitó un listado de los profesionales que debían ser formados en las técnicas anteriormente enumeradas, que incluyen las singularidades específicamente utilizadas por el BSTA para la atención a donantes. Dado que corresponde impartir esta formación al facultativo responsable del área de

Extracciones, éste elaboró e impartió un breve programa de formación para dichos trabajadores.

Estas actuaciones se llevaron a cabo con la mayor celeridad, con el fin de que los profesionales que recibieran dicha formación pudieran asumir la atención a los donantes en las colectas externas con la menor dilación posible. Dichas actuaciones formativas se interrumpieron al adoptarse la resolución de desistimiento.”

CUARTO.- La respuesta recibida, que se ha transcrito, no aclaraba cuáles eran los defectos subsanables de que adolecía el pliego y que justificaron el desistimiento, de modo que con fecha 6 de abril de 2011, se solicitó al Banco de Sangre y Tejidos ampliación de la información suministrada en este extremo.

QUINTO.- El día 13 de mayo de 2011 se recibió en esta Institución el consiguiente escrito del Banco de Sangre y Tejidos en el que podía leerse lo siguiente:

“Primero: El artículo 139 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, permite al órgano de contratación renunciar a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación.

Segundo: El punto 2 del artículo 139 establece que la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento solo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación.

Tercero: El punto 4 del artículo 139 establece que el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

Basándose en este último punto se detectan en el pliego de cláusulas administrativas que rige el expediente 5-CA-2011 de contratación del servicio de extracciones en Hemodonaciones Externas para la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos las siguientes deficiencias no subsanables de la preparación y regulación del procedimiento:

- Apartado 2.1.4: no se especifica el importe máximo de los gastos de publicidad derivados de la licitación del concurso.

- Apartado 2.2.1: no se justifica la exigencia de garantía provisional.

- Apartado 2.2.7: se solapan los criterios de solvencia técnica con los criterios de valoración. Existe una indefinición de los criterios de selección que debe ampliar la Mesa de Contratación a la hora de valorar la solvencia técnica de los licitadores.

- Apartado 2.2.9: *La composición de la Mesa de Contratación prevista en el anexo XII debe ser nominativa, no deben figurar los cargos solamente, aunque de ellos se desprenda su personalidad. No procede la designación de un organismo técnico especializado que realice la valoración de las ofertas sujetas a evaluación previa.*

- Apartado 2.6.8: *Las penalidades que figuran en el pliego de prescripciones técnicas deberían figurar en el anexo X.*

- Anexo II: *En el punto a de la solvencia técnica se lee "valoración de los suministros", cuando debería leerse "valoración de los servicios".*

SEXTO.- La información recabada hasta este punto no dilucidaba si el personal que estaba recibiendo desde finales de diciembre de 2010 la formación orientada a asumir la atención a los donantes en las colectas externas, lo estaba haciendo como trabajador de la empresa B en tanto en cuanto ésta había resultado adjudicataria provisional del contrato que nos ocupa. Resultaba igualmente necesario dilucidar si dichos empleados fueron informados, el 3 de enero de 2011, del desistimiento del contrato por el Banco de Sangre y Tejidos de Aragón y de que las funciones que realizarían a partir de entonces se enmarcaban en un contrato menor de 15 días de duración.

Se solicitó, en consecuencia, información sobre los extremos expresados, así como las previsiones para una nueva licitación pública del contrato del que se desistió.

SÉPTIMO.- La Entidad de Derecho Público licitadora respondió mediante escrito que tuvo entrada el 14 de junio de 2011, indicando lo siguiente:

“Primero: El Banco de Sangre consideró necesario formar al personal de las empresas que habían acudido al concurso con el fin de no perder calidad en la prestación del servicio, una de las empresas A. estaba prestando el servicio de extracciones en ese momento, pero la otra empresa B al no presentar experiencia en dicho servicio, se proporcionó formación a su personal.

Segundo: En ningún momento se produjo adjudicación provisional del contrato que nos ocupa.

Tercero: La Entidad Pública Aragonesa (en adelante EPA) del Banco de Sangre y Tejidos comunicó la resolución de desistimiento a las empresas licitadoras el día 4 de Enero del presente. Entendemos que la información a los trabajadores respecto a sus expectativas laborales corresponde a las respectivas empresas. La E.P.A. del Banco de Sangre y Tejidos no ha establecido ningún vínculo laboral ni de otro tipo con ningún trabajador de las empresas licitadoras.

La empresa que prestó el servicio de las extracciones de sangre en colectas externas entre los días 3 y 15 de Enero fue C por razones de interés público y con el fin de no dejar sin servicio de extracciones de sangre con el consiguiente riesgo de desabastecimiento de sangre a los Hospitales de la Comunidad Autónoma.

Cuarto: En el momento actual la empresa que presta el Servicio en las

extracciones de sangre en colectas externas es la empresa A en régimen de prórroga por interés público.”

OCTAVO.- En vista de la respuesta ofrecida por el Banco de Sangre y Tejidos de Aragón, y del relato contenido en la queja, en que se afirmaba que los trabajadores afectados no habrían sido informados del cambio de situación jurídica hasta que, el 13 de enero, se les habría comunicado que sus servicios concluían el siguiente día 15, como si hubiese sido esta del 13 de enero la fecha del desistimiento por parte de la Administración, se hacía necesario recabar el punto de vista de C en cuanto adjudicataria del contrato menor a que se ha hecho referencia, y por ende empleadora entre los días 3 y 15 de enero de 2011.

