

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.J.A., en nombre y representación de Nipro Europe, S.A. Sucursal en España, contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 20 de diciembre de 2012, por la que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 1, respecto al Acuerdo Marco para el "Suministro de tiras reactivas para la determinación de valores de glucemia en sangre capilar con destino a los Centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud", Expte: PA09/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de octubre de 2012, se publicó en el BOE el anuncio de la convocatoria correspondiente al Acuerdo Marco para el "Suministro de tiras reactivas para la determinación de valores de glucemia en sangre capilar con destino a los Centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud", con un valor estimado de 77.010.800 euros, y un plazo de ejecución de 24 meses, dividido en tres lotes.

Para acreditar la solvencia económico financiera de los licitadores el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establecía, en el apartado 5 del anexo 2, que la misma debería realizarse en la forma establecida en el apartado c) del artículo 75 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), concretando que para acreditar la de los licitadores para el lote 1 se requiere declaración de que el volumen global de negocios de la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios sea de 19.998.000 euros cada año, indicando que *“a estos efectos se entenderá acreditada esta solvencia por aquellas empresas que aporten la referida declaración, para cada uno de los tres últimos ejercicios, por un volumen global de negocios igual o superior al presupuesto de licitación anual al lote que licite.”*

Segundo.- En la documentación administrativa la empresa Nipro Europe, S.A. Sucursal en España aporta declaración con la siguiente cifra de negocios para el lote 1 al que licita:

Año 2009: 10.905.980,29 €

Año 2010: 15.279.307,29 €

Año 2011: 17.514.889,91 €

En sesión celebrada en fecha 3 de diciembre de 2012 la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de Nipro Europe, S.A. Sucursal en España, por ser insuficiente la solvencia económica aportada.

Según consta en el acta de la Mesa de contratación, en el acto público de apertura de las proposiciones económicas, celebrada el 10 de diciembre de 2012, se comunica la exclusión de la recurrente al lote 1 *“por falta de solvencia económica”*. El Presidente comunica a los representantes asistentes que disponen de un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para presentar las observaciones o alegaciones que estimen oportunas ante el órgano de contratación.

En fecha 11 de diciembre de 2012 la empresa Nipro Europe, S.A. Sucursal en España aporta escrito de *“aclaración de la proposición de licitación presenta por “Nipro Europe SA, Suc. en España al acuerdo marco PA 09/2012” en el que solicita que “se tenga por aclarada la “declaración relativa a la cifra de negocio global de la empresa en el curso de los últimos tres ejercicios” que se presentó junto a nuestra proposición la licitación para el Acuerdo Marco PA 09/2012”*. En ese escrito, en resumen, se afirma que: a) Nipro Europe, S.A. Sucursal en España es una empresa sin personalidad jurídica, que pertenece a su matriz NIPRO EUROPE NV; b) Que han detectado que ha existido una omisión involuntaria y subsanable al informar sobre la solvencia económica, en concreto en la declaración relativa a la cifra de negocios, incluyendo la solvencia económica de la sucursal y no la de la matriz. El escrito de aclaraciones fue tramitado como una reclamación y resuelta por el órgano de contratación en fecha 20 de diciembre de 2012.

El 20 de diciembre de 2012 la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria dicta Resolución ratificando el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación el 3 de diciembre de 2012 de excluirla del lote 1 del Acuerdo Marco *“por no acreditar la solvencia económica exigida para el Lote 1 al que licita”*. Todo ello *“de conformidad con lo establecido en el artículo 87.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como en el artículo 20.7, del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”*. El 2 de enero de 2013 se notificó a Nipro Europe, S.A. Sucursal en España la citada Resolución.

Tercero.- Frente a dicha Resolución la recurrente, mediante escrito presentado en Correos y dirigido al Servicio Madrileño de Salud anunció la interposición de recurso especial en materia de contratación el 4 de enero de 2013. El día 9 de enero presentó el anuncio ante el mismo organismo.

Con fecha 14 de enero el anunciado recurso se registró ante el Servicio

Madrileño de Salud que remitió el expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el día 17 de enero de 2013.

La recurrente argumenta que no se le ha concedido plazo para la aclaración de las cifras de negocio, considera que cumple con el requisito de solvencia económica y financiera exigido en el PCAP, asimismo alega falta de motivación de la Resolución de 20 de diciembre de 2012 y solicita que se declare la nulidad de la Resolución de 20 de diciembre de 2012 y en su lugar se dicte otra donde se la incluya como licitador al lote 1. Igualmente solicita la suspensión del procedimiento de contratación.

El 18 de enero la recurrente presentó ante el Servicio Madrileño de Salud, que lo remitió al Tribunal el 23, escrito en el que señala que ante la imposibilidad de aportar los informes de auditoría presentados en castellano en el momento de interponer el recurso, y para facilitar la comprensión de los mismos del órgano decisorio, proceden a aportar copia de los informes de auditoría de NIPRO EUROPE correspondientes a los años 2009, 2010 y 2011 traducidos al castellano.

Cuarto.- Con fecha 21 de enero de 2013, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, habiendo finalizado el plazo sin que se hayan presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, pues se trata de un licitador que presentó su proposición. Así mismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Debemos analizar si el acto recurrido se encuentra entre los que el TRLCSP enumera como susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, el artículo 40.2.b) del TRLCSP enumera:

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.

El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de 20 de diciembre de 2012, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, ratificando el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación el 3 de diciembre de 2012 de excluir a la recurrente del lote 1 del Acuerdo Marco.

Dicha Resolución fue dictada como contestación al escrito de aclaraciones presentado por la recurrente el 11 de diciembre *“de conformidad con lo establecido en el artículo 87.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como en el artículo 20.7, del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”.*

El Artículo 19.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dispone que si se observasen defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados a que afecten, mediante telefax, correo

electrónico o cualquier otro medio que permita tener constancia de su recepción por el interesado, de la fecha en que se reciba y del contenido de la comunicación, concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios. Sin perjuicio de lo anterior, la Mesa podrá disponer que las circunstancias indicadas se hagan públicas por el medio que a este efecto se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En cambio ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, lo que permitiría que comenzara a contar el plazo para la interposición del recurso especial desde que el interesado tuviera conocimiento de su exclusión.

En consecuencia, la actuación del órgano de contratación en este sentido ha sido correcta, en cuanto que según el expediente remitido a este Tribunal se ha informado verbalmente a los licitadores en el acto público de apertura de proposiciones económicas.

Interesa indicar en este punto que el TRLCSP en su artículo 151.4 impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, en el acto de calificación de la documentación efectuado por la Mesa, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4 obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, éste puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y también lo comparte este Tribunal que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de la posibilidad de interposición de recurso ajustado a lo dispuesto en el artículo 44 del TRLCSP.

Aunque el órgano de contratación indica que el representante de Nipro Europe no hizo observación alguna en el acto de apertura de las proposiciones económicas ante la comunicación de su exclusión, no consta una notificación formal a los licitadores excluidos que pudiera determinar el inicio del cómputo del plazo de interposición del recurso y su consideración como extemporáneo. Tampoco la recurrente manifiesta haber tenido conocimiento en un momento anterior o que el documento presentado el 11 de diciembre sea consecuencia de la exclusión pretendiendo subsanarlo o recurrirlo, manifestando su desacuerdo, sino que explícitamente lo califica como aclaraciones. Por ello, el plazo de interposición ha de considerarse desde que el licitador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2.b) del TRLCSP, haya tenido conocimiento de la exclusión, lo cual no aparece documentado sino en la Resolución impugnada dictada en contestación al escrito de

aclaraciones presentado, que aunque no contenía los recursos procedentes contra la misma, la recurrente se da por enterada con la interposición del presente. Por tanto cabe admitir la posibilidad de interponer recurso contra la exclusión a partir de este momento anterior a la notificación de la adjudicación en que la recurrente se da por notificada de la misma.

En este punto cabe, asimismo, analizar los efectos de la resolución por la que se ratifica la exclusión sobre la admisibilidad del recurso por si se hubiera producido el efecto de cosa juzgada al ser una cuestión ya resuelta sobre la que no debería volver a pronunciarse el Tribunal.

El artículo 20.7 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que se cita como fundamento de la Resolución impugnada en el recurso, dispone que *“finalizada la apertura de las proposiciones, se invitará nuevamente a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la Mesa de contratación, resolverá sobre las mismas”*.

En el mismo sentido el artículo 87.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) dispone que *“determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.”*

Conviene examinar si el sistema previsto en los citados artículos reglamentarios y en concreto el del 20.7 del RGCPM, aplicable en la Comunidad de Madrid, es compatible con la normativa del recurso prevista en el TRLCSP atribuyendo su resolución a un órgano independiente.

Según la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público *“quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente ley”*. Habiéndose establecido en el TRLCSP un régimen de impugnación que responde a la exigencia de las directivas de la Unión Europea de que se instaure un medio de resolución de controversias rápido y eficaz ante un órgano independiente, con anterioridad a la perfección del contrato, el recurso especial no es compatible con un sistema que atribuye al órgano de contratación la resolución de reclamaciones que pueden afectar a actos susceptibles del recurso y en cuanto incompatible con la regulación del recurso ha de considerarse tácitamente derogado.

Menos aún se acomodaría con el recurso especial, considerar aplicable un procedimiento más complejo que exigiría, en primer término, formular una reclamación contra el acuerdo de la Mesa de contratación ante el órgano de contratación y, una vez resuelta esta reclamación, en su caso, interponer el verdadero recurso, como si de una carga previa de éste se tratase.

Tal como establece el artículo 40.1 del TRLCSP contra los actos enumerados en el apartado 2 procede la interposición del recurso especial en materia de contratación y los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1 serán susceptibles de los recursos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación (art.40.3 del TRLCSP). Solo en el ámbito de estos defectos de tramitación que afecten a actos no susceptibles de recurso administrativo, ni ordinario ni especial, tendría su ámbito de aplicación la reclamación regulada en el citado artículo 20.7 del RGPCM.

El propio artículo 40 del TRLCSP, en su apartado 5, regula el carácter especial del recurso excluyendo de manera clara y expresa la compatibilidad con los recursos administrativos ordinarios en los supuestos en que sea procedente el recurso especial contra los actos de los contratos enumerados en sus apartados 1 y 2, salvo las excepciones que puedan establecer las Comunidades Autónomas en su normativa, con carácter previo a la interposición del recurso especial.

La Comunidad de Madrid, en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, ha regulado el ámbito de actuación, competencia y procedimiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Los supuestos y actos recurrible, así como el régimen de legitimación, interposición, planteamiento, tramitación, resolución, efectos y consecuencias jurídicas del recurso especial en materia de contratación, serán los establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público, sin que se haya previsto la necesidad de interposición de recurso administrativo con carácter previo, ni de lo hasta aquí analizado pueda darse a lo previsto en el artículo 20.7 del RGPCM tal carácter.

Por lo tanto, puede concluirse que el sistema de recursos previsto en el TRLCSP establece que contra los actos enumerados en el apartado 2 de su artículo

40, únicamente cabe interponer el citado recurso especial, excluyendo otros recursos administrativos, cuya resolución corresponde a un órgano independiente, en este caso al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Contra los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del artículo 40.1 del TRLCSP procederá la interposición de los recursos administrativos ordinarios y los defectos de tramitación no susceptibles de recurso, únicamente podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

El artículo 20.7 del RGCPM, está en contradicción con el artículo 40 del TRLCSP, cuando las observaciones o reservas se refieran a actos de trámite cualificados, susceptibles de ser recurridos mediante el recurso especial regulado en el citado artículo 40, por lo que por aplicación del principio jurídico *lex posterior derogat anterior* y el de jerarquía normativa y prevalencia de la ley sobre el reglamento (artículo 9.3 de la Constitución), hay que mantener que el contenido de los preceptos del TRLCSP han de aplicarse con preferencia sobre el precepto reglamentario, y por tanto considerarlo implícitamente derogado en cuanto se opone, por incompatibilidad, a dicho texto legal.

En el expediente que estamos analizando la recurrente no fue notificada formalmente de su exclusión, ni pidió explicaciones a la Mesa de contratación sobre la misma, ni en su escrito de 11 de diciembre, formalmente, formula ninguna reclamación, ni tampoco solicitaba la revocación, nulidad o ineficacia de algún acto administrativo, por lo que no cabe calificarlo como recurso ni producir efectos de cosa juzgada. Solo consta un documento que aparece calificado como aclaraciones y cuyo contenido es la aportación de documentación complementaria a la adjuntada para justificar la solvencia económico financiera. La tramitación de la solicitud formulada, aunque amparada en una fundamentación jurídica errónea, condujo a

inadmitir la nueva documentación aportada y ratificar la decisión de exclusión, por lo que aunque sea de forma indirecta la recurrente ya conoce de la exclusión mediante una notificación formal, que le ha servido para la interposición del recurso y este debe ser admitido, sin que de la tramitación como reclamación deba considerarse que se haya producido el efecto de cosa juzgada.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2.b) del artículo 44 que *“Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

Habiéndose remitido la notificación de la Resolución de ratificación del acuerdo adoptado por la Mesa de contratación ahora impugnada el día 27 de diciembre de 2012, recibida según afirma la recurrente el 2 de enero y siendo interpuesto el recurso el día 14 de enero de 2013, el mismo se presentó en plazo.

Cuarto.- La resolución recurrida se ha dictado dentro del procedimiento de adjudicación de un Acuerdo marco correspondiente a un contrato de suministro, con un valor estimado de 77.010.800 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los tipos de contrato susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Sexto.- El recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta exclusión de su oferta al entender que cumplía con los requisitos de solvencia

económica y financiera exigidos, que debería haber dado lugar a un requerimiento de subsanación por la Mesa de contratación, aceptando la acreditación con las cifras de negocio de la sociedad matriz.

Como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas constituyen la ley del contrato, de manera que tanto los licitadores y contratistas como los órganos de contratación deben atenerse a sus cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 del TRLCSP y constante jurisprudencia.

En este caso el PCAP exigía como medio de acreditación de la solvencia económica y financiera, en los términos del artículo 75.1.c) del TRLCSP, la declaración sobre el volumen global de negocios de la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios fiscales por un importe anual superior a 19.998.000 euros, cuantía que no se alcanza en la declaración que la recurrente incluye en el sobre correspondiente, al declarar una cifra insuficiente tal como consta en los antecedentes de hecho.

Aduce la recurrente, y así lo hace constar en el escrito de aclaraciones que presentó del 11 de diciembre, que revisando la documentación detectó una omisión involuntaria y subsanable pues al informar sobre la solvencia económica solo informó de la cifra de ventas de la sucursal en España y no de la cifra global de Nipro Europe, persona jurídica única e indivisible. Considera que se trata de una omisión subsanable y no se le ha concedido plazo para aclarar las cifras de negocio.

El artículo 146 TRLCSP, en su apartado 1, enumera la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos que han de acompañar a las proposiciones de los licitadores, entre la que se encuentra la correspondiente a la acreditación de la clasificación de la empresa, en su caso, o justificación de los requisitos de su solvencia.

El establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato enunciados de forma explícita en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. El reconocimiento de un plazo extra, más allá del plazo de subsanación, a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del PCAP debe considerarse como una ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley.

Corresponde por tanto a cada licitador aportar los documentos acreditativos de los requisitos previos establecidos en los Pliegos para contratar, debiendo en todo caso pechar con las consecuencias de la falta de acreditación.

El artículo 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGPCM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, relativo a la calificación de la documentación y aplicación de los criterios de selección, establece en su apartado 2 que, si se observasen defectos y omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados, concediéndoseles un plazo no superior a 5 días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios. En términos similares se dispone la subsanación de defectos u omisiones de la documentación que acompaña a las proposiciones en el artículo 81.2 del RGLCAP. En igual sentido la cláusula 12 del PCAP del Acuerdo Marco P.A 09/2012.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos u omisiones en la documentación que ha de acompañar a las proposiciones de las empresas. Este trámite es de obligado cumplimiento siempre que los defectos u omisiones en la documentación presentada sean subsanables, correspondiendo a la Mesa de contratación apreciar qué defectos son subsanables, o no, puesto que la normativa no lo determina expresamente.

La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, y ha de concederse por igual a todos los licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad de trato establecidos en los arts. 1 y 139 TRLCSP. En este sentido se pronuncia el informe 2/2012 de 22 de febrero, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

Tal como resulta del expediente la licitadora fue Nipro Europe, S.A. Sucursal en España.

Considera el informe del órgano de contratación que se trata de una sociedad con personalidad jurídica propia, forma jurídica y nacionalidad española, que no se trata de un mero establecimiento permanente sino que tiene personalidad jurídica conforme a la legislación española por lo que si el licitador quiso acudir a la integración de la solvencia con medios externos alegando la solvencia de Nipro Europe N.V. no puede exigir que la Mesa le requiera para ello en plazo de subsanación careciendo en la documentación de cualquier elemento de juicio para ello.

En el escrito de aclaraciones aportado por la recurrente el 11 de diciembre se afirma que *“habida cuenta de la escasa regulación mercantil sobre Sucursales de empresas extranjeras en orden a justificar la capacidad económica se considera preciso aclarar que la Sucursal en España de Nipro Europe N.V. es un ente sin personalidad jurídica propia distinta de la Nipro Europe, N.V., y aunque a efectos tributarios es considerado un establecimiento permanente que cierra ciclo económico, a efectos legales quien asume los derechos y obligaciones es la única persona jurídica existente, Nipro Europe, N.V.”.*

El artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, da la siguiente noción de sucursal: *“A efectos de lo prevenido en este Reglamento, se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad”*.

Como características derivadas de la anterior definición podemos extraer:

1. Son establecimientos secundarios subordinados al principal tanto en el aspecto jurídico como en el fiscal.
2. Tienen cierta autonomía de gestión por lo que poseen una organización propia y un órgano de dirección que ostenta poderes suficientes otorgados por la sede central.
3. Carecen de personalidad jurídica. A pesar de la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, la inscripción no es constitutiva.
4. La identidad con el objeto de la matriz puede ser total o parcial.
5. La responsabilidad de la sucursal no es independiente de la del establecimiento principal, pudiendo los acreedores de aquella dirigirse contra la matriz.

En este caso el informe del órgano de contratación, afirma que para adoptar el acuerdo de exclusión se tuvo en cuenta la solvencia declarada por la propia licitadora y la Mesa de contratación concluyó que carecía de la requerida por el PCAP y ni siquiera entró a considerar que fuera un defecto subsanable, entendiendo que el documento que presenta acredita que carece de la solvencia requerida. Añade que nada podía hacer pensar a la Mesa de contratación que la licitadora tenía una solvencia distinta a la por ella misma alegada en la documentación aportada y conceder por ello plazo de subsanación, pues la misma declaración aportada evidenciaba el incumplimiento de las condiciones de solvencia exigidas en los pliegos.

Este Tribunal considera que la documentación aportada para acreditar la solvencia económica exigida es formalmente correcta y supone una solvencia económica insuficiente. Sin embargo la declaración del volumen de negocios se realiza en nombre de la sucursal en España de una persona jurídica extranjera lo cual suscita al menos la duda de si será posible o necesario completar o aclarar su cuantía y en consecuencia la duda sobre el carácter subsanable o no del defecto. La decisión de exclusión sin conceder la posibilidad de explicación o subsanación es de la suficiente trascendencia y gravedad como para plantearse la posibilidad de subsanación. La tendencia a facilitar la subsanación de los defectos de la documentación que ha de acompañar las proposiciones de las empresas es también extensiva a la acreditación de la solvencia. Además ha de hacerse una interpretación favorable a facilitar la máxima concurrencia lo que conduce a la necesidad de facilitar la posibilidad de que se subsane el defecto apreciado, por lo que la decisión de exclusión de la recurrente sin concederle plazo de subsanación no se considera conforme a derecho, por lo que procede que se retrotraigan las actuaciones y por la Mesa de contratación se conceda plazo de subsanación y se valore la documentación presentada.

Séptimo.- Se alega por la recurrente que cumple con el requisito de solvencia exigido en el pliego y al efecto procede analizar el valor del escrito con la aclaración presentada el 11 de diciembre.

Como ya se ha manifestado, el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones, trae como consecuencia que los requisitos previos se deben cumplir el último día de presentación de proposiciones y que la Mesa de contratación no puede hacerse cargo de documentos que se aporten con posterioridad al plazo de licitación o al de subsanación, tal y como recogen los artículos 20.5 del RGCCM y 83.6 del RGLCAP *“sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas o el concedido para corrección de defectos u omisiones o para aclaraciones o aportación de documentos complementarios”*. Admitir esta

documentación sin previamente haber considerado oportuno conceder un plazo de subsanación, supondría vulnerar los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 del TRLCSP).

Así que no es preciso entrar a valorar si la documentación aportada en el denominado escrito de aclaraciones es suficiente o no, dado que la misma no ha sido valorada, pues hemos visto que procedía la concesión de un plazo de subsanación que no se dio y en este caso dicha aclaración y la documentación que se adjunta a la misma, fue presentada una vez concluido el plazo de presentación de ofertas y es conforme a derecho la decisión del órgano de contratación de ratificar la exclusión acordada por la Mesa sin tener en cuenta dicha documentación.

Octavo.- Se alega finalmente la falta de motivación de la resolución impugnada, que ratifica la decisión de la Mesa de contratación de exclusión.

Como se ha señalado en el Fundamento de Derecho segundo la decisión de exclusión no precisa, según la normativa de contratación, de una notificación expresa más allá de la notificación en acto público a que se refieren el artículo 83.4 del RGLCAP y artículo 20 del RGCCM, debiendo notificarse y motivarse necesariamente en la resolución de adjudicación. Como hemos señalado la Resolución de 20 de diciembre, tiene como fin no resolver una reclamación, ni notificar la exclusión, sino dar contestación a la aportación de documentos (escrito de aclaraciones) una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas y una vez tomado el acuerdo de exclusión de la recurrente.

Consta en dicha resolución que la misma se toma visto el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación en su sesión celebrada el día 19 de diciembre de 2012, en relación con el escrito de alegaciones presentado por Nipro Europe Sucursal en España, por la cual, si no la conocía ya anteriormente por su asistencia al acto público de la Mesa de contratación, pudo saber de su exclusión, que le ha permitido la interposición del recurso.

En cuanto a la motivación *in aliunde* constan en el expediente los fundamentos e informes en que se basó la decisión adoptada. La motivación de la Resolución del órgano de contratación tiene lugar por la aceptación del acuerdo de la Mesa de Contratación de exclusión, documento que no se anexa a la notificación pero que pudo ser reclamado por la recurrente.

La finalidad esencial de la motivación es que el interesado conozca las razones de la estimación o desestimación de su pretensión que le permitan formular recurso debidamente fundado y facilitar un eventual control jurisdiccional del acto. Las razones de la exclusión se han notificado siguiendo el procedimiento previsto en la normativa de contratación y aunque no se adjuntó a la notificación la justificación en que se funda, el interesado tuvo conocimiento de su existencia. La recurrente, a pesar de los defectos de la notificación, ha tenido conocimiento de las causas de su exclusión, como lo demuestra su escrito de aclaraciones señalando que presentó unas cuantías de volumen de negocios insuficiente y la argumentación del propio recurso especial en materia de contratación interpuesto, en el que objeta sobre ellas. No se aprecia indefensión alguna que pudiera fundar la anulabilidad de la Resolución.

Según la recurrente la Resolución impugnada debería haber motivado también por qué desatiende el contenido del escrito de aclaración. Dice no se motivan siquiera suscitadamente porque no se ha tenido en cuenta, se limita a excluirla de la licitación con grave lesión del principio de concurrencia, no discriminación, seguridad jurídica e igualdad de trato ante la ley con clara indefensión para la misma al desconocer la motivación real de su exclusión.

Ciertamente la Resolución impugnada se ha tramitado como una reclamación contra la exclusión y sin embargo trae causa del escrito de aclaraciones presentado por la recurrente sobre el cual no se pronuncia. Consta en el expediente el informe de los Servicios Jurídicos y de la Intervención Delegada previos a la Resolución,

pero en la misma no consta ninguna referencia a los mismos ni se ha incorporado su contenido. En este sentido solo cabe reconocer la ausencia de motivación que debería conducir a la práctica de una nueva notificación con el contenido adecuado. Sin embargo no es menos cierto que la misma no ha producido indefensión al recurrente pues constando la motivación *in aliunde* por remisión al acta de la Mesa de contratación para el conocimiento de las causas de exclusión y ratificándose en su contenido, pudo concluir que las razones del mantenimiento de la decisión eran las mismas. La práctica de una nueva notificación solo supondría la incorporación de los argumentos que figuran en los informes previos a la Resolución, cuyo contenido ha examinado el Tribunal (no es posible a la Mesa de contratación hacerse cargo de documentación fuera del plazo de presentación de proposiciones o de subsanación) y han sido tenidos en cuenta para la adopción de esta Resolución según consta en el Fundamento de Derecho anterior.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.J.A., en nombre y representación de Nipro Europe, S.A. Sucursal en España, contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 20 de diciembre de 2012, por la que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 1, respecto al Acuerdo Marco para el "Suministro de tiras reactivas para la determinación de valores de glucemia en sangre capilar con destino a los Centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud", Expte: PA09/2012, debiéndose conceder plazo para la subsanación de los defectos apreciados en la acreditación de la solvencia económica.

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.