



Recurso nº 1003/2017 C.A. Galicia 120/2017

Resolución nº 1138/2017

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

En Madrid, a 1 de diciembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. A. J. A., en representación de NIPRO EUROPE, S.A. SUC. EN ESPAÑA, contra su exclusión del procedimiento de contratación de *“Suministro sucesivo de material de punción con dispositivo de seguridad con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servizo Galego de Saúde”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Gallego de Salud, convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE el 22 de julio de 2017, la licitación del contrato de *“Suministro sucesivo de material de punción con dispositivo de seguridad con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servizo Galego de Saúde”*, dividido en 14 lotes, con un valor estimado total de 19.548.004,86 euros.

También fue objeto de publicación en el BOE el 29 de julio de 2017 y en el DOG el 9 de agosto de 2017.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSPP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público.



Tercero. El 4 de septiembre de 2017 se procede a la apertura de los sobres A de los licitadores, y a la vista de la documentación presentada por NIPRO EUROPE, S.A. SUC. EN ESPAÑA y, en particular, lo relativo a la acreditación de solvencia técnica, se le solicita que subsane las deficiencias de la misma de acuerdo con lo establecido en el apartado 17.1 de la hoja de especificaciones.

Cuarto. El 8 de septiembre se reúne de nuevo la mesa de contratación y, analizada la documentación de subsanación presentada por la citada empresa, considera dicha subsanación suficiente para el lote 7 pero no así para el lote 11, al considerar que de la documentación aportada no se puede deducir el importe correspondiente a las agujas de fístula, acordando excluir la oferta del mismo para el citado lote, que le es notificada a la empresa el día 11 de septiembre de 2017.

Quinto. Mediante escrito presentado el 2 de octubre de 2017, D. A. J. A., en representación de NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA, interpone recurso especial en materia de contratación, contra la resolución de 8 de septiembre de 2017, por la que se excluye de la licitación la oferta presentada por la mercantil.

Sexto. El Servicio Gallego de Salud remitió al Tribunal en fecha 9 de octubre 2017 el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha 20 de octubre de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del expediente de contratación en relación con el lote 11, al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 TRLCSP.

Octavo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 16 de octubre de 2017 conforme a lo dispuesto en el art. 46.3, habiéndose presentado alegaciones por la mercantil BAXTER, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 12 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. La entidad reclamante, al haber quedado excluida de la licitación ostenta legitimación para la interposición de la presente reclamación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto objeto de reclamación es la resolución de 8 de septiembre 2017, por la que se procede a la exclusión de la mercantil en un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que constituye un acto susceptible de reclamación, de acuerdo el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto. Por lo que se refiere al plazo de interposición, la reclamación se ha interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, la cuestión que debe analizarse es si la mercantil NIPRO EUROPE S.A SUC EN ESPAÑA acredita el requisito de solvencia técnica exigido para tomar parte en el procedimiento de adjudicación del Lote 11.

En la cláusula 6.6.2 del Pliego Modelo de cláusulas administrativas particulares que rige para la contratación del expediente se establece:

“f) Solvencia técnica

La documentación acreditativa vendrá fijada en el apartado 17 de las hojas de especificaciones, definiendo el órgano de contratación el sistema, mediante la elección de uno o varios de los medios previstos en el artículo 77 TRLCSP”.

Pues bien, el apartado 17.1 dispone, en cuanto el sistema de acreditación, lo siguiente:

“1. Relación de los principales suministros realizados en los últimos 5 años incluyendo importe, fechas y centros sanitarios o servicio/entes sanitarios, públicos o privados destinatarios de los mismos, en los que se incluyan suministros de:

-Para los lotes 1-3: jeringas con aguja premontada y/o jeringas en general

-Para los lotes 4-8: agujas en general

-Para el lote 9: agujas de insulina para plumas

-Para el lote 10: agujas de reservorio

-Para el lote 11: agujas de fístula

-Para los lotes 12 y 13: catéteres intravenosos en general

-Para el lote 14: lancetas

2. Los suministros se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

Si se trata de empresas de nueva creación, la relación de suministros será de los realizados en el período correspondiente a la actividad de la empresa.

El importe de dichos suministros deberá superar, en uno de los cinco últimos años, la mitad del importe de licitación sin IVA de cada lote al que presente oferta.

La mención en la relación y certificado de otro tipo de suministros o servicios sin la separación de importes correspondientes y/o la utilización de idiomas distintos del gallego



y el castellano sin traducción oficial, invalidará el documento para acreditar la solvencia técnica”.

Sexto. El recurrente basa su recurso en tres motivos.

-que la acreditación de las condiciones de solvencia técnica requerida en los pliegos ha sido correcta y que por lo tanto su exclusión es improcedente.

-que se han vulnerado los principios informadores que debe regir todo procedimiento de selección de contratistas.

-que concurren causas de nulidad del procedimiento de selección.

En cuanto al primero de ellos, manifiesta que la solvencia técnica de la empresa quedó acreditada con la declaración responsable presentada el 6 de septiembre, en la que dice *“se observa, esta parte describe por ejercicio el volumen de suministros de los últimos cinco años respecto a agujas en general y agujas para fístulas, ya que nos encontramos sin duda, con dos soluciones técnicas de similar naturaleza y sin duda del mismo tipo, superando ampliamente el umbral fijado por el órgano de contratación en 52.920,00€”.*

Así pues, considera que debe determinarse *“la licitud de presentar declaraciones o certificados de suministros de similar o análoga naturaleza a los que son objeto del contrato, es decir, la posibilidad para los licitadores de acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica a través de declaraciones o certificados de agujas en general o agujas de fístula para el lote nº11”.*

Por lo que se refiere al segundo motivo, indica que *“la empresa a la que represento ha visto vulnerados los principios más elementales de contratación pública y especialmente los principios de igualdad de trato y no discriminación y libertad de acceso a las licitaciones, que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración, al haber sido excluida de la licitación del Lote nº11, agujas de fístula, al determinar el órgano de contratación unas exigencias en cuanto a la acreditación de los medios de solvencia técnica que incumplen los principios anteriormente referenciados”.*



En efecto, sostiene que debe admitirse la licitud de las declaraciones y/o certificados realizados *“en tanto en cuanto son referidos a suministros análogos o similares a los que son objeto de suministro en el presente expediente de contratación, y en concreto respecto a las agujas de fístula”*.

Finalmente indica que *“el acto de trámite por el que se notifica a esta empresa su exclusión, por los motivos que en dicha notificación se aducen, debe ser declarado nulo por cuanto ha quedado probado que tales motivos no se ajustan a la realidad normativa y jurisprudencial...”*. Por tanto, indica, el acuerdo de exclusión provoca indefensión al a empresa recurrente así como una clara situación de quiebra del principio de libertad de acceso a las licitaciones.

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación indica que la empresa, en la documentación presentada con la oferta hace referencia a material de diálisis en general, sin especificar lo requerido en los pliegos para los lotes a los que se presentaba inicialmente – 6, 7 y 11- y sin la debida separación de los suministros por anualidades y destinatarios, por lo que se le otorgó plazo para subsanar.

Señala igualmente que en la documentación que presentó la licitadora en el citado trámite de subsanación consta una declaración por la que indica que la misma *“es proveedora habitual de los centros de la empresa Diaverum, de agujas en general y agujas para fístula”*, señalando únicamente los importes de suministros totales de los últimos 5 años.

Así las cosas, dado que la declaración no separa los importes que corresponden a los distintos tipos de suministros realizados para justificar la solvencia de los lotes 7 y 11 a los que licita finalmente – tras la retirada de su oferta para el lote 6 - la mesa acordó considerar subsanada la solvencia del Lote 7 en la que se solicitaban suministros de agujas en general, es decir, cualquier tipo de agujas, y excluirla del procedimiento de adjudicación del lote 11 al considerar imposible deducir que parte de esos suministros y que importe corresponde a las agujas de fístula.

Para justificar dicha exclusión indica que el establecimiento de solvencias diferentes para los 14 lotes en que está dividido el expediente se encuentra plenamente amparado en el



Reglamento (CE) nº2196/2002 y la modificación del mismo operada en el Reglamento 213/2008.

En concreto, indica que si bien para determinados lotes el citado reglamento recoge únicamente un código de clasificación para las mismas, y por tanto es válido cualquier tipo de jeringa – lotes 1 a 3-, catéteres intravenosos – lote 12 y 13- y lancetas – lote 14-, no ocurre lo mismo en el caso de las agujas, ya que el Reglamento recoge distintas clasificaciones CPV, entre otras: 33141320-9 Agujas para uso médico y 33141325-4 Agujas para fístulas.

Ello supone, a juicio del órgano de contratación, que existe una diferencia entre estas agujas y las de uso convencional, indicando en concreto que son las indicadas única y exclusivamente para su utilización en procedimientos de hemodiálisis y plasmaféresis, por lo que exigiéndose dicha aguja, y no otras, en el lote 11, la exclusión del mismo resulta conforme a Derecho.

Finalmente, indica que debe desestimar la alegación del recurrente relativa a la nulidad de pleno derecho de los medios exigidos para acreditar la solvencia técnica, toda vez que, como indica, dichos medios cumplen las condiciones que la Junta Consultiva de Contratación manifestó en su informe 36/2007, de 5 de julio.

Octavo. La mercantil BAXTER, S.L en su escrito de alegaciones indica lo siguiente.

En primer lugar, que en la solicitud de subsanación efectuada a la recurrente se le indicaba expresamente, en cuanto a las deficiencias a subsanar, *“solvencia técnica: deberá acreditarla de acuerdo con el apartado 17.1 de las hojas de especificaciones (carátula). En lo declarado en el DEUC no especifica que el suministro sea de agujas en general para los lotes 6 y 7, ni agujas de fístula para el lote 11”*.

Y, sin embargo, y a pesar de la claridad del requerimiento, indica que la recurrente volvió a remitir, en fecha 6 de septiembre, una declaración con los principales suministros de agujas en general y agujas de fístula sin discernir entre uno y otro tipo de suministros, por



lo que considera que ante ese nuevo incumplimiento la Mesa no tenía otra opción que excluirle de la licitación.

En segundo lugar, hace suyo el razonamiento del órgano de contratación en cuanto a la distinta tipología y finalidad de los productos – agujas en general y agujas de fístula – circunstancia que según indica legitima y posibilita que la exigencia en la acreditación de su solvencia sea distinta respecto de otros lotes del procedimiento.

En tercer lugar, indica que la pretensión del recurrente se solicitar la declaración de nulidad de la convocatoria porque los requisitos de solvencia técnica comportan una barrera de entrada a la licitación, choca frontalmente con su segunda pretensión de que se le readmita a la licitación y se valore su oferta respecto al Lote nº11.

Finalmente, y en base a lo dispuesto en los artículos 115 y 116 del TRLCSP, indica que los pliegos que rigen la contratación son ley entre las partes y que el órgano de contratación ha actuado con pleno respeto de los principios que rigen la contratación.

Noveno. Expuestas así las posturas de las partes analizaremos las alegaciones formuladas por el recurrente.

1. En primer lugar, debemos partir de nuestra doctrina general sobre los criterios de solvencia exigibles en la contratación pública, que de acuerdo con nuestra resolución nº288/2017, citando la 79/2015, puede resumirse en las siguientes consideraciones:

“ La normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y solvencia, en sus distintas vertientes económica y financiera, técnica y profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada.

Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non”, cuyo no cumplimiento justifica la exclusión de la licitación.



Y ello con el fin de garantizar el interés público que es causa de todo contrato público. Como se indica en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 53/10, de 10 de diciembre (y, en igual sentido, informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio), la exigencia de la acreditación de la solvencia es un soporte fundamental del sistema de selección del candidato para la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las empresas idóneas, constituyendo el acierto en su determinación y aplicación un importante beneficio para el órgano de contratación.

- Conforme tiene declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 36/2007, de 5 de julio) y el propio Tribunal (por todas, Resolución 791/2014, de 24 de octubre) los criterios escogidos por el órgano de contratación para que los licitadores justifiquen su solvencia deben cumplir las siguientes condiciones: han de figurar en el PCAP y en el anuncio del contrato; deben ser criterios determinados; deben estar relacionados con el objeto y el importe del contrato; deben encontrarse entre los enumerados en el TRLCSP según el contrato de que se trate y, en ningún caso, pueden producir efectos de carácter discriminatorio, sin que sea discriminatorio (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre y Resoluciones de este Tribunal 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio) el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

- La determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos, de entre los admitidos en el TRLCSP, no corresponde a los licitadores sino a la Administración contratante, siendo exigible que los medios elegidos no sean irrazonables o inadecuados para acreditar la solvencia (Resolución 32/2011, de 16 de febrero, 271/2012, de 30 de noviembre, con cita ésta última de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012)."

2. Pues bien, en el presente caso el órgano de contratación, en la cláusula 6.6.2 del pliego de condiciones administrativas particulares, así como en el apartado 17 de las hojas de especificaciones, estableció como criterio de solvencia técnica para el lote 11 la



necesidad de aportar una relación de los principales suministros de “agujas de fístula” realizados durante los últimos cinco años.

Entiende este Tribunal que el citado requisito de solvencia técnica cumple con las condiciones arriba mencionadas, ya que se trata de uno de los criterios enumerados en el artículo 77 TRLCSP, figurando tanto en el PCAP como en el anuncio del contrato; es además un criterio determinado y relacionado con el objeto (es el propio producto objeto de suministro) y el importe del contrato (la mitad del importe de licitación sin IVA de cada lote al que presente oferta), sin que el mismo produzca efectos de carácter discriminatorio, dado que los otros tres licitadores que presentaron su oferta para el citado lote cumplieron con el mismo sin dificultad.

No se comparte con el recurrente que deba admitirse en este caso la posibilidad de presentar certificados o declaraciones de suministros similares o análogos, y ello porque el pliego concretaba un requisito de acreditación de solvencia técnica concreto, que no ha sido cumplido por el licitador.

Cuestión distinta es que el pliego se hubiera referido expresamente a “suministros similares, semejantes o análogos”, o que el pliego no concretara los criterios y requisitos mínimos para su acreditación, en cuyo caso cabría acudir a las previsiones establecidas en el artículo 11.4.b) del Real Decreto 1098/2001, donde sí encontramos una serie de pautas en relación a productos objeto de clasificación o códigos CPV, que sin embargo no resultan de aplicación en el caso que nos ocupa al contener el pliego un criterio concreto, que como se ha indicado no se considera desproporcionado ni discriminatorio, por lo que no concurre causa de nulidad del procedimiento de selección.

Así, no debemos olvidar cual es el objetivo del establecimiento de estos requisitos, que se manifiesta claramente en el artículo 58 en la Directiva 2014/24/UE, que es aún más explícita, al señalar que *“Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Los poderes adjudicadores podrán exigir, en*



particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado”.

Teniendo por objeto el lote nº11 el suministro de agujas de fístula, y dada la especialidad de las mismas respecto a las agujas en general, tal y como han puesto de manifiesto tanto el órgano de contratación como el licitador que ha presentado alegaciones, resulta admisible la exigencia de experiencia demostrada en el suministro de productos tan especializados, sin que sea suficiente para ello haber suministrado agujas en general. Y a sensu contrario, se entiende que se admitan para el lote nº7, referido a agujas en general el suministro de cualquier tipo de agujas aunque no se haga distinción entre clases – como ocurre en la declaración presentada por el licitador excluido.

3. Partiendo de la conformidad a derecho del citado criterio, y advirtiendo expresamente el apartado 17 de las hojas de especificaciones que *“La mención en la relación y certificado de otro tipo de suministros o servicios sin la separación de importes correspondientes y/o la utilización de idiomas distintos del gallego y el castellano sin traducción oficial, invalidará el documento para acreditar la solvencia técnica”*, la exclusión del recurrente resulta adecuada, sin que por ello quepa entender vulnerados los citados principios de igualdad de trato, no discriminación y libertad de acceso a las licitaciones.

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. A. J. A., en representación de NIPRO EUROPE, S.A SUC. EN ESPAÑA frente a la resolución de 8 de septiembre de 2017, por la que se acuerda excluir la oferta presentada por la mercantil del procedimiento de contratación de *“Suministro sucesivo de material de punción con dispositivo de seguridad con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servizo Galego de Saúde”*.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 del TRLCSP.

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 Galicia, 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.