



Recurso nº 1123/2016

Resolución nº 75/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 20 de enero de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. M.V.A., en representación de INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES, S.A. (INYCOM), contra la resolución, de fecha 8 de noviembre de 2016, de exclusión del procedimiento de “Contratación de suministro de equipamiento médico para los Hospitales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, sitios en Majadahonda y Sevilla”, en relación con el lote 1, convocado por FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, (Fremap, en lo sucesivo), convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Estado de 5 de agosto de 2016, la licitación del contrato de suministro de equipamiento médico para los Hospitales de FREMAP sitios en Majadahonda y Sevilla, encontrándose dividido en dos lotes, que eran los siguientes:

- Lote 1: contratación del suministro de dos ecógrafos para los Hospitales de Majadahonda y Sevilla;
- Lote 2: contratación del suministro de una mesa de quirófano fija de cirugía universal para el Hospital de Majadahonda.

Segundo. La licitación se ha venido desarrollando de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tras la apertura de los sobres que contenían la oferta económica, resultó, tras la práctica de los cálculos pertinentes, que la oferta de INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES S.A. (en lo sucesivo, INYCOM) era desproporcionada o temeraria, al ser diez unidades porcentuales inferior a la media aritmética de las ofertas admitidas, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el artículo 152.3 del TRLCSP.

Presentada la correspondiente justificación por el licitador en el trámite de audiencia que se le concedió, resultó, a juicio del órgano de contratación, que varios de los servicios que eran objeto del contrato que se licitaba, iban a ser realizados por un tercero, SIEMENS, suponiendo esta actuación un recurso a la subcontratación, no permitida en los pliegos que regían la contratación, y acordándose por ello su exclusión. La resolución ahora recurrida fue la que acordó la citada exclusión, de fecha 8 de noviembre de 2016.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 1 de diciembre de 2016.

Cuarto. De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, en fecha 7 de diciembre de 2016 se dio traslado del recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, no habiendo evacuado el trámite conferido ninguno de ellos.

Quinto. En fecha 15 de diciembre de 2016 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 1, de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que, según lo previsto en el artículo 47.4 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia. De acuerdo con el art. 41.1 del TRLCSP, este Tribunal es competente para conocer del recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la parte recurrente. Asimismo, según el art. 3.1.g) de la citada disposición, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social -ahora Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, según la Ley 35/2014, de 26 de diciembre- se consideran que forman parte del Sector Público como Poderes Adjudicadores.

Segundo. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de exclusión adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, apartados 1 y 2.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. Por lo que al fondo del recurso se refiere, la única alegación que en el mismo se formula es la consistente en que por parte de la mercantil INYCOM no se ha cometido ninguna infracción de los pliegos que rigen este proceso de licitación, toda vez que el recurrente sostiene que su oferta no prevé la “subcontratación con una tercera empresa” para la ejecución de parte de los servicios o trabajos vinculados al contrato de suministro, sino que “como distribuidora oficial de los productos y sistemas tecnológicos suministrados bajo la marca SIEMENS, la oferta realizada sigue las instrucciones del fabricante, conforme a sus procedimientos internos de suministro, y prevé, en consecuencia, la ejecución directa por el fabricante de los equipos a suministrar de los servicios de transporte, montaje, instalación de los equipos y servicios postventa, todo ello con la finalidad de garantizar la correcta ejecución de los trabajos contratados, de un modo más eficiente y a menos coste, a través de técnicos especializados con la formación necesaria”.

De este modo, considera la recurrente que no se está ante la “subcontratación voluntaria” con una tercera empresa ajena al proceso de producción y distribución de los equipos ofertados, sino ante la colaboración directa del fabricante en el suministro de su producto, que comercializa a través de INYCOM, con el resultado último de ofrecer una mayor calidad de servicio a un menor precio, todo ello conforme a las instrucciones que el fabricante, SIEMENS proporciona a sus distribuidores, lo que, y citamos literalmente lo expuesto en el recurso, “niega ya cualquier voluntariedad que calificase una hipotética subcontratación, que tampoco es tal, en modo alguno”.

Sexto. Expuesto así en estos términos el motivo de impugnación de la resolución de exclusión que ahora se recurre, procede desde luego conocer los términos en cómo se encuentran redactados los pliegos en la parte de los mismos relativa a la subcontratación, siendo así que, efectivamente en el Anexo VIII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se dispone lo siguiente:

ANEXO VIII.-MODELO DE DECLARACIÓN EN MATERIA DE SUBCONTRATACIÓN VOLUNTARIA

*En relación al suministro objeto de licitación, FREMAP establece la posibilidad de que el licitador pueda subcontratar la realización parcial de la prestación **sólo** respecto de las actuaciones y hasta el porcentaje máximo que se indican a continuación para cada una de ellas:*

Lote 1: Parte del contrato a subcontratar	Porcentaje máximo
<i>El transporte para el suministro de los equipos.</i>	<i>100%</i>

En relación con lo expuesto, y con carácter previo al análisis de lo que evidentemente ha de ser la cuestión objeto de análisis, la de si verdaderamente la oferta de INYCOM comprende o no la subcontratación de una parte de los servicios que son objeto de licitación, es preciso detenerse muy brevemente en el carácter ajustado a derecho en todo

caso de esta previsión contenida en los pliegos que rigen este proceso de licitación, ya que conforme a lo previsto en el artículo 227 del TRLCSP, *“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario”*.

Séptimo. Confirmada así, por tanto, la validez de esta cláusula en la que sólo se permite a los licitadores concurrir al procedimiento con una oferta en la que sólo se puede subcontratar al cien por cien del transporte del suministro, corresponde ahora conocer cuáles fueron las alegaciones formuladas por INYCOM en el trámite de audiencia concedido al amparo del artículo 152 del TRLCSP, en orden a justificar el precio tan bajo ofertado para la prestación del suministro que convirtió a la oferta en temeraria o desproporcionada, y que dieron lugar a que se considerara por parte del órgano de contratación que la oferta incumplía las prescripciones del pliego en el apartado de los mismos relativo a la subcontratación, y por ende se acordará su exclusión.

Estas alegaciones, formuladas por escrito de fecha 2 de noviembre de 2016 y en el seno del citado trámite de audiencia concedido al amparo del artículo 152 del TRLCSP, fueron las siguientes:

“Acreditamos la valoración del coste presentado en nuestra oferta económica:

- Coste de los ecógrafos para Majadahonda y Sevilla. 95.5000, 00 euros IVA no incluido.

Por tratarse de una gran cuenta y de una oferta con dos unidades, la fábrica nos aplica un descuento especial de un 15% descuento aplicado íntegramente a la oferta entregada. Es una forma de proceder que Siemens utiliza para proyectos especiales e Instrumentación y Componentes como distribuidor oficial y siguiendo las directrices de la casa matriz, obra en consecuencia.

- Costes derivados del transporte hasta los diferentes puntos de entrega en Majadahonda y Sevilla, carga y descarga, montaje, instalación y puesta en

funcionamiento, así como la tramitación administrativa necesaria (licencias, permisos, tasas.... Ascende a 2.000 euros IVA no incluido.

Esta gestión la realiza el servicio oficial de Siemens desde los centros de Madrid y Sevilla, respectivamente. Se aplicará el protocolo homologado y dentro de los sistemas de calidad que rigen en Siemens.

- Coste por la retirada del embalaje de ambos equipos hasta la entrega en el punto de reciclaje apropiado asciende a 1.004,69 euros IVA no incluido.

La retirada de los embalajes la realizará el mismo servicio que hace la entrega, para abaratar los costes. Los mismos se entregarán en los correspondientes almacenes de Siemens, para su posterior reciclaje. Esto está contemplado dentro de los protocolos de Siemens de compromiso con la limpieza y cuidados con el medio ambiente.

- Coste por la configuración de los equipos para su correcta integración con los sistemas de FREMAP asciende a 2.000 euros IVA no incluido.

Esta gestión la realiza el servicio técnico oficial de Siemens, desde Madrid y Sevilla, respectivamente. Son ingenieros altamente cualificados y expertos en este tipo de gestiones.

- Coste del programa de formación para una óptima utilización de los equipos dirigido al personal de los Centros asciende a 3.000 euros IVA no incluido.

Esta gestión la realizarán los especialistas de aplicaciones de Siemens. Es una formación continuada y coordinada con los respectivos responsables de los servicios donde se instalan los equipos. Es una formación en principio estandarizada que se personaliza dependiente de las necesidades de cada uno de los servicios de destino”.

Octavo. A la vista de las ahora transcritas alegaciones de INYCOM, el órgano de contratación dictó la resolución que ahora se recurre de exclusión, exponiendo como fundamento de la misma, lo siguiente:

“La justificación de la baja temeraria se basa en la asunción de numerosos trabajos por la empresa SIEMENS, en concreto citan los siguientes trabajos a acometer por la citada entidad:

- Transporte hasta los diferentes puntos de entrega de Majadahonda y Sevilla.
- Carga, descarga, montaje e instalación de los equipos.
- Puesta en funcionamiento, configuración de los equipos y tramitación administrativa necesaria (tasas, licencias y permisos).
- Reciclaje de los embalajes.
- Programas de formación de mantenimiento.

(...)

La baja oferta de Instrumentación y Componentes, S.A. se razona en el hecho de que significativos servicios se van a realizar por un tercero: SIEMENS, lo que supone un recurso a la subcontratación que contraviene, tanto los pliegos que rigen la licitación, cómo lo indicado por el licitador en la documentación aportada por el mismo. Esta forma de gestionar es, pues, contraria a lo establecido en el citado ANEXO VIII del Pliego de Cláusulas Administrativas, que limita la subcontratación al transporte para el suministro”.

Aporta además el órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal un conjunto de menciones del Pliego de Prescripciones Técnicas que resultan contravenidas por la oferta de INYCOM, toda vez que se trata de actuaciones que expresamente se dispone que deben ser realizadas por el adjudicatario y en la oferta aparecen como que serían llevadas a cabo por Siemens, el fabricante del producto el licitador oferta.

Así, en el apartado 3.2 relativo a las condiciones de suministro se dispone que *“Todos los costes derivados del transporte hasta el punto de entrega establecidos, carga y descarga, montaje, instalación y puesta en funcionamiento, así como la tramitación administrativa que se precise para todas estas actuaciones (licencias, permisos, tasas...) correrán por parte del adjudicatario y deberán ir incluidos en la oferta presentada.*

La retirada del embalaje, será llevado a cabo por el adjudicatario y deberá ir incluida en la oferta, debiéndose presentar la documentación sobre la trazabilidad del material hasta la entrega en el punto de reciclaje apropiado”.

En el apartado 3.3, sobre la puesta en funcionamiento, se dispone primeramente que *“El adjudicatario realizará por su cuenta todos los trabajos de puesta en funcionamiento de los equipos. La empresa adjudicataria deberá encargarse de la configuración de los equipos para su correcta integración con los sistemas de FREMAP. Para ello será necesario realizar las siguientes tareas en coordinación con la Mutua para lo cual habrá que realizar una planificación conjunta y detallada de todas las actividades”,* y señalando finalmente *“Una vez terminada la instalación, el adjudicatario realizara la prueba o test de aceptación correspondiente, en presencia del Director de Instalación y en un periodo no superior a 5 días se entregará dos originales de la prueba o test de aceptación realizados. Del informe escrito en el que conste los resultados de la prueba de aceptación efectuada, servirá de referencia para establecer el nivel de calidad base de rendimiento del equipo”.*

Resulta evidente, tras la lectura e interpretación de esta parte de los pliegos ahora transcrita, que fue voluntad del órgano de contratación la de configurar la prestación del servicio de modo tal que no fuera posible la subcontratación salvo para la actividad consistente en el transporte para el suministro de los equipos, de modo tal que salvo esto si el licitador lo decía así, el resto de las actuaciones las ejecutara el propio licitador.

Esto, no obstante, y con fundamento en todo caso en ello, considera este Tribunal que las actuaciones que INYCOM en su oferta manifestó que iban a ser ejecutadas por los servicios técnicos de SIEMENS, la empresa fabricante de los ecógrafos que se

suministraban, no resultan posibles ser calificadas como subcontratación, actuación ésta, como ya se ha señalado, a través de la cual la mercantil adjudicataria de un contrato, previa celebración de otro, encarga la ejecución de parte de las actuaciones en que consiste el objeto de la licitación a un tercero, de modo tal, que de conformidad con el mencionado artículo 227 del TRLCSP, en su apartado octavo, *“los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”*.

De este modo, la actuación de INYCOM, por cuya virtud al suministrar un ecógrafo fabricado por SIEMENS, la configuración del mismo para su correcta integración con los sistemas de FREMAP y la formación del personal para su óptima utilización, **debe permitir que dichas actuaciones sean llevadas a cabo por el fabricante del producto**, no puede calificarse como subcontratación, tal y como la misma se configura en la normativa vigente, no pudiéndose considerar así tampoco, por ende, como vulnerados los pliegos.

La consecuencia inmediata de esta conclusión ahora expuesta, no es otra que la calificación como no ajustada a derecho de la exclusión de INYCOM, lo que conlleva la estimación del presente recurso, con la declaración de retroacción de las actuaciones a fin de que por parte del órgano de contratación se dicte, al amparo del artículo 152 del TRLCSP, la resolución que proceda en orden a considerar como válida y suficiente la justificación efectuada por el licitador como consecuencia de haber incluido en la oferta valores anormales o desproporcionados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto D. M.V.A., en representación de INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES, S.A. (INYCOM), contra la resolución, de fecha 8 de noviembre de 2016, de exclusión del procedimiento de “Contratación de suministro

de equipamiento médico para los Hospitales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, sitos en Majadahonda y Sevilla”, en relación con el lote 1, convocado por FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, declarándose su nulidad por considerar que la misma no es ajustada a derecho, así como también la retroacción de las actuaciones, al momento anterior al que tuvo lugar la exclusión, para la continuación del procedimiento en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.