



Recurso nº 525/2016 C.A. Principado de Asturias 22/2016

Resolución nº 586/2016

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

En Madrid, a 15 de julio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.A.L-F., en representación de la Asociación de Empresarios de Instrumentación Médico-Quirúrgica del Principado de Asturias (ADIMPA), contra diversas cláusulas del pliego de condiciones administrativas particulares del procedimiento "*Suministro de prótesis de rodilla y de cadera para los Hospitales dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias*", convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 31 de mayo de 2016 se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación del acuerdo marco con varios operadores del contrato de suministro de prótesis de rodilla y prótesis de cadera, promovido por el Servicio de Salud del Principado de Asturias. El anuncio también se publicó en el BOE de 14 de junio.

Segundo. El valor estimado del contrato es de 30.438.675,00 euros. Su clasificación CPV es 33414750, y el contrato está dividido en lotes. El objeto de este recurso es el acuerdo marco de suministro de prótesis de rodilla y prótesis de cadera y se tramita por procedimiento abierto. La duración del contrato es de 24 meses.

Tercero. La Asociación de Empresarios de Instrumentación Médico-Quirúrgica del Principado de Asturias (ADIMPA) interpuso recurso contra los pliegos ante este Tribunal con fecha 17 de junio de 2016, previo el preceptivo anuncio al órgano de contratación. El órgano de contratación ha emitido su preceptivo informe en el que solicita la desestimación del recurso.



Cuarto. Con fecha 23 de junio de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación del mismo, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Quinto. Con fecha 11 de marzo de 2016, este Tribunal adoptó la resolución 203/2016, en una impugnación planteada por la misma Asociación contra la licitación del mismo contrato, en concreto contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del Acuerdo Marco para la contratación del suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Central de Asturias y al Hospital Monte Naranco, tramitado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias; expediente A4AS/1/1/115/2015;

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, en virtud del Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013, en el marco del artículo 41.3 del TRLCSP, toda vez que de conformidad con el artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP mediante este recurso se pretende impugnar los pliegos de un acuerdo marco para el suministro de implantes de rodilla, publicado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Segundo. El artículo 42 del TRLCSP establece que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Asimismo, el artículo 24.1 del 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 de contratación dispone que: *“1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos*



del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.”

El recurso ha sido interpuesto por la Asociación de Empresarios de Instrumentación Médico-Quirúrgica del Principado de Asturias (ADIMPA). Ésta tiene entre sus fines la representación, defensa y promoción de los intereses económicos, sociales, profesionales y culturales de los asociados, y en general de todos aquéllos asuntos que por su trascendencia, rebasen los límites de actuación particular de los mismos. Asimismo, la creación, gestión e impulso de aquellas instituciones que se consideren necesarias para el mejor desarrollo de las entidades y personas asociadas. Además de la promoción de servicios comunes y en general, la realización de funciones que se consideren convenientes para la mejor consecución de los fines sociales.

Además, los Estatutos de la Asociación prevén que serán miembros de la misma, todas aquellas personas físicas como jurídicas dadas de alta fiscal en Asturias, que por su objeto social se dediquen a la distribución de instrumentación científica y médico-quirúrgica en su más amplio sentido.

En consideración al objeto del contrato licitado que no es otro que el suministro de prótesis de rodilla, de acuerdo con los fundamentos transcritos, debe reconocerse interés legítimo a ADIMPA para interponer este recurso.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, previo anuncio ante el órgano de contratación.

Quinto. Como se ha expuesto, ADIMPA formuló recurso especial contra el anuncio de licitación y pliegos de cláusulas administrativas y particulares de la licitación del acuerdo marco para la contratación del suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital



Universitario Central de Asturias y al Hospital Monte Naranco, por lo tanto con el mismo objeto, licitado el 2 de enero de 2016. En la resolución 203/2016, de 11 de marzo, este Tribunal adoptó, en lo que aquí interesa, la siguiente decisión:

“a) anulando las cláusulas que modifican el régimen de pago del precio en cuanto infringen el artículo 216.4 del TRLCSP”.

