



Recurso nº 612/2020 C.A. Cantabria 23/2020

Resolución nº 897/2020

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

En Madrid, a 14 de agosto de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.P.F., en nombre y representación de NESTLÉ ESPAÑA, S.A., contra su exclusión del lote 23 la licitación del “*Acuerdo Marco para la contratación de suministros de productos dietéticos para los usuarios del Servicio Cántabro de Salud*” con expediente SCS2019/28, convocado por el Servicio Cántabro de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 14 de octubre de 2019 se publica en el DOUE y la PLACSP el anuncio de licitación de la contratación del Acuerdo Marco para la contratación de suministros de productos dietéticos para los usuarios de ese Servicio bajo el número de expediente SCS2019/28, con un valor estimado, excluido el IVA, de 2.688.055,52 euros; la contratación está desglosada en 85 lotes.

Segundo. Con fecha 20 de noviembre de 2019, como se señala en el Acta nº 1, se acreditó la concurrencia de las siguientes empresas, que concurrieron al lote 23:

NESTLE ESPAÑA

FRESENIUS KABI ESPAÑA

LACTALIS NUTRICION IBERIA

ABBOT LABORATORIES, S.A.

Con fecha 27 de noviembre de 2019, Acta nº 2, se procede a la apertura de la documentación de criterios de valoración automática. Con fecha 12 de febrero de 2020,



Acta nº 3, se procede a la revisión del cumplimiento de los requisitos técnicos por parte de los licitadores, en la cual se procede a la exclusión de ABBOT LABORATORIES, S.A., en lote objeto del recurso. La exclusión es comunicada al licitador a través de la plataforma de contratación, en fecha 13 de febrero del 2020, si bien interpuesto recurso frente a ella, fue estimado con fecha 8 de abril del 2020. Recurso nº 281/2020. C.A. de Cantabria 10/2020, Resolución nº 522/2020.

La estimación del recurso llevó aparejada el requerimiento a ABBOT LABORATORIES, S.A., de la documentación que acreditara que la oferta presentada no era anormalmente baja, así como los documentos que acreditaran el porcentaje de discapacitados de la empresa, a los efectos de resolver el desempate.

En el acta nº 7 se recoge la clasificación definitiva de las empresas que concurren al lote 23.

1º NESTLE ESPAÑA SA

2º FRESENIUS KABI ESPAÑA

3º ABBOTT LABORATORIES SA

Conforme a la propuesta realizada por el órgano de asistencia, se notifica con fecha 20 de mayo del 2020 a la mercantil NESTLE ESPAÑA, S.A., con la finalidad de que aportara la fianza correspondiente al lote 23, al estar el resto de la documentación ya a disposición de la administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Tercero. Como documento 14, consta en el expediente la comunicación realizada a través de la plataforma a la recurrente. Dicha comunicación da un plazo de 10 días hábiles para contestar al requerimiento, contando conforme al criterio establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley de Contratos del Sector Público, sin que frente a la misma la ahora recurrente manifestara disconformidad alguna.

Existe una discrepancia en el Pliego punto 5.1 en cuanto al cómputo del plazo de presentación del aval o garantía, admitiéndolo el órgano de contratación en su informe,



por lo que dicho plazo vencería el 5 de junio de 2020, y no el 3 de junio como consta en la notificación remitida.

No consta presentado antes del 5 de junio, éste incluido, aval o garantía alguna a través de la Plataforma de Contratación del Estado.

Como documento 15 consta en el expediente la confirmación de lectura remitida por la plataforma de contratación del estado donde se recoge el momento en el que la mercantil accede al contenido del mismo.

Cuarto. El 14 de julio de 2020, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. La mercantil ABBOTT LABORATORIES SA ha formulado alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso.

Quinto. El 21 de julio de 2020 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 5 de diciembre de 2012 y publicado en el BOE el día 13 de diciembre del mismo año.

Segundo. El recurso se dirige frente a un acto susceptible de recurso especial de contratación de acuerdo con el art. 44.1 b) con relación al art. 44.2 b) LCSP y se ha interpuesto dentro del plazo establecido para ello en el artículo 50.b) de la LCSP.

Tercero. Respecto a la legitimación del recurrente, debemos señalar lo siguiente:

El artículo 48 de la LCSP, dispone 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”.

Por lo que el recurrente está claramente legitimado al haber formulado oferta y haber resultado excluido de la adjudicación por la falta de aportación de la garantía constituida.

Cuarto. Se alza el recurrente contra la exclusión de la adjudicación del acuerdo marco recurrido por considerar que el aviso de la plataforma de contratación comunicándole el requerimiento para la aportación de aval o garantía que permitiera la adjudicación del contrato es nulo de pleno derecho o, en su defecto anulable, así como en defecto de lo anterior considerando que el defecto alegado debió considerarse como subsanable y ofrecer trámite para su subsanación.

A la vista de la documentación obrante en el expediente no podemos sino compartir las alegaciones del órgano de contratación, al constar debidamente notificado el requerimiento para la aportación de aval o garantía al recurrente sin que dicha notificación adolezca de defecto alguno. Igualmente debe advertirse que el correo electrónico remitido por la Plataforma de Contratación es un aviso automático sin efectos como notificación, al producirse ésta conforme indica la ley con todos sus requisitos.

En cuanto a la consideración de dicho defecto como subsanable, debe resaltarse en primer término que el recurrente no ha presentado a través de la Plataforma de Contratación documentación alguna para atender el requerimiento efectuado.

Es decir, no estamos ante el supuesto en el que el recurrente ha cumplimentado el trámite del art. 150.2 de manera defectuosa, sino que dicho trámite no se ha cumplimentado de ningún modo.

Aclarado esto, cierto es que la posición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en origen era contraria a la admisión de la subsanación y su interpretación de manera flexible y que dicha interpretación se modificó mediante la Resolución 622/2019 de 6 de junio en el recurso 541/19 de la Comunidad del Principado de Asturias.



Ahora bien, dicha resolución con cita en la Resolución 747/2018 distingue claramente dos supuestos:

- a) Cuando no se cumplimenta el requerimiento del art. 150.2, momento en el que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta y dar por incumplida totalmente la obligación. Así señala que la no cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido solo se equipara a la retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento o de no constituir en modo alguno garantía definitiva en el plazo concedido
- b) Cuando se cumplimenta el requerimiento de manera incompleta, momento en el que el Tribunal de Contratos ha rectificado su doctrina en el sentido de señalar que la correcta interpretación de los preceptos aplicables conforme a su objeto y finalidad exige admitir la subsanación en el plazo de tres días de los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido al constituir la garantía definitiva (y no limitar la subsanación a la acreditación de su correcta constitución en el plazo inicial).

El supuesto de hecho ante el que nos encontramos es que no se ha cumplimentado en modo alguno el requerimiento efectuado, razón por la que no puede procederse a conceder un nuevo plazo de subsanación en la medida que dicho plazo entendemos, vulneraría el principio de igualdad entre licitadores. No puede aceptarse como cumplimiento la remisión vía correo electrónico del aval al Servicio Cántabro de Salud al margen de la plataforma de contratación dado que la Plataforma de Contratación según doctrina de este Tribunal es el cauce legal establecido a través del que se plasma el procedimiento de contratación.

Finalmente, no queda más que añadir que a idéntica conclusión ha llegado el Tribunal en las resoluciones 532/2020 de 8 de abril, 590/2020 de 14 de mayo y más recientemente en la resolución 779/2020 de 3 de julio.

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. M.P.F., en nombre y representación de NESTLÉ ESPAÑA, S.A., contra su exclusión del lote 23 la licitación del “*Acuerdo Marco para la contratación de suministros de productos dietéticos para los usuarios del Servicio Cántabro de Salud*” con expediente SCS2019/28, convocado por el Servicio Cántabro de Salud.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.