



**Recurso nº 239/2013 C.A. Murcia 015/2013**

**Resolución nº 208/2013**

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

En Madrid, a 5 de junio de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. S.R.B., en nombre y representación de BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L, contra el acuerdo de exclusión de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud del procedimiento de licitación para el suministro de sueros de irrigación y lavado, con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud y centros concertados, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Por resolución de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud se publica en el BOE el 26 de marzo de 2013, la convocatoria, mediante procedimiento abierto, para el suministro de sueros de irrigación y lavado con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud y centros concertados.

Dicho procedimiento se remite igualmente en el DOUE, el 19 de marzo del mismo año.

**Segundo.** La Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud se reunió en sesión interna, el 22 de abril de 2013, 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 BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L, la Junta de Contratación procedió a comunicarle, la concesión del plazo establecido reglamentariamente para aportar documentación sobre el objeto social dado que el certificado de inscripción en el registro de licitadores remitido por la recurrente recogía un objeto social que no coincidía con el objeto del expediente referenciado en cuanto a los lotes a los que se presentaba.



La empresa licitadora aportó el 26 de abril de 2013 copia autenticada de la escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales, relativos a la ampliación de objeto social otorgada ante el Notario de Murcia D. A.M.P., el día 25 de abril de 2013.

**Tercero.**- Con fecha de 7 de mayo de 2013, la Junta de Contratación se reúne para proceder a la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables por juicios de valor, da cuenta de las ofertas admitidas y excluidas quedando constancia en el acta de lo siguiente: *“Por otro lado, a la firma BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L se le requirió para que justificara su capacidad legal para poder suministrar los artículos objeto de este expediente al no estar incluidos éstos dentro del objeto social descrito en su escritura de constitución. La firma ha aportado una nueva escritura de ampliación de ese objeto social, escritura que se ha formalizado después de finalizar el plazo de presentación de ofertas a este expediente y, por esta razón, la Junta de Contratación acuerda excluir de este expediente a BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L Quedando las otras 12 firmas presentadas, admitidas a la licitación...../...*

*Finalizada la lectura de las ofertas técnicas, el Presidente pregunta a los presentes si alguien desea alguna aclaración sobre este expediente, momento en el que el delegado de la firma **BIOTÉCNICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L**, Salvador Riquelme Bernal, muestra su disconformidad con la decisión de excluir a su empresa de este procedimiento. Manifiesta que, en escrito del día 23 de abril de 2013, se requirió a su firma para que subsanara la discrepancia sobre el objeto social de su empresa, observada en la apertura de su sobre A, de documentación de capacidad para contratar. Y que el día 26 de abril de 2013 presentó copia simple de documento notarial de modificación estatutaria de su mercantil ampliando el objeto social de la misma con el fin de adaptarse a las necesidades requeridas en el presente procedimiento. El Secretario le informa que el objeto social de la empresa debe ser adecuado y estar en concordancia con el objeto sobre el que verse la licitación y, siempre, antes del vencimiento del plazo para presentar las ofertas. A esta aclaración responde el delegado de la firma citada que, si bien se ha presentado a posteriori esa ampliación del objeto social de su empresa, no considera que ello pueda ser impedimento para permitir la oferta que su firma ha realizado al lote nº 13, aunque si pueda suponer el mantenimiento de su exclusión del resto de su oferta. Y en este sentido, dicho delegado manifiesta su*



*intención de recurrir la decisión de la Junta de excluir toda su oferta a este expediente. El Presidente le informa que puede alegar todo aquello que estime oportuno en defensa de la oferta realizada por su empresa."*

El acuerdo de exclusión se notificó a BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L el 9 de mayo de 2013.

**Cuarto.-** El 15 de mayo de 2013, tuvo entrada en el registro general del Servicio Murciano de Salud tanto el anuncio de interposición del recurso especial en materia de contratación como el propio escrito de recurso fundamentado en diversas alegaciones. El susodicho escrito de recurso finaliza solicitando:

- Dejar sin efecto la exclusión de BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L.
- Subsidiariamente que se permita continuar a la sociedad en el expediente administrativo en cuanto al lote número 13 por estar el mismo dentro del objeto social que constaba en el registro de licitadores de la CARM.
- Por otrosí, solicita la suspensión del presente procedimiento administrativo porque en caso contrario se causaría un perjuicio irreparable a la licitadora.

**Quinto.-** El 23 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación en lo relativo al lote nº 13, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. El 21 de mayo del mismo año, la Secretaría del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales comunicó a los interesados la interposición del recurso especial concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para realizar alegaciones, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

## **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 21 de noviembre de 2012 se publica en el BOE la Resolución de 5 de noviembre 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 Murcia 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 BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L, el día 15 de mayo 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”*. Igualmente se acredita fehacientemente el poder del representante.

**Tercero.-** El recurso especial en materia de contratación es admisible ya que se interpone contra un acto en un expediente de contratación para adjudicar el suministro de determinados productos hospitalarios para el servicio de salud de Murcia, 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 Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud, por el que se acuerda excluir de la licitación a BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L por no llevar a cabo adecuadamente la subsanación de la documentación administrativa del sobre A “Capacidad para contratar”.

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, recordándose que en este acto la Junta de Contratación actúa en su condición de mesa de contratación.

**Cuarto.-** El recurso presentado se basa, concretamente, en dos alegaciones:

1.- BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L, cumplió con el requerimiento de subsanación en tiempo y forma al presentar el 26 de abril de 2013, escritura de modificación y ampliación del objeto social. Al efecto aporta documentación en el recurso de referencia.

2.- En todo caso entiende el recurrente que esta subsanación ni siquiera era necesaria para el lote número 13 al que ha concurrido dado que el mismo requiere el suministro de equipos de irrigación dos vías con pinzas y su objeto social, antes de la ampliación, era el comercio al por mayor de aparatos e instrumentos médicos, ortopédicos, ópticos y fotográficos.

Por su parte el órgano de contratación alega resumidamente que la presentación de un documento ampliando el objeto social fechado el 26 de abril de 2013 no sirve a efectos de subsanación por cuanto lo que demuestra es que el objeto social no comprendía el suministro de los productos objeto del procedimiento de licitación, en la fecha de presentación de la proposición económica que es cuando es exigible.

En relación con el lote número 13 y la alegación del recurrente de que era un suministro comprendido en su objeto social incluso antes que se produjera su ampliación, señala la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud en su informe, que el suministro al que se refiere el lote número 13 es de materiales de naturaleza fungible que no precisan de otro equipamiento específico para su utilización, destinados principalmente a la irrigación o lavado de heridas, cavidades y lesiones en piel y anexos y la irrigación de cavidades durante la intervención quirúrgica en el pre y post operatorio, es decir, un material fungible o, a lo más, reutilizable, que ni siquiera con un esfuerzo interpretativo amplio pudiera encontrar conexión con lo que supone el suministro de aparatos o instrumentos médicos.

**Quinto.-** Comenzando por la primera alegación y atendiendo a lo dispuesto en el informe del órgano de contratación que obra en el expediente, la exclusión se justifica porque el objeto social de la empresa en cuestión no está adaptado al objeto de los 14 lotes que se licitan por medio de este procedimiento (y en concreto, a los productos de los 4 lotes a los



que el recurrente concurre) dado que lo que se pretende adquirir son sueros de irrigación. Así, los lotes se dividen en jeringas estériles y precargadas, solución de cloruro sódico, de glicina e hipertónicas, frascos humificadores y equipos de irrigación (dos vías y enemas).

Si bien la ampliación del objeto que consta en la escritura pública de 26 de abril de 2013 era acorde con este suministro, lo cierto es que el requisito de capacidad se cumple a posteriori de finalizar el plazo para presentar las proposiciones económicas. En este sentido este Tribunal Central de Recursos Contractuales ya se ha pronunciado en la resolución 247/2011, de 26 de octubre "...

*"Quinto.- La posibilidad de subsanar deficiencias está expresamente prevista en la Instrucción de contratación de RENFE-operadora al disponer que: "Una vez constituida la Mesa, procederá a ejercer sus funciones, detalladas anteriormente. A tal efecto, comenzará analizando y calificando la documentación administrativa presentada. Si la Mesa observase deficiencias en la documentación aportada por los licitadores, y éstas fueran subsanables, concederá un plazo para ello, que como mínimo será de tres días hábiles."*

Redacción no muy distante de la que encontramos en el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

De lo expuesto, la siguiente cuestión es si la falta de capacidad de obrar es subsanable.

El Informe núm. 53/2010 de 10 diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a propósito de la guía de contratación de la Comisión Nacional de Competencia establece que: *"En los distintos informes adoptados a lo largo de su existencia se manifiestan dos criterios constantes resumidos de manera práctica y acertada en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, en el que señala como una regla aplicable por todos, que **es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe**, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa. El segundo criterio está referido a que la subsanación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 81.2 y 83.6 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, no puede ser aplicada en las proposiciones de las empresas."*



Más adelante sostiene que: *"Por otra parte la abundante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en materia de defectos subsanables viene a sentar un criterio claro a este respecto, además de indicar que dicho criterio general deberá ser aplicado por el órgano de contratación caso por caso. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dicho en numerosos informes que sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquéllos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debería existir con anterioridad a la fecha de presentación de la proposición, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación..."*

*Esta Junta Consultiva entiende que ante este tipo de supuestos procede diferenciar dos situaciones:*

*a) En primer lugar, si la Mesa de Contratación concluyese que el objeto social que consta en los Estatutos podría acreditarla capacidad del licitador, pero en su formulación el texto ofrece dudas por lo sumario del mismo, por su imprecisión o por alguna diferencia terminológica respecto del pliego, como parece ser el caso, en ese supuesto esta Junta entiende que la capacidad del licitador habrá existido con anterioridad a la fecha de expiración del plazo de presentación de proposiciones y, por lo tanto, **será un defecto subsanable mediante la aclaración del objeto social con el fin de darle un perfecto encaje en él a lo exigido por los pliegos.***

*b) Si, por el contrario, el objeto social de la entidad licitadora desde antes de la expiración del plazo de presentación de proposiciones es diferente del objeto social exigido por los pliegos a efectos de acreditarla aptitud de la empresa y, por lo tanto, fuera necesaria una modificación que innovara en el objeto social, esto es, que fuera más allá de una mera aclaración del mismo, en ese caso estaríamos ante un defecto insubsanable."*

Por tanto y dado que el propio recurrente parece considerar que respecto de estos tres lotes la subsanación se producía con la ampliación del objeto social y esta no es posible admitirla por las razones anteriormente expuestas, el recurso en este apartado no puede prosperar y debe desestimarse.

**Sexto.-** La alegación segunda se refiere a que el recurrente entiende que el suministro del lote nº 13 para el que presentó proposición económica y que se denomina "EQUIPO IRRIGACIÓN DOS VÍAS CON PINZAS" se encuentra recogido en el primitivo objeto



social definido en los Estatutos de la Compañía, cuyo artículo 2 es del siguiente tenor literal *“Comercio al por mayor de aparatos e instrumentos médicos, ortopédicos, ópticos y fotográficos, así como sus consumibles y su importación, exportación e intermediación”*.

Para analizar esta cuestión es necesario en primer término traer a colación la doctrina de este Tribunal en cuanto a la coincidencia del objeto social de las personas jurídicas que concurren a una licitación y el que es definido en los correspondientes pliegos que rigen aquel procedimiento.

En concreto, en la resolución 154/2013 se establece lo siguiente:

*“En este sentido, numerosos informes de los órganos consultivos en materia de contratación, entre los que citamos expresamente los informes 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña y el informe 11/08, de 30 de abril de 2009 de la Junta Consultiva de Baleares, así como las resoluciones de este Tribunal, como la resolución 148/2011, interpretan los preceptos indicados en el sentido siguiente:*

*-La Ley no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, entendiendo que la interpretación del artículo 57.1 debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa.*

Particularmente, por su relación con el asunto que nos ocupa, transcribimos literalmente parte del primer informe anteriormente indicado:

*"1. Al efecto de responder las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Lérida, se pueden distinguir, teóricamente, dos situaciones de hecho. Un primer supuesto en el que todas las empresas que se presentan a una licitación como UTE tienen un objeto social que tiene relación directa o indirecta con las prestaciones que integran el objeto del contrato, ya sea parcialmente o totalmente. Este supuesto no plantea especiales problemas, más allá del hecho de que la mesa o los servicios correspondientes del órgano de contratación tienen que comprobar que entre todas las empresas que integran la UTE se cubre por capacidad (tanto por objeto como por solvencia) la totalidad de las prestaciones que integran el objeto del contrato.*



*Un segundo supuesto sería aquél en el que algunas de las empresas que se presentan a una licitación como UTE tienen un objeto social totalmente o parcialmente coincidente con el objeto del contrato, pero también se incorpora alguna o algunas empresas, el objeto de las cuales, no tiene ninguna relación, ni directa ni indirecta, con el objeto del contrato”.*

Pues bien, hay que iniciar el examen de lo que respecto al objeto del contrato, figura en los pliegos.

El pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas se refieren al suministro de sueros de irrigación y lavado. Sin embargo de los 14 lotes que conforman la licitación algunos responden expresamente a la acepción de “suero” y otros no, ya que junto a los mismos o diversas “soluciones químicas” hay lotes para el suministro de determinados elementos o bienes para la aplicación de dichos sueros como lo que se denomina expresamente en el lote 13 “Equipo irrigación dos vías con pinzas” que tal y como se define en el pliego de prescripciones técnicas, tiene como finalidad la administración de fluidos en irrigación continua.

Por su parte, es el propio pliego de prescripciones técnicas el que determina en el apartado cuarto, que todo el material sanitario cumplirá las condiciones exigidas por el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, así como la legislación vigente en materia de seguridad y salud.

El Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios dispone en el artículo 2, bajo la rúbrica “definiciones”, lo siguiente:

*“A los efectos de este Real Decreto se entenderán por:*

*A) Producto sanitario: cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de:*

*-Diagnostico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad.*

*-Diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia.*

*-Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico.*

*-Regulación de la concepción.*

*B) Accesorio: Un artículo que sin ser producto concreto sanitario, es destinado específicamente por el fabricante a ser utilizado de forma conjunta con un producto para que este último pueda utilizarse de conformidad a la finalidad precisa para el producto por su fabricante”.*

La disposición reglamentaria no dice nada más al respecto por lo que debemos entender, entre otras características, del concepto *producto* su generalidad y diversidad dado el elenco de los que conforman aquella definición, de los que forman parte del género (instrumentos, dispositivos, equipos, material u otros elementos).

En definitiva, los productos sanitarios tal y como están regulados son todos aquellos que se utilizan en el entorno médico-sanitario.

A falta de concreción en la regulación de todos los bienes o elementos que se denominan productos sanitarios, habrá que acudir a la aplicación supletoria de las normas que sobre la interpretación de los contratos se recogen en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, en concreto los artículos 1281 y 1286, para determinar cual es el sentido literal de estos términos que sea además acorde a los pliegos que rigen la contratación de los mismos. En lo que aquí interesa: equipo (puesto que así se requiere respecto al lote nº 13), instrumentos médicos (puesto que formaban parte del objeto social estatutario de la empresa), incluso el término “aparato” (al que se refiere también el objeto social de los Estatutos).

Según la Real Academia de la Lengua Española, y su acepción más acorde a los pliegos de la presente licitación:

-“Instrumento”: Es el conjunto de piezas combinadas adecuadamente para que sirva como determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios. Máquina.

- “Equipo”: Es la colección de instrumentos, utensilios y aparatos especiales para un fin determinado. Equipo quirúrgico, de salvamento.

-“Aparato”: Es el conjunto organizado de piezas que cumplen un fin determinado.

Por tanto una interpretación amplia del artículo 57.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público permite afirmar que siendo el EQUIPO DE IRRIGACIÓN del lote 13, una colección de instrumentos, utensilios o aparatos destinados a una finalidad como se desprende no solo de su definición lingüística sino también de su descripción en el pliego de prescripciones técnicas (equipo de irrigación compuesto por doble punzón



perforador, cámara de goteo, tubo prolongador de grueso calibre que se ramifica en “Y”, regulador de flujo y pinzas clampadoras) y el objeto social del recurrente (la comercialización al por mayor entre otros de aparatos e instrumentos médicos), debe admitirse que la empresa pueda cumplir con las prestaciones objeto del contrato por estar comprendidas entre los fines y ámbito de actividad de esta.

Falta por indicar que no puede admitirse los argumentos del órgano de contratación que fundamenta la exclusión de la recurrente del lote nº 13 en que apenas existen diferencias, cualitativas, conceptuales o de uso entre el objeto del lote nº 13 y los equipos o instrumentos médicos cuya comercialización forman parte del objeto social de la empresa, basándose fundamentalmente en que aquel es un material de naturaleza fungible y que no precisan de otro equipamiento para su utilización.

En primer término en ningún apartado del pliego se especifica que el equipo del lote nº 13 tiene una naturaleza fungible y por otra nada impide entender que en la definición de equipo o aparato pueda incluirse algunos de ésta naturaleza, entendiéndose por fungibles aquellos bienes que se deterioran por el uso y pueden ser sustituidos por otros de las mismas características.

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, por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. S.R.B., en nombre y representación de BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L.L, contra el acuerdo de exclusión de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud del procedimiento de licitación del suministro de sueros de irrigación y lavado con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud y centros concertados, anulando el acuerdo de exclusión del

recurrente, en cuanto se refiere al lote nº 13 y retrotrayendo el procedimiento al momento inmediatamente anterior.

**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 Murcia, 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.