C respondió el 7 de julio mediante comunicación de su Presidente expresando lo siguiente:

“En fecha 20 de diciembre de 2010 fue comunicado a la empresa B, la adjudicación del concurso abierto 5/CA/2011 para el servicio de hemodonaciones externas con destino al Banco de Sangre y Tejidos de Aragón (BSTA). En esa misma fecha se inicia el contacto para la formación en el propio BSTA y por parte de personal del BSTA de los médicos, enfermeras y conductores necesarios para la realización de dicha actividad.

En fecha 29 de diciembre de 2010 se comunica a la empresa B la anulación del comunicado de adjudicación por contener "errores materiales". Ese mismo día el Director de Gestión y SS.GG. del BSTA, indica a la mencionada empresa que se trata únicamente de un retraso en la adjudicación por problemas burocráticos con la resolución de adjudicación y que por tanto hasta el día 15 de enero de 2011 no podría comenzar a realizar las tareas adjudicadas proponiendo como solución de consenso que durante ese periodo desde el 3-1-2011 hasta el 15-1-2011 los trabajos fuesen desempeñados por C con el personal que iba a ser contratado por la empresa B, puesto que a partir del día 15 serían ellos los que desempeñarían el trabajo.

En fecha 13 de enero de 2011 se notifica a la empresa B, el desistimiento del procedimiento de adjudicación por parte de la administración y se acuerda prorrogar el contrato hasta el 30 de Junio de 2011 a la empresa A, empresa que había desarrollado dicha actividad los años precedentes y que en ningún momento resultó adjudicataria del concurso abierto 5/CA/2011.

A los trabajadores se les informó cuando firmaron el contrato que se trataba de algo provisional hasta el día 15 de enero fecha en la que pasarían a ser contratados por B, y una vez se supo del desistimiento por parte del BSTA se les informó que en fecha 15 no se podría formalizar el nuevo contrato en tanto el BSTA no solucionase los problemas existentes con la adjudicación del contrato”

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Del relato de los hechos y de las manifestaciones vertidas por las personas y entidades relacionadas con el suceso que nos ocupa se desprende

un cierto desacuerdo en cuanto a las concretas fechas de las notificaciones.

No obstante lo anterior, sí puede afirmarse que en diciembre de 2010 se notificó una “adjudicación provisional” a B según el informe del Banco de Sangre y Tejidos, fecha en la que dicha figura había sido derogada pues ya estaba vigente la reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30-10-2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13-7-1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

El expediente de contratación había sido aprobado el 20 de octubre de 2010, luego en vigencia de la reforma de cuya aplicación no cabe duda.

Segunda.- El Banco de Sangre y Tejidos de Aragón notificó a continuación que “dejaba sin efecto” el anterior escrito por “contener errores formales”, dado que había apreciado deficiencias no subsanables en el pliego de cláusulas administrativas que hasta entonces le habían pasado desapercibidas.

Asimismo afirma a esta Institución, en escrito de junio de 2011, que “en ningún momento se produjo adjudicación provisional del contrato que nos ocupa”, si bien no especifica qué valor concede entonces a la notificación de 20 de diciembre y ello a pesar de que también a la otra licitadora se le notificó en la misma fecha que no había resultado adjudicataria.

Sin embargo, sí se llevó a cabo la formación del personal que iba a desempeñar las funciones mediante su contratación por B, y fue ese mismo personal el que prestó servicios a través de C, a la que se adjudicó el contrato menor para los días 3 a 15 de enero de 2011.

Además, tanto C como los presentadores de la queja coinciden en que verbalmente desde el Banco de Sangre y Tejidos se hablaba únicamente de problemas burocráticos y de la confianza en una adjudicación a B.

Tercera.- En definitiva la actuación de la Entidad de Derecho Público fue poco rigurosa, tanto en el examen inicial de los pliegos, momento en el que debieron detectarse los errores existentes, como en las notificaciones a los interesados, empleándose en la notificación de 20 de diciembre el término “adjudicación provisional” de manera incorrecta y realizando unas actuaciones que pudieron inducir a error a los trabajadores, algunos de los cuales abandonaron empleos anteriores todo ello en quiebra de la exigible seguridad jurídica que la Constitución española garantiza en su artículo 9.3.

Cuarta.- El artículo 1 de la Ley 3/2005, de 12 de mayo, de creación de la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos prescribe que quedará adscrita al Departamento responsable en materia de salud.

De acuerdo con el artículo 70 del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la

Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, tanto la resolución de los recursos de alzada frente a los actos emanados de las Entidades de Derecho Público, como la revisión de oficio de los actos nulos, la declaración de lesividad de los anulables y la revocación de los desfavorables y de los de gravamen se realizarán por Orden del titular del Departamento al que estén adscritos.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia la siguiente SUGERENCIA:

Que en garantía de la seguridad jurídica constitucionalmente reconocida promueva la adopción en el Banco de Sangre y Tejidos de las medidas procedentes para que en futuras licitaciones se revisen los pliegos antes de su aprobación en orden a evitar que éstos contengan deficiencias no subsanables.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 9 de septiembre de 2011
EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE