

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

En Madrid, a 30 de octubre 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Santen Pharmaceutical Spain, S.L. contra su exclusión de la licitación del Lote 1 del procedimiento de contratación “Suministros de drenajes intraoculares para glaucoma para el hospital Clínico San Carlos PA2 2019-0-017”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La publicación de los pliegos en el perfil del contratante, Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, tuvo lugar el 26 de junio de 2019. El valor estimado de los tres lotes objeto del contrato es de 248.600,00 euros. El lote 1 del que es excluida tiene por objeto el suministro de “implante glaucoma subconjuntival para cirugía mínimamente invasiva”.

Segundo.- Resultando propuesta como adjudicataria la recurrente, es excluida por no presentar la documentación siguiente en el trámite del artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP):

“• Queda excluido porque no ha presentado la Inscripción en el Registro Mercantil de las cuentas del 2018.

- No aporta los 3 certificados con la CPV 331, objeto del contrato”.

Estas causas de exclusión se publican por partes, en fechas 3, 16 y 28 de octubre de 2019 8 esta última como rectificación de errores.

La recurrente fue requerida de subsanación en estos extremos, existiendo correos electrónicos cruzados.

Tercero.- El punto 6 de la cláusula primera del PCAP establece sobre la solvencia económica el siguiente criterio de selección: *“Los licitadores deberán acreditar un volumen anual de negocios, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos años concluidos, deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato.*

El propuesto adjudicatario deberá acreditar esta solvencia con la presentación de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho Registro, y en caso contrario por las depositadas en el Registro Oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Si por razones justificadas el licitador no está en condiciones de presentar la referencia solicitada, podrá acreditar su solvencia mediante: Artículo 87.1.c) de la LCSP: Patrimonio neto al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior a una anualidad del presupuesto máximo de licitación. Se deberá acreditar esta solvencia con una declaración expresa responsable del licitador”.

En cuanto a la solvencia técnica se establece el siguiente criterio de selección: *“Relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, efectuados durante los tres últimos años,*

indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante la presentación de un mínimo de tres certificados dentro de los últimos tres años, indicando importes, expedidos o visados por el órgano competente, en contratos de igual o similar naturaleza.

Si por razones justificadas documentalmente (ausencia de actividad en todos o alguno de los tres últimos ejercicios fiscales) un empresario no puede facilitar la declaración exigida, en los párrafos anteriores, la acreditará mediante cualquiera de los siguientes medios: Artículo 89.1.e) de la LCSP: Descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse por la entidad contratante.

Artículo 89.1.f) de la LCSP: Cada uno de los artículos incluidos en este procedimiento deberá reunir las condiciones exigidas en el Real Decreto 1591/2009, 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. En cada artículo deberá figurar impreso el correspondiente y obligado marcado CE”.

Tercero.- El recurso se presenta el 14 de octubre de 2019, ampliándose el día 25 de octubre de 2019, a raíz de la publicación de la nueva causa de exclusión.

Cuarto.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 28 de octubre, no existiendo otros interesados en el procedimiento habida cuenta que el lote quedó desierto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de la empresa propuesta como adjudicataria en el procedimiento, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de un contrato de suministros, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) de la LCSP, siendo un acto de trámite susceptible de recurso a tenor del artículo 44.2.b).

Cuarto.- El recurso se presenta en plazo de quince días hábiles desde que tiene conocimiento de la exclusión conforme al artículo 50.1. b) de la LCSP.

Quinto.- El recurso y su ampliación se fundamentan en dos motivos:

1º.- En cuanto a la presentación de las cuentas de 2018, depositadas en el Registro Mercantil, se da cuenta que se trata de una empresa japonesa, cuyo año fiscal no coincide con el español (va de 1 de abril a 31 de marzo del año siguiente) y por tanto las cuentas de 2018, no podían depositarse previamente hasta la licitación, sino hasta el 30 de septiembre, pues existen seis meses para su depósito. Alternativamente se presentan las cuentas de 2017, depositadas en el Registro Mercantil español en 2018, aunque en el cajetín figure erróneamente 31 de marzo de 2017, como fecha de cierre, error que se rectifica en el escrito de recurso, presentando el cajetín correcto del registro con el mismo número de depósito.

2º.- En cuanto al Código CPV se afirma que el Pliego no exija su constancia en los certificados de suministros y que se aportó no obstante en plazo de subsanación para dos certificados y en otro se acompañó un escrito que señalaba que el suministro era similar.

Por la Mesa de contratación se requirió a Santen Pharmaceutical Spain, S.L para subsanación los siguientes términos:

“- La inscripción en el Registro Mercantil del 2018, lo que aporta es la solicitud.

- *Relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto de contrato, efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.*

- *3 certificados de los 3 últimos años indicando la CPV.*

- *No aporta Rolece, en caso de que la empresa no lo tuviera puede optar por una Escritura de Constitución, DNI y CIF”.*

Existe un cruce de correos electrónicos sobre los extremos meritados con algún órgano de contratación, siendo finalmente excluida SANTEM por las razones expuestas.

En contestación al recurso, el Hospital manifiesta:

1º.- Sobre las cuentas: *“de la documentación aportada por la empresa recurrente no se constata que las cuentas anuales de 2018 hayan sido aprobadas y depositadas en Registro Mercantil, obrando un acuse de recibo de entrada en el Registro, y una certificación de depósito, a cierre del ejercicio 31/03/2017, con número de entrada 2/2018/807190,0 desconociendo el documento al que se refiere.*

Las cuentas, según el informe de auditoría que presenta, son de 31 de marzo 2018, sin embargo, la presentación y depósito corresponden al cierre del ejercicio 2017, por tanto, se advierte una discordancia en la documentación presentada”.

2º.- En cuanto a la solvencia técnica mediante certificados de suministros con código CPV: *“En cuanto a la falta de aportación de tres certificados con la CPV 331 objeto del contrato o suministros relacionados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cabe citar que, según establece la Cláusula 1 del PCAP, relativa a la definición del objeto del contrato, se establece el CPV 33184100-4 IMPLANTE QUIRÚRGICO.*

Según lo dispuesto en el PACP los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica en los términos y por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 6 de la Cláusula 1.

En el referido apartado se remite para la acreditación de la solvencia técnica o profesional al artículo 89.1.a), e) y f).

De la documentación que obra en el expediente no queda acreditado que la empresa recurrente haya efectuado suministros de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, toda vez que no aporta tres certificados dentro de los tres últimos años visados por el órgano competente en contratos de igual o similar naturaleza.

Aporta una relación de suministros de los últimos tres años y tres certificados:

- 1.- Certificado expedido por el Hospital La Fe, sí constan los tres primeros dígitos del CPV de los productos suministrados (331).*
- 2.- Certificado expedido por el Hospital Valdecilla, sí constan los tres primeros dígitos del CPV de los productos suministrados (331).*
- 3.- Certificado expedido por la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla constan los tres primeros dígitos del CPV (336) correspondiente a “productos farmacéuticos”.*

Si bien aporta una declaración en la que indica que el código CPV 336 “Órgano de los Sentidos” se refiere a suministros de igual o similar naturaleza que el objeto del contrato. Sin embargo, no se puede constatar la veracidad de ello, ante la ausencia de un documento visado por el órgano competente”.

Entiende este Tribunal Administrativo de Contratación que la Mesa realiza una interpretación literalista del Pliego en lo que atañe a la solvencia económica, cuando lo relevante es que la documentación presentada acredite que el licitador tenga efectivamente la solvencia requerida para la ejecución del contrato. La propia LCSP apertura otras formas de acreditación de la solvencia, cuando no se pueda verificar mediante la presentación de las cuentas de los tres últimos años depositadas en el Registro Mercantil y así consta en el propio Pliego, cuando refiere al patrimonio neto del último ejercicio para el que esté vencida la obligación de depositar las cuentas en el Registro Mercantil.

Por otro lado, la Mesa vista la clara discordancia entre el informe de auditoría de las cuentas y la fecha de cierre del ejercicio económico que consta en el cajetín del Registro Mercantil, de no optar por la interpretación más favorable a la continuidad del procedimiento dando prevalencia a la fecha de la auditoría, pudo acudir al expediente del artículo 95 de la LCSP solicitando aclaración sobre este extremo: *“El órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones*

sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios”.

De otra parte, existe efectivamente un cruce de correos con una responsable del Servicio de Contratación del Hospital, que se aportan por la recurrente, donde se da cuenta de la dificultad de presentar las cuentas de 2018 por las circunstancias descritas, pudiendo no obstante depositarse el 30 de septiembre. Igualmente se comunica el error en las cuentas de 2017.

Lo que exige el PCAP es que el año de mayor volumen de negocio de los tres últimos sea al menos una vez y media el importe del contrato. Siendo el valor del lote 1 52.800 euros, el importe neto de la cifra de negocios de la empresa en el ejercicio con cierre en marzo de 2018 es de 23.397.714,27 euros, superior a 23 millones de euros, lo que acredita sobradamente la solvencia económica para la ejecución de este contrato.

Por lo expuesto procede la estimación de este motivo de recurso.

En cuanto a la solvencia técnica el Pliego no exige que en los certificados de suministros conste el código CPV. No obstante se solicita en subsanación como forma de acreditar que efectivamente los suministros sean iguales o similares. A requerimiento de subsanación por la Mesa así se verificó, menos en uno, donde se presentó una declaración de que correspondía a un suministro similar. Esto es precisamente lo que en correo electrónico de 27 de septiembre de 2017 se contesta desde el Servicio de Contratación del Hospital: *“Por otro lado si no tenéis los CPV, nos valdría una declaración en cada certificado como que los productos suministrados son de igual o similar naturaleza que el objeto del contrato, el problema es que los certificados que nos habéis enviado no podemos identificar de alguna manera si cumple este requisito”.*

Argumenta el recurrente que dio cumplimiento a lo exigido, presentando los códigos CPV de dos de los certificados y una declaración sobre el tercero. Aunque en base a los principios de buena fe y confianza legítima (artículo 3.1 Ley 40/2015, de 1

de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) podría argumentarse sobre la