En particular, el Tribunal declaró (Fundamento de Derecho 4º): *“A la luz de la motivación del Tribunal de Madrid, que acogemos, debe igualmente estimarse el recurso y anular, de acuerdo con el artículo 33 del TRLCSP, las cláusulas contrarias a que el plazo de pago se modifique respecto del día en que las prótesis de rodilla fueron entregadas, de conformidad con el artículo 216.4 TRLCSP”.*

Pues bien, el primer motivo del recurso consiste en la afirmación de que, en la nueva convocatoria, no se han hecho modificaciones para corregir las infracciones declaradas por ese Tribunal en cuanto a la exigencia de entrega de bienes en régimen de depósito. Se alega la infracción de los artículos 216.2, 292 y 293 del TRLCSP. La impugnación se centra en la cláusula 21 del pliego de condiciones administrativas particulares (PCAP), que regula el "depósito asistencial" y la 23.1, que dispone que el contratista tendrá derecho al abono de los productos previa autorización del gasto por el órgano competente y una vez efectuada la recepción del pedido de reposición consecuencia de la implantación efectiva de la prótesis. La cláusula 22 establece que el contratista está obligado a entregar los bienes objeto de renovación del depósito en el tiempo y forma establecidos en el contrato, y que no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración para la renovación del depósito.

Afirma que los pliegos han establecido un mecanismo, el régimen de "depósito" por el que la Administración se beneficia retrasando o difiriendo el momento en que pasa a asumir el riesgo de los bienes suministrados como la fecha en que comienza el plazo de pago a favor del contratista, en perjuicio del suministrador y alterando las previsiones legales al respecto.

Entiende que existe una infracción del artículo 292 del TRLCSP, puesto que la entrega de los bienes objeto del suministro da lugar a la transmisión a la Administración de los riesgos de pérdida, deterioro o perjuicio de los bienes y ello aun cuando todavía no haya tenido



lugar el acto de recepción formal, al responder en ese plazo la Administración de su custodia.

Señala que el artículo 292.4, respecto de los suministros de bienes perecederos, que la Administración será responsable de su uso, gestión y caducidad una vez son recibidos por ésta, salvo la responsabilidad derivada de la existencia de vicios ocultos, que sería imputable al suministrador.

Reproduce el artículo 216.4 del TRLCSP que declara el derecho del contratista a cobrar el precio por los bienes efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración, que tiene la obligación de abonar el precio en un plazo concreto y determinado desde la entrega efectiva de los bienes, transcurrido el cual, se devengarán intereses de demora.

En segundo lugar, alega la infracción del artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Partiendo del efecto directo de la Directiva por su no trasposición en plazo, desde el 18 de abril de 2016, afirma que este precepto permite al licitador el derecho a utilizar medios alternativos para la acreditación de la solvencia económica y financiera. El artículo 60.3 establece que el licitador podrá acreditar su solvencia económica por otros medios alternativos (que el poder adjudicador habrá de considerar apropiados) cuando no esté en condiciones de aportar aquellos que, dentro de los enumerados en el anexo XII, haya señalado el órgano de contratación. Solicita en consecuencia la anulación de las cláusulas 14.1.3 y 15.3.2 del PCAP en lo relativo a la solvencia económica y financiera.

Finalmente, como tercer motivo, se alega la infracción del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, que se refiere al derecho del contratista a demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecta. En este caso, el recurso impugna las cláusulas 14.1.1 y 15.3.2 del PCAP.

La recurrente afirma el derecho de los licitadores a que, aun estando incursos en causa de prohibición de contratar, no sean excluidos y puedan optar a la adjudicación del contrato si han adoptado medidas de autocorrección.



El órgano de contratación, en el informe emitido para este recurso, se opone a las pretensiones de la Asociación recurrente.

Sexto. Procede en consecuencia analizar estos motivos de impugnación. El primero de ellos denuncia que la modificación del PCAP para acomodar la licitación a la Resolución nº 203/2016 (recurso especial nº 52/2016) de este Tribunal no ha sido correcta. Para ello, debe compararse el contenido de las cláusulas anuladas en la citada resolución y las del nuevo pliego.

De acuerdo con el antecedente de hecho tercero de la citada resolución, el objeto del debate eran las siguientes cláusulas del pliego de prescripciones técnicas:

“4.8. Dado que no es posible prever la cantidad de cada modelo a implantar, el adjudicatario depositará el material adjudicado en la cantidad suficiente para el desarrollo óptimo de la actividad asistencial de los centros, que se determinara conjuntamente en función de los consumos y cuya reposición será según implante. El depósito se realizará en la cantidad que se acuerde, lo que no implica necesariamente que deba depositarse todo el objeto del suministro sino que atendiendo a las necesidades asistenciales que pudieran darse, se acordará el depósito de cierta cantidad de productos, atendiendo precisamente a las necesidades asistenciales en cada centro.

En todo caso, la ejecución del contrato se ajustará a lo dispuesto en el artículo 292 del TRLCSP.

4.9 El material no utilizado, próxima su fecha de caducidad, será retirado por el adjudicatario, sin coste adicional.

4.10 El proveedor asegurará la reposición del depósito en un tiempo inferior a 24 horas.

4.11. Al finalizar el contrato será responsabilidad del adjudicatario retirar los depósitos no consumidos, así como el instrumental aportado.”



Las cláusulas 21, 22 y 23 del PCAP de la nueva licitación son las correspondientes a las analizadas por la previa Resolución de este Tribunal. En ellas, se establece el régimen de entrega de los bienes y pago del precio.

“21. DEPÓSITO ASISTENCIAL

21.1. Las empresas están obligadas a mantener un depósito asistencial sin cargo, de las prótesis hasta su implantación, según necesidades determinadas por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de cada Hospital. El Centro sanitario deberá de custodiar debidamente las mercancías depositadas.

21.2. La constitución del depósito se recogerá en un Acta de constitución que se incorpora como Anexo 7 de este pliego, firmada por la empresa y la persona designada por cada hospital, en la que se harán constar la fecha de entrada en el Centro de los materiales que constituyen el pedido inicial, (nº de serie, lote, albarán y fecha de caducidad). El proveedor no deberá facturar la mercancía suministrada al estar destinada únicamente a configurar el depósito.

El depósito se mantendrá en la cantidad suficiente para el desarrollo óptimo de la actividad asistencial. El número de unidades exigibles como máximo en depósito será del 20% del número total de intervenciones quirúrgicas a realizar por cada hospital en el periodo de 2 meses. Cada Centro fijará el número concreto máximo exigible de unidades por lote en la contratación derivada.

21.3. Modificación del depósito: El depósito solo podrá modificarse por necesidades vinculadas al desarrollo de la actividad asistencial, previo informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología y autorización de la respectiva Gerencia. Las modificaciones se recogerán también en el modelo de acta que figura como Anexo 7.

21.4. Renovación del depósito: El depósito se renovará a medida que se produzca su utilización, en un plazo máximo de 24 horas desde que los Centros lo comuniquen al proveedor para su reposición mediante la realización de un pedido de reposición. Las renovaciones se recogerán también en el modelo de acta que figura como Anexo 7.



El material no utilizado, próxima su fecha de caducidad, será retirado por la empresa, sin coste adicional.

21.5. Pedido de reposición: el personal autorizado del Centro facilitará a la empresa por los medios acordados al efecto, la información de la intervención realizada y los datos del/los producto/s utilizado/s. Este pedido sirve para reponer el producto utilizado.

En las reposiciones de material, el proveedor deberá indicar el número de pedido a que corresponde y el código asignado al producto por el Centro en el pedido para su identificación interna.

La confirmación por el personal autorizado del Centro de la recepción del pedido de reposición es el documento que permite facturar y en dicha confirmación se incluirán obligatoriamente los datos del producto consumido (nº de serie, lote, albarán y número de pedido con el que se suministra).

21.6. Las empresas están obligadas a efectuar, al menos una vez al mes, un inventario y a mantener los materiales con suficiente margen de caducidad. El inventario se realizará conjuntamente con la persona designada por cada Centro. Las incidencias serán resueltas de común acuerdo entre las partes, que propondrán medidas correctoras para evitar su repetición.

El centro facilitará a la persona o personas que la empresa designe en cada momento el acceso al Depósito Asistencial con la frecuencia y las condiciones que ambas partes acuerden o que deriven del cumplimiento de la normativa vigente.

21.7. La duración del depósito será coincidente con el periodo de vigencia del contrato. Concluido este, la mercancía depositada no consumida, así como el instrumental aportado deberá ser retirado en el plazo máximo de 48 horas naturales siguientes a la fecha de su finalización.

El centro se compromete a devolver la mercancía en las mismas condiciones en que se recibió.



Durante su permanencia en el depósito y hasta el momento de ser utilizados por el personal autorizado del centro, todos los productos son propiedad de la empresa.”

La cláusula 22 (entrega y recepción), establece lo siguiente:

“22.1 El contratista está obligado a entregar los bienes objeto de renovación del depósito en el tiempo y forma establecidos en el contrato.

22.2 El contratista no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración para la renovación del depósito, salvo que ésta hubiera incurrido en mora al recibirlos.

22.3 Si los bienes no se hallasen en estado de ser recibidos se hará constar así en el acta de constitución, o, en su caso, de renovación del depósito y se darán las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado.”

Finalmente, la cláusula 23 establece

“23.1. Previa autorización del gasto necesario por el órgano competente y una vez confirmado por el personal autorizado del Centro la recepción del pedido de reposición consecuencia de la implantación efectiva de la prótesis, el contratista tendrá derecho al abono de los productos suministrados, con arreglo al precio convenido y a los plazos establecidos en el artículo 216 del TRLCSP. El pago del precio se realizará una vez recibidas las entregas parciales, según renovación del depósito, previa presentación de las facturas correspondientes expedidas en forma legal y por triplicado ejemplar y conformidad suscrita por la/s persona/s que en cada Centro tenga encomendada la labor de recepción del material. El importe de la factura deberá ser coincidente con el importe confirmado en la recepción del pedido de reposición, al que se refiere al cláusula 21.5 como requisito previo al abono.”

La Asociación recurrente considera que las citadas cláusulas 20, 21, 22 y 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares incumplen tanto la resolución del Tribunal como los



artículos 216.2, 292 y 293 del TRLCSP, al mantener el depósito asistencial y las mismas condiciones de recepción del material y pago que en el pliego anterior.

Afirma que "los pliegos han establecido un mecanismo (el suministro en un supuesto régimen de "depósito"), por el que la Administración se beneficia retrasando o difiriendo, en perjuicio del suministrador y alterando las previsiones legales al respecto, tanto el momento en que pasa a asumir el riesgo de los bienes suministrados como la fecha en que comienza el plazo de pago a favor del contratista".

Desarrolla a continuación lo que, a su juicio, constituyen infracciones legales, concretamente del artículo 292 del TRLCSP.

Argumenta que la obligación esencial del contratista-suministrador es la de entregar los bienes objeto del suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y esa entrega da lugar a la transmisión a la Administración de los riesgos de pérdida, deterioro o perjuicio de los bienes y ello aun cuando todavía no haya tenido lugar el acto de recepción formal pues, conforme dispone el artículo 292.3 del TRLCSP, en ese periodo la Administración responde de su custodia. Alega también que hasta que las prótesis no son utilizadas, la Administración no adquiere la obligación de pagar el precio del suministro.

Pues bien, el nuevo pliego mantiene el denominado depósito asistencial que debe constituirse en las dependencias de órgano de contratación, con unas condiciones de entrega y pago del material que la jurisprudencia y la previa resolución 206/2016 de este Tribunal, citada anteriormente, han considerado no conformes a Derecho. Es cierto, como se puede concluir de la comparación de las cláusulas anuladas y las ahora impugnadas, que el órgano de contratación ha introducido unas modificaciones en orden a moderar las consecuencias de la configuración del citado depósito.

En efecto, frente a la indeterminación anterior, el depósito se limita como máximo al 20% de unidades calculado sobre el número total de intervenciones quirúrgicas a realizar por cada hospital en el periodo de 2 meses. Por otra parte, se prevé la obligación de realizar un inventario mensual de las existencias, lo que permite que la empresa adjudicataria pueda incorporar o retirar las prótesis que estime oportunas y aportarlas a otras obligaciones contraídas con terceros. Estas previsiones implican que la caducidad de las prótesis



difícilmente puede producirse porque la empresa adjudicataria puede sustituir aquellas que puedan encontrarse, si eventualmente es el caso, y asignarlas a otro contrato.

Ahora bien, las modificaciones mencionadas no evitan los efectos considerados por este Tribunal incorrectos jurídicamente en la resolución 203/2016. La resolución, se recuerda, fundamentó de la siguiente manera su decisión:

“Cuarto. El primer argumento de la Asociación se centra en la infracción por el pliego de prescripciones técnicas de los artículos 216.4, 292 y 293 del TRLCSP.

La tesis de la recurrente parte de la configuración por el órgano de contratación a través del PPT de un depósito sobre las prótesis de rodillas que contraviene los derechos que se reconocen al contratista en los artículos 216, 292 y 293 del TRLCSP. La cláusulas discutidas por la Asociación son las transcritas en el antecedente tercero y que sucintamente, suponen a juicio de la recurrente que el adjudicatario deposite el material objeto del suministro en la cantidad suficiente para el desarrollo óptimo de la actividad asistencial. La cantidad será acordada en consideración con las necesidades asistenciales de cada centro. Asimismo, el material no utilizado será retirado por el adjudicatario sin coste adicional cuando esté próximo a su fecha de caducidad. Asimismo, el proveedor debe asegurar la reposición del depósito en menos de 24 horas. Por último, al finalizar el contrato el adjudicatario debe retirar los depósitos no consumidos y el instrumental aportado.

Estima la Asociación recurrente que mediante la cláusula 3.2 del PPT el órgano de contratación altera el régimen legal de facturación, toda vez que ésta se emitirá sin consideración al momento en que los suministros se entregan, retrasando ésta al tiempo en que las prótesis son utilizadas.

El informe del órgano de contratación acepta el denominado “depósito asistencial” en los términos descritos por la recurrente como una práctica consolidada y conocida, ya que el suministro debe hacerse depender de la actividad asistencial de los centros hospitalarios y de las necesidades clínicas. El órgano de contratación define el depósito asistencial como el conjunto de productos almacenados en la antesala del quirófano que se caracteriza por ser material cuya propiedad, y habitualmente su gestión logística, corresponde al proveedor hasta el momento de su disposición para el consumo. Asimismo, no contradice la



interpretación que la Asociación recurrente hace de la cláusula 3 del PPT en cuanto al pago del precio por los bienes suministrados.

El artículo 216 del TRLCSP dispone que:

“1. El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.

2. El pago del precio podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.

3. El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 222.4, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 222.4 y 235.1, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo



expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación, siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de presentación de la factura en el registro correspondiente, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono.”

El artículo 292 del TRLCSP prevé:

“1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

2. Cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que ésta hubiere incurrido en mora al recibirlos.

3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos.”

Asimismo el artículo 293, en cuanto al pago del precio establece:

“El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.”



La cuestión discutida en este fundamento, alega la recurrente, fue objeto del Recurso nº 145/2012 ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y que dio lugar a la Resolución nº 148/2012 de 5 de diciembre de 2012, en la que se estimó que el pliego que retrasaba el plazo de pago infringía el artículo 216 del TRLCSP. El fundamento de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid para estimar el recurso es el siguiente: “Ahora bien debe examinarse si el PCAP contraviene las disposiciones legales aplicables por lo que al pago del precio se refiere. Debe ponerse de relieve en primer lugar, a tal efecto, que dado que las prótesis a suministrar tienen fecha de caducidad, son productos perecederos, a los que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 292.4 que a la sazón prevé que una vez recibidos los productos por la Administración la misma será responsable de su gestión uso y caducidad sin perjuicio de los vicios o defectos ocultos, constando que dicho apartado fue introducido por enmienda basada en la siguiente motivación: “la contratación administrativa está presidida por el principio del mantenimiento del equilibrio patrimonial del contrato, evitando situaciones que supongan para el empresario daños y perjuicios injustificados, En el mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia reconociendo que la Administración debe evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de un particular. Sin embargo en los pliegos de determinadas licitaciones suelen introducirse cláusulas por las que la Administración se reserva el derecho a devolver la parte no utilizada de determinados productos perecederos o un porcentaje de los mismos caducados en poder de la propia Administración, generándose un perjuicio para las empresas suministradoras.”

Por otro lado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, establece en su informe 17/2008, de 28 de julio de 2008, “Pues bien, puesto que el artículo 268.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo (“una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable...”) debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional.”



A ello debe añadirse que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales,(que incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000), modificada por la Ley 15/2010 de 5 de julio, establece en su artículo 9 que “para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor”, siendo así que, dado que el pago no se produciría hasta treinta días después a contar desde la recepción que se verificaría cuando las prótesis fueran efectivamente utilizadas en cada centro hospitalario, el SERMAS a pesar de tener los productos a su disposición demoraría el pago sine día, con lo que se produce el efecto más arriba descrito de proporcionar al deudor liquidez a expensas del contratista. Considera por tanto este Tribunal a la vista de todo lo anterior, que no es posible establecer, a la luz del principio de libertad de pactos, como fecha de entrega la de la efectiva utilización de las prótesis objeto del contrato, cuya utilización si bien es cierto que responde a las situaciones asistenciales eventuales que pudieran darse, puede ser objeto de previsión por los correspondientes servicios hospitalarios, complementando posibles situaciones imprevistas con cláusulas tendentes a la existencia de un stock mínimo de productos en los almacenes de las empresas adjudicatarias y un plazo máximo de entrega.

A la luz de la motivación del Tribunal de Madrid, que acogemos, debe igualmente estimarse el recurso y anular, de acuerdo con el artículo 33 del TRLCSP, las cláusulas contrarias a que el plazo de pago se modifique respecto del día en que las prótesis de rodilla fueron entregadas, de conformidad con el artículo 216.4 del TRLCSP”.

A pesar de las modificaciones introducidas en el pliego respecto a la configuración del depósito asistencial, lo cierto es que las prótesis solo pueden ser facturadas por la empresa suministradora tras su efectiva utilización por los centros sanitarios, y solo en ese momento dejan de ser propiedad de la empresa suministradora, a pesar de haber sido efectiva y materialmente entregados al centro sanitario. De este modo, hasta el momento en que el centro sanitario utiliza la prótesis y la implanta en un paciente, el contratista seguirá asumiendo la caducidad de ese producto y no puede facturarlos, a pesar de haber sido efectiva y materialmente entregado al centro sanitario. El contratista únicamente podrá facturar en el caso y en el momento en que la prótesis haya sido efectivamente utilizada por



el centro para su implantación a un paciente. Así las cláusulas 21 y 23 señalan que el contratista no podrá facturar cuando entrega las prótesis al constituir el depósito asistencial y solo podrá facturar el precio unitario de la prótesis en el momento en que esta es utilizada mediante su implantación al paciente, momento en el que se gira o expide el “pedido de reposición” en que deben incluirse obligatoriamente los datos del producto consumido.

Pues bien, por conveniente que sea para los centros asistenciales disponer de un depósito de prótesis para poder utilizar en los casos, aun de urgencia, en que sea necesario, este sistema modifica el régimen legal de entrega y pago de los productos objeto de suministro. Además, con ser razonable el argumento del interés público, otras previsiones como la recepción y el pago del material que previsiblemente sea necesario y su custodia, trasladada la propiedad a la Administración, o la imposición de las adecuadas garantías para que el material sea entregado con la urgencia debida, pueden atender este fin público. Por todo ello, este Tribunal considera que las cláusulas del nuevo pliego no cumplen con lo acordado en la resolución 203/2016 y deben ser anuladas. Por ello, procede reiterar en este caso la anulación de las cláusulas contrarias a que el plazo de pago se modifique respecto del día en que las prótesis de rodilla fueron entregadas, de conformidad con el artículo 216.4 del TRLCSP. Dado que las cláusulas cuestionadas guardan una unidad de sentido, procede la anulación de todas ellas, es decir de las cláusulas 21, 22 y 23 del PCAP.

Séptimo. Como se ha expuesto, se alega por la Asociación recurrente que la cláusula 14.1.3 del PCAP, página 17, y la cláusula 15.3.2.i), infringen el artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE, que considera de efecto directo, ante la falta de incorporación en el ordenamiento interno español en plazo el 18 de abril de 2016. El artículo 60.3 de la Directiva facilita al licitador para utilizar medios alternativos para la acreditación de la solvencia económica y financiera.

El artículo 60.3 de la Directiva citada establece lo siguiente:

"Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I.

Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia



económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado."

En los términos en que está redactado el artículo 60.3 de la Directiva, este Tribunal considera que tiene un efecto directo, en cuanto reconoce un derecho a los licitadores y que su no trasposición no es obstáculo a su aplicación a los contratos licitados a partir del 18 de abril de 2016, como es el caso. Por otra parte, ni la cláusula 14 ni la cláusula 15.3.2.i) del PCAP contemplan la posibilidad de acreditar alternativamente la solvencia económica, como tampoco se encuentra esta posibilidad prevista en el artículo 11.4.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto. Es cierto que en la página 23 del pliego se expresa que los documentos relacionados en el sobre número 1 se podrán sustituir por una declaración responsable que siga el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC) establecido por el Reglamento 2016/7, de 5 de enero de 2016, en el que se incluye los medios para acreditar la solvencia económica (parte IV, letra B), y al que los licitadores pueden acogerse, sin que se puedan plantear dudas sobre su legalidad. Ahora bien, a la vista de la redacción del pliego, puede producirse una situación de inseguridad jurídica para los licitadores que pueden considerar que no se autorizan medios alternativos para acreditar la solvencia económica. Esta incertidumbre no puede solventarse, como se afirma en el órgano de contratación, por una potencial interpretación favorable a la acreditación por otros medios de la solvencia económica que podría ser denegada, dada la redacción de la cláusula 14 del PCAP. Procede en consecuencia estimar este motivo de impugnación, de modo que con anulación de esta cláusula, se retrotraiga el procedimiento para que se elabore y publique un PCAP en el que se prevea expresamente la posibilidad, en los términos del artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE, de acreditar la solvencia económica por medios alternativos.

Octavo. El último motivo de impugnación se centra en la infracción del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, que reconoce el derecho del contratista a demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión. Se afirma en el recurso que las cláusulas 14.1.1 y 15.3.2 del PCAP están en contradicción con dicho precepto.



El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE establece en su párrafo primero lo siguiente:

"Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación."

Por su parte, la cláusula 14 del pliego prevé, apartado 1.1, que "los licitadores no deberán estar incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar que menciona el artículo 60 del TRLCSP." La cláusula 15.3.2 del PCAP señala como uno de los documentos que preceptivamente ha de figurar en el sobre nº 1 de la proposición de todo licitador (f) "declaración responsable de no estar incurso en las causas de prohibición de contratar, indicadas en el artículo 60 del TRLCSP, Anexo 2 (Modelo de declaración)"

Este Tribunal admite el efecto directo del artículo 57.6 de la Directiva, pero entiende que no entra en contradicción ni con el TRLCSP, ni en lo que aquí interesa, contra las cláusulas citadas del PCAP. El pliego exige al licitador que presente una declaración responsable de no encontrarse incurso en una prohibición de contratar, lo cual tiene todo su sentido y no resulta contrario al artículo 57.6 de la Directiva. Debe recordarse que la ya citada cláusula 15.3.2 recoge que los licitadores tendrán derecho a sustituir la documentación exigida a incluir en el sobre Nº 1 por el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) en el que sí se contempla expresamente un apartado al efecto. La cláusulas impugnadas no prohíben que los licitadores puedan, si se les solicita aclaración al respecto, fundamentar por cualquier medio que estimen conforme a Derecho, que no incurren en una causa de prohibición, o en terminología de la Directiva, que "las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente". Estas alegaciones serán objeto de valoración por el órgano de contratación que podrá, según criterio fundado, aceptar o no las razones invocadas. El artículo 57.6 de la Directiva no puede ser interpretado en el sentido de que el licitador puede concurrir al procedimiento sin la declaración responsable de no estar incurso en una prohibición de contratación. La Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación



Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública (BOE número 85 de 8 de abril), confirma esta interpretación, al analizar los motivos de exclusión de una oferta por concurrir una prohibición de contratar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.A.L-F., en representación de la Asociación de Empresarios de Instrumentación Médico-Quirúrgica del Principado de Asturias (ADIMPA), contra diversas cláusulas del pliego de condiciones administrativas particulares del procedimiento *"Suministro de prótesis de rodilla y de cadera para los Hospitales dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias"* convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias y en consecuencia:

- a) Anular las cláusulas 21, 22 y 23 del PCAP, de acuerdo con el fundamento sexto de los fundamentos jurídicos de esta resolución.
- b) Anular la cláusula 14.1.3 y la cláusula 15.3.2.i) del PCAP, en cuanto no permite medios alternativos para acreditar la solvencia económica, conforme se expresa en el fundamento séptimo de esta resolución.
- c) Desestimar el recurso en todo lo demás.

Conforme al pronunciamiento expresado en las letra a) y b), se ordena la retroacción del procedimiento al momento previo a la aprobación de los pliegos para que sean subsanados los defectos enunciados.

Segundo. El levantamiento de la medida cautelar adoptada.

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 47.5 de TRLCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.