



Recurso nº 038/2013-C.A. Castilla La Mancha 010/2013

Resolución nº 077/2013

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

En Madrid, a 14 de febrero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. J. A., en nombre y representación de NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA contra el acuerdo de exclusión de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco para el suministro de jeringas, agujas, y cánulas i.v. periféricas para los centros sanitarios dependientes del SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM), el Tribunal en la sesión del día de hoy ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por resolución de 26 de octubre de 2012, se publica en el BOE, la convocatoria del Acuerdo Marco, mediante procedimiento abierto, para el suministro de jeringas, agujas, y cánulas i.v. periféricas para los centros sanitarios dependientes del SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM). Dicho procedimiento se publica igualmente en el DOUE, el 24 de octubre del mismo año.

Segundo. Previamente, a través de resolución de 10 de octubre de 2012, la Dirección de la Gerencia del SESCAM avoca las competencias delegadas en materia de contratación en la entonces Gerencia de Atención especializada, respecto del expediente de contratación del Acuerdo marco para el suministro de jeringas, agujas y cánulas i.v para los centros dependientes del SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM). Con la misma fecha el director de la Gerencia delega la firma de todas las resoluciones y actos administrativos del susodicho expediente, en la Gerencia de Atención Especializada de Talavera de la Reina.



Tercero. La Mesa de contratación de la Gerencia se reunió en sesión interna, el 5 de diciembre de 2012, a los efectos de calificar la documentación administrativa de las empresas presentadas a la licitación, tal como consta en la documentación que obra en el expediente. En el caso de la mercantil NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, la Mesa de contratación procedió a comunicarle, la concesión de un plazo de tres días hábiles para subsanar los defectos u omisiones en la documentación administrativa siguiente: “Solvencia técnica o profesional (deberá aportar certificados de los suministros realizados que indiquen relación con el objeto del contrato). Los citados documentos, que podrán presentarse en originales, mediante fotocopias compulsadas o mediante copias que tengan el carácter de auténticas, conforme a la legislación vigente, deberán enviarse al registro existente en el servicio de logística de este Hospital”.

La empresa licitadora aportó en tiempo y forma la siguiente documentación:

- Certificado de la empresa ABB TÉCNICA HOSPITALARIA, S.A sobre la empresa NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, como proveedora habitual.
- Certificado de la empresa HISPANA DE PARAFARMACIA, S.L. sobre la empresa NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, como proveedora habitual.

Cuarto.- Con fecha de 10 de enero de 2013, la Secretaría de la Mesa de Contratación remitió un fax a la entidad recurrente notificándole su exclusión del procedimiento por acuerdo de la Mesa de 12 de diciembre de 2012, al no haber subsanado la documentación administrativa correspondiente al Sobre 1 “Documentación Personal y Solvencia”.

El 15 de enero de 2013, se notifica al órgano de contratación, escrito de NITRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA por el que solicita aclaración de la notificación de exclusión y requiere al órgano de contratación para que dicte resolución motivada de las causas de exclusión.

Quinto.- El 24 de enero de 2013, tuvo entrada en el registro general de la Gerencia



Integrada de Talavera de la Reina anuncio de interposición del recurso especial en materia de contratación. El 25 de enero se interpone el recurso anunciado ante el mismo órgano, fundamentado en diversas alegaciones. El susodicho escrito de recurso finaliza solicitando:

- La declaración de nulidad de pleno derecho o que, con carácter subsidiario, se anule la resolución de 10 de enero de 2013 y se dicte otra donde se declare a NITRO EUROPE, S.A. como licitador al Acuerdo Marco sobre el procedimiento para la adjudicación de contratos de suministro de productos y bienes muebles.
- La suspensión del procedimiento.

Sexto. El 30 de enero de 2013 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales comunica a los interesados la interposición del recurso especial concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para realizar alegaciones. El 5 de febrero de 2013, la empresa BECTON DICKINSON, S.A. presenta alegaciones solicitando que se confirme la exclusión de la licitadora recurrente en base al principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Séptimo. El 31 de enero de 2013, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación en los lotes objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la resolución del presente recurso ya que el 2 de noviembre de 2012 se publica en el BOE, la resolución de 22 de octubre de 2012 de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se publica el convenio de colaboración suscrito con la



Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de los recursos contractuales.

El Convenio suscrito y publicado establece en su cláusula octava que producirá efectos desde el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y que el Tribunal será competente para resolver únicamente los recursos especiales en materia de contratación, las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos, las solicitudes de adopción de medidas provisionales y las cuestiones de nulidad que se hubieran interpuesto o solicitado con posterioridad a la entrada en vigor del presente Convenio, por lo que el recurso interpuesto por la empresa NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, el día 25 de enero de 2013, debe ser objeto de resolución por este Tribunal.

Segundo. El recurso se ha interpuesto en el plazo legal previsto en el artículo 44.2 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Al mismo tiempo debe entenderse que la interposición se ha llevado a efecto por persona legitimada para ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que establece que: *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.”*

Tercero.- El recurso especial en materia de contratación es admisible ya que se interpone contra un acto en un expediente de contratación para adjudicar un acuerdo marco para el suministro de determinados productos hospitalarios para el servicio de salud de Castilla-La Mancha, contrato al que por su tipología se refiere el artículo 40.1 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En concreto se interpone contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina, por el que se acuerda excluir de la licitación a NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, por no llevar a cabo la subsanación de la documentación administrativa correspondiente al sobre I “documentación personal y solvencia”.



Se trata por tanto de un acto de trámite recurrible ya que al mismo se refiere expresamente el artículo 40, apartado 2, letra b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. El recurso presentado se basa, concretamente, en las siguientes alegaciones:

1.-NIPRO EUROPE, S.A. cumplió con el requerimiento de subsanación de 5 de diciembre de 2012, para que subsanase los defectos u omisiones en la documentación administrativa presentada relativa a su solvencia técnica o profesional, enviando por correo electrónico al Jefe de Servicio de Logística los documentos requeridos. Además, para evitar problemas, NIPRO EUROPE también envió por mensajero al Registro existente en el Servicio de Logística los originales de los documentos que fueron remitidos por correo electrónico como archivo adjunto.

2.-Por lo que respecta a la solvencia técnica, NIPRO EUROPE ha acreditado la misma mediante la documentación adjuntada a su proposición y la documentación presentada al requerimiento de subsanación que recibió el 5 de diciembre de 2012. Además, ha acreditado dicha solvencia mediante muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar y por las cifras de negocio globales de la Sucursal en España y de la propia sociedad NIPRO EUROPE en los años 2009, 2010 y 2011, persona jurídica única e indivisible, que asumiría a efectos legales los derechos y obligaciones en el concurso, ya que la sucursal en España sólo es un establecimiento permanente sin personalidad jurídica. En prueba de todo ello, las cuentas anuales presentadas por parte de NIPRO EUROPE en el Banco Nacional de Bélgica de los tres últimos ejercicios como documento nº 13.

3.-La Resolución de 10 de enero de 2013, dictada por la Secretaría de la Mesa de Contratación, Jefe de Servicio de Logística, no motiva en modo alguno la causa de exclusión de NIPRO EUROPE. Se limita a referir que no se ha llevado a cabo la subsanación de documentación pero sin concretar a qué documentación administrativa se refiere y cuando no se ha llevado a cabo dicha subsanación, lo que NIPRO EUROPE desconoce por completo. La falta de motivación, o bien la motivación insuficiente es determinante de anulabilidad, por cuanto da lugar a indefensión. Así lo



proclama una reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son exponentes las Sentencias de 14 de mayo de 1982, 9 de junio de 1983, 20 de febrero de 1987, 1 de octubre de 1988, 3 de abril de 1990 y 13 de febrero de 1992, entre otras varias.

Quinto. Comenzando por las dos primeras alegaciones y atendiendo a lo dispuesto en el informe del órgano de contratación que obra en el expediente, la exclusión se justifica en base a la insuficiencia de los certificados presentados en la fase de subsanación y que expresamente le fueron exigidos al licitador. Esto es, los certificados se presentaron en tiempo y forma durante el plazo requerido pero, a juicio del órgano de contratación son insuficientes, para lo cual habrá que estar a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el presente procedimiento selectivo.

Pues bien el punto c, del apartado tercero de la cláusula doce del pliego de cláusulas administrativa remite al apartado 8 del Anexo I del Acuerdo Marco para establecer los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica que los licitadores deben cumplir para optar a la adjudicación del acuerdo. En dicho punto se establece lo siguiente:

“8.2.- Solvencia técnica: Definir los medios de selección de los artículos. 74 y 77 del TRLCSP.

Criterios de selección: El licitador presentará declaración responsable con la relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicándose su importe, fechas y destino público o privado de los mismos, a la que se unirán certificados de ejecución de suministros expedidos por entidad del sector público o comprador del sector privado, de similares características al del contrato del expediente, siendo necesario que la suma de los importes certificados sea igual o mayor que el importe del contrato.

Si por razones justificadas un empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas se le autorizará a acreditar su solvencia mediante muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante (artículo 77 apartado



e) del TRLCSP), o por cualquier otro de los medios indicados en el artículo 75 del TRLCSP.

Los documentos serán originales o copias compulsadas.”

De dicho apartado del anexo al pliego de cláusulas administrativas particulares queda claro que la solvencia técnica se acredita presentando necesariamente la siguiente documentación:

- Declaración responsable con relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, con determinadas indicaciones y certificados de ejecución de suministros, expedidos por entidad del sector público o comprador del sector privado, de similares características al del contrato del expediente, **siendo necesario que la suma de los importes certificados sea igual o mayor que el importe del contrato.**

Según obra en el expediente la empresa NITRO EUROPE, S.A. en el plazo de subsanación presentó dos certificados: uno de la empresa ABB TÉCNICA HOSPITALARIA, S.A y otro de la empresa HISPANA DE PARAFARMACIA, S.L. En ambos se certifica que NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, es proveedora habitual de las mismas.

Sin embargo estos certificados no son suficientes para acreditar la solvencia técnica, a tenor de lo exigido en el apartado 8.2 del anexo I al pliego de cláusulas administrativas particulares, dado que la suma de los importes certificados asciende a 591.458, 55 euros, cuando el importe correspondiente a los lotes a los cuales el licitador se presenta es de 2.510.646, 72 euros, cantidad muy por encima de la acreditada mediante los certificados aportados por el recurrente.

Sexto. No obstante lo dispuesto en el fundamento jurídico anterior el recurrente también aduce a favor de acreditar su solvencia técnica para ser admitido en este concreto procedimiento de licitación que, además de la documentación adjuntada a su proposición y la presentada al requerimiento de subsanación que recibió el 5 de diciembre de 2012 (insuficiente según se ha visto en el fundamento anterior), la



presentación de muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar y las cifras de negocio globales de la sucursal en España y de la propia sociedad NIPRO EUROPE en los años 2009, 2010 y 2011, persona jurídica única e indivisible que asumiría a efectos legales, los derechos y obligaciones en el concurso ya que la sucursal en España sólo es un establecimiento permanente sin personalidad jurídica.

Pues bien es cierto que el apartado 8.2 del anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece en su párrafo segundo la posibilidad de acreditar la solvencia técnica por otros medios, si bien, atendiendo a su redacción parece obvio que no es potestad del licitador decidir indistintamente entre los medios establecidos en el párrafo primero y los indicados en este segundo párrafo. Así se deduce del tenor literal de este párrafo segundo que comienza estableciendo que si por razones justificadas un empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas se le autorizará a acreditar su solvencia por los medios que, a continuación, indica.

