

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

En Madrid, a 31 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Surgical S.A., contra la Resolución de 10 de julio de 2013, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por la que se adjudican a la empresa JFL IMPLANTS, S.L. los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco P.A. 5/2013 para la contratación del suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera) con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, P.A. 5/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 28 de enero de 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad, se hace pública la convocatoria para la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar por procedimiento abierto

con criterio único precio, dividido en 13 lotes y con un valor estimado de 47.473.309,80 euros.

Segundo.- El Pliego de Clausulas Administrativas Particulares (PCAP) en concreto, en el apartado 5 de su Anexo 2, se refiere a la solvencia en los siguientes términos:

“5.- Solvencia económica, financiera y técnica:

Acreditación de la solvencia económica y financiera:

Artículo 75. 1.c) del TRLCSP:

Declaración sobre el volumen global de negocios de la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios fiscales, indicando de forma expresa la cifra de negocios en el ámbito correspondiente al objeto del contrato.

Criterio de selección: 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 a las cifras que para cada lote se indican a continuación:

(...)

Si por razones justificadas (ausencia de actividad en todos o algunos de los 3 últimos ejercicios fiscales) un empresario no puede facilitar las referencias anteriormente indicadas, podrá acreditar la solvencia económica y financiera mediante informe de una institución financiera, que garantice indubitadamente dicha circunstancia.

Acreditación solvencia técnica:

Artículo 77. 1.a) y e) del TRLCAP

Criterios de selección:

- 1. Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos.*
- 2. Los licitadores deberán aportar ficha técnica y descripción de los productos ofertados.*

Tercero.- Mediante Resolución de 10 de julio de 2013, publicada el 15 de julio de 2013 en el Perfil del Contratante, se adjudicaron a JFL Implants, S.L. los lotes 1, 4 y 7 del Grupo A (prótesis de rodilla) y 1, 2, 3, 4 y 5 del Grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco.

Cuarto.- Contra la indicada Resolución, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre (TRLCSP), de fecha 17 de julio, la empresa B. Braun Surgical S.A., interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal el día 23 de julio de 2013, que el mismo día lo remitió al Servicio Madrileño de Salud (SERMAS).

La recurrente aduce que solicitó el acceso al expediente y comprobó que la documentación presentada por JFL Implants, S.L. para acreditar su solvencia económica y financiera fue un simple informe emitido por una entidad bancaria, concretamente la agencia nº 3 de la ciudad de Vigo del Banco Pastor.

Asimismo, afirma que también comprobó que JFL Implants, S.L. no aportó documentación alguna para acreditar su solvencia técnica, y concretamente no presentó ninguna relación de los suministros efectuados, de similar naturaleza al del objeto del contrato, durante los tres últimos ejercicios, indicando su importe, fechas y destinatarios públicos o privados de los mismos.

Alega la anulabilidad de la resolución por la que se adjudica el acuerdo marco por el incumplimiento por parte de JFL implants, S.L. de los requisitos relativos a la solvencia técnica exigidos en el PCAP.

Por todo lo expuesto, considera que procede excluir a JLF Implants, S.L de la licitación por haber incumplido lo exigido en el PCAP a fin de acreditar su aptitud para contratar y, en consecuencia, procede anular la Resolución de 10 de julio de 2013 por la que se adjudica a JLF Implants, S.L. el acuerdo marco PA 5/2013 convocado por el Servicio Madrileño de Salud.

Por ello solicita que se acuerde anular la adjudicación del contrato a la empresa JLF Implants S.L. y ordenar al órgano de contratación que proceda a seleccionar entre las cinco ofertas económicamente más ventajosas del lote 1 del Grupo A y de los lotes 1, 3 y 4 del Grupo B, las ofertas presentada por B. BRAUN SURGICAL, S.A. a dichos lotes.

El SERMAS en el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, remitido a este Tribunal el día 26 de julio de 2013 señala que JLF Implants, S.L., presentó un informe de entidad financiera en la que queda debidamente acreditada la solvencia económica y financiera. En lo que se refiere a la solvencia técnica, se acredita suficientemente con la ficha técnica y descripción de los productos ofertados y así se reconoce por el grupo técnico constituido por expertos profesionales de los servicios de cirugía ortopédica y traumatología de diferentes hospitales madrileños. Añade que es evidente que no puede aportar suministros de similar naturaleza durante los últimos tres años, puesto que como vimos para la solvencia económico financiera la empresa ha alegado ausencia de actividad en todos o en alguno de los tres últimos ejercicios fiscales, según acredita mediante escritura de constitución.

Cuarto.- El 24 de julio el Tribunal acordó mantener, únicamente respecto de la adjudicación a JFL IMPLANTS, S.L., la suspensión de la tramitación de los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del acuerdo marco.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación.

Por ZIMMER se presentó escrito de alegaciones el día 24 de julio, en las que afirma que la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación está claramente definida en tanto que son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato, de ahí que se

le tenga como ley del contrato. Siendo que la empresa JFL Implants no ha acreditado los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP, debe procederse a su exclusión anulando la adjudicación que se ha producido a su favor en los lotes 1, 4 y 7 del grupo A y 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B, por lo que solicita que se proceda a seleccionar entre las 5 ofertas económicamente más ventajosas del lote 7 del grupo A a la empresa ZIMMER.

Asimismo han presentado alegaciones las empresas JFL Implants en las que se remite al informe del órgano de contratación y considera que se ha acreditado debidamente la solvencia económica y financiera y técnica y el recurso debe ser desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial, por tratarse de una persona jurídica licitadora a determinados lotes del Acuerdo Marco objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se documenta la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada es de fecha 10 de julio de 2013 y el recurso se interpuso el 23 de julio de 2013.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la incorrecta inclusión en la licitación de uno de los adjudicatarios que al entender que incumplía con los requisitos de solvencia técnica o profesional debió ser excluido. Asimismo expone en los hechos que la acreditación de la solvencia económica y financiera se ha realizado incorporando únicamente un simple informe emitido por una entidad bancaria, sin embargo ningún reproche realiza sobre la validez o suficiencia del mismo, por lo que de acuerdo con el principio de congruencia que debe presidir las resoluciones del Tribunal no se realizará ninguna valoración del mismo.

El artículo 54 TRLCSP regula los requisitos para ser contratista con el sector público: *«sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas»*. Como se recoge en el Informe 4/1999, de 13 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, esta exigencia *"pone de manifiesto que la solvencia de las empresas queda configurada como un auténtico requisito de capacidad, siendo éste de tal trascendencia que su falta produce un efecto jurídico negativo, el de la nulidad del contrato"*.

El artículo 62 del TRLCSP dispone que, para contratar con el sector público, los empresarios deberán acreditar que poseen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por la clasificación cuando sea exigible por dicha Ley. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará

mediante la aportación de los documentos que se determine por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP.

El fin que se persigue mediante la exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, según se recoge en el considerando 39 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, constituye una de las facultades de los Estados miembros para garantizar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato que se licita. Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

Siendo esto así, debe concluirse que lo que al poder adjudicador interesa desde la perspectiva de la solvencia técnica o profesional es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato, justificando sus conocimientos, pericia, eficacia o experiencia.

En este caso, en el PCAP del acuerdo marco se exigen unos niveles de solvencia recogidos en los antecedentes de hecho. En concreto el criterio de selección de la solvencia técnica o profesional es:

- “1. Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos.*
- 2. Los licitadores deberán aportar ficha técnica y descripción de los productos ofertados.”*

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o la Sentencia

del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Alega la recurrente que la referencia que el criterio de solvencia técnica o profesional hace a la “*similar naturaleza al objeto del contrato*”, debe interpretarse en sentido pleno, tanto por lo que se refiere a la dimensión cuantitativa como cualitativa del contrato. Por lo tanto, no basta con que se trate de empresas que hayan llevado a cabo suministros de prótesis de rodilla y prótesis de cadera sino que, además, lo hayan hecho en las cantidades y condiciones fijadas en la licitación. En este sentido es común concretar esta similitud entre los suministros ya efectuados y el que se aspira realizar, exigiendo que “el importe total de los certificados sea igual o superior al importe anual del presupuesto máximo de la licitación”.

Continúa señalando la recurrente, que JLF Implants, S.L. no ha aportado ninguna documentación que acredite haber efectuado suministro alguno de prótesis de rodilla y/o de prótesis de cadera, aun cuando fuera de cuantía notablemente inferior a la que es objeto del contrato, ni en los tres últimos ejercicios ni en ningún otro momento. La justificación o prueba de su solvencia técnica al respecto es inexistente y procede la exclusión.

Señala también la recurrente que en cuanto al período al que se refiere la acreditación de los suministros realizados son los tres últimos ejercicios anteriores al momento en que tiene lugar la licitación. Por lo tanto se trata de analizar las actividades de suministros realizadas por los licitadores en el último trienio a fin de constatar que han acometido exitosamente contratos similares al licitado. No se puede interpretar este requisito como una exigencia de que los licitadores hayan llevado a cabo suministros similares en cada uno de estos tres últimos ejercicios ya que sería una interpretación excesivamente rígida que daría lugar a la exclusión de

entidades de reciente creación que no tengan una vida igual o superior a los años requeridos, o que no hubiesen realizado ningún tipo de trabajo en alguno de los tres últimos años. Por el contrario los tres ejercicios anteriores a los que se refiere el PCAP deben considerarse en su conjunto, como un período de tiempo dentro del cual se debe haber llevado a cabo algún suministro de similar naturaleza al objeto del contrato, lo que significaría que la solvencia quedaría acreditada con la relación, por ejemplo, de un suministro realizado en los últimos seis meses, por una empresa constituida hace un año. Esta interpretación es la que se ha seguido por la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid en su Informe 13/1997, de 24 de julio.

Alega igualmente la recurrente que no cabe acreditación a través de medios alternativos. Si bien en el caso de la solvencia económica y financiera, el apartado 5 del Anexo II del PCAP admite la posibilidad de que se acredite mediante informe de una institución financiera de forma alternativa a la declaración del volumen global de negocios igual o superior a los que se marca para cada lote, aplicando así lo dispuesto en el artículo 75.2 TRLCSP *“Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación”*, en el caso de la acreditación de la solvencia técnica no se contempla tal posibilidad ni en el apartado 5 del Anexo II del PCAP ni en el artículo 77 TRLCSP.

En el acta de la mesa de contratación de fecha 12 de marzo de 2013, relativa al examen de la documentación administrativa, no consta que se apreciara ningún defecto u omisión en la presentada por JFL Implants ni en consecuencia se le concedió plazo para subsanación. Del examen del expediente administrativo resulta que para la acreditación de la solvencia técnica o profesional, la actual adjudicataria JLF Implants, S.L., únicamente aporta un documento denominado *“Ficha técnica y descripción de los productos ofertados”* que consiste en una relación de los componentes de los lotes a los que licita, la denominación comercial/marca/modelo y la remisión a unas páginas de la ficha técnica que no consta en el expediente

remitido.

De lo anterior no cabe deducir directamente que JLF Implants, S.L no cuenta con la solvencia solicitada, sino únicamente que, por omisión en la aportación de lo requerido en el PCAP aceptado por todos los licitadores, no está acreditada. La ausencia de actividad en alguno de los ejercicios supone que el nivel de solvencia a justificar ha de ser igual al solicitado al resto de licitadores pero proporcional al periodo de actividad. Por tanto la Mesa de contratación, en este momento, no debió admitirla a la licitación, pero tampoco procede excluirla como pretende la recurrente.

El artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (RDPLCSP) establece que la Mesa de contratación desempeñará entre otras funciones: *“Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación”.*

Asimismo, el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), prevé la posibilidad de solicitar aclaraciones.

“A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6”.

Por la Mesa de contratación no se advirtió la insuficiencia de la documentación presentada ni se indicó a JFL Implants que de la documentación

aportada y del examen de la misma no se acredita el nivel de solvencia exigido, pero en virtud de los artículos 27 del RDPLCSP; del artículo 81 del RGLCAP; así como el 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGPCM), hubiera procedido conceder plazo para la subsanación de la omisión o insuficiencia de este requisito de solvencia técnica o profesional que ha de concederse por igual a todos los licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad de trato establecidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

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, tal como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, con referencia expresa a la posibilidad de subsanación de la solvencia técnica en el informe 2/2012, de 22 de febrero.

En consecuencia, procede desestimar la petición de la recurrente de exclusión de la oferta de JFL Implants, por no acreditar su solvencia técnica o profesional, procediendo retrotraer las actuaciones y concederle plazo para la subsanación de la omisión de la *“Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos”* y *“ficha técnica y descripción de los productos ofertados”*.

Una vez transcurrido el plazo de subsanación, la Mesa de contratación determinará si la documentación que se aporte se ajusta o no a los criterios de selección fijados en el PCAP, con pronunciamiento expreso sobre la admisión a la licitación y sobre las causas de su rechazo, en su caso, por lo que, si tras el plazo de subsanación, no presenta lo requerido en el PCAP para la acreditación de la solvencia técnica o profesional, no podrá ser admitida a licitación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.3 del RGPCM y 82 del RGLCAP.

No obstante, ha sido interpuesto por la empresa Johnson&Johnson el recurso 121/2013, que afecta a los lotes 1, 3, 4 y 5 del grupo A y a los lotes 1, 3, 4 y 5 del grupo B. Asimismo Zimmer, S.A. ha presentado el recurso 123/2013 que afecta a los lotes 1, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo A y a los lotes 1, 3, 4 y 5 del grupo B. Por tanto procede mantener la suspensión de la tramitación de los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B acordada por este Tribunal el 24 de julio.

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 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 Doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Surgical S.A., contra la Resolución de 10 de julio de 2013, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por la que se adjudican a la empresa JFL IMPLANTS, S.L. los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco P.A. 5/2013 para la contratación del suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera) con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, P.A. 5/2013, ordenando la retroacción de las actuaciones el momento de valoración de la solvencia técnica o profesional de JLF Implants, S.L., concediéndole plazo de subsanación para la aportación de la documentación omitida o insuficiente, una vez que se levante la suspensión acordada.

Segundo.- Mantener la suspensión de la tramitación de los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (acordada por este Tribunal

el 24 de julio, hasta la resolución de los recursos 121/2013 y 123/2013.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- 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.