Conforme a este tenor literal, criterio de interpretación de los contratos recogido en el artículo 1.281 del Código Civil, precepto que es de aplicación supletoria a los contratos públicos según reiterada jurisprudencia, la redacción de la cláusula 8.2. párrafo segundo del Anexo I del PCAP pone de manifiesto que los pliegos no establecen dos medios indistintos de acreditación de la solvencia técnica a elección de los licitadores, sino uno de preferente aplicación y otro excepcional y subsidiario, condicionándose la aplicación de este último (presentación de muestras, descripciones y certificaciones de productos cuya autenticidad pueda certificarse y demás medios que describe) no a la libre decisión de aquellos, sino a la previa y expresa justificación de los motivos que les impidan acreditar su solvencia técnica en la forma prevista con carácter general y preferente, en cuyo caso “se le autorizará” (hay que entender que por la Administración contratante) para presentar las admitidas en el pliego con carácter subsidiario.

En el presente caso el licitador no invoca razones que justifiquen acudir a otros medios ni en el momento de presentar la documentación pertinente (sobre 1- documentación administrativa) ni posteriormente cuando requerido por la Mesa de contratación aporta dos certificados a todas luces insuficientes.



Pero es más, el recurrente no sólo omite a lo largo del procedimiento cualquier razonamiento que pudiera justificar el por qué no le es posible aportar la documentación a la que se refiere el párrafo primero del apartado 8.2 del anexo I, sino que en ninguna de las fases procedimentales oportunas (presentación de documentación administrativa, trámite de subsanación conferido por la mesa de contratación) procede a presentar otros medios de solvencia diferentes. Así del examen del expediente se deduce que de haber aportado muestras y fotografías lo ha hecho junto con el resto de documentación que se requiere para realizar la valoración técnica y económica posterior, valoración que sólo procede respecto de aquellos licitadores previamente admitidos en el proceso, por haber acreditado su solvencia económica, técnica y financiera así como su capacidad jurídica.

En cuanto a la documentación relativa a las cuentas anuales, documento número 13 que anexa al recurso, cabe indicar que conforme ya se ha pronunciado este Tribunal Central de Recursos Contractuales, entre otras, en la resolución 196/2011, por aplicación artículo 86.3 del RGLCAP, no pueden admitirse documentos que no hayan sido entregados en el plazo de admisión de ofertas o en el de subsanación, lo que incluye la presentación de documentación subsanatoria con ocasión de la interposición del recurso, siendo este el criterio que ha de mantenerse en relación con la documentación referida.

Séptimo. En lo referente a la falta de motivación del acuerdo de exclusión dictado por la Mesa de contratación que alega el recurrente invocando la infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es cierto que, conforme a ese precepto, deben ser motivados los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, lo que concurre en este caso toda vez que la exclusión del procedimiento de licitación es un acto de trámite cualificado que impide al licitador continuar en el mismo.

Y si bien la motivación no precisa de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos, como también reconoce reiterada jurisprudencia, al menos debe ser



racional y suficiente y su extensión la idónea como para que, en este caso, el licitador pueda mediante el recurso defender sus derechos e intereses.

Pues bien la notificación de la exclusión del recurrente se refiere “a no haber subsanado la documentación administrativa correspondiente al Sobre 1 “Documentación Personal y Solvencia” lo que permite al licitador conocer que la misma guarda relación directa con la documentación remitida durante el trámite de subsanación que se le confirió, trámite suficientemente explícito ya que solicitaba **certificados de los suministros realizados que indiquen relación con el objeto del contrato**, certificados a los que, a su vez, se refería expresamente el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por tanto no es cierto como dice el recurrente que la notificación no incluya a qué documentación administrativa se refiere y cuándo no se ha llevado a cabo dicha subsanación.

En todo caso la falta de detalle de la notificación del acto de exclusión no ha causado indefensión alguna al interesado, a la vista de las alegaciones que plantea en el recurso, principalmente dirigidas a la acreditación de una solvencia técnica suficiente, para continuar en el procedimiento de licitación.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar, por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. A. J. A., en nombre y representación de NIPRO EUROPE, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA contra el acuerdo de exclusión de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco para el suministro de jeringas, agujas, y cánulas i.v. periféricas para los centros sanitarios dependientes del SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA- LA MANCHA (SESCAM).



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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 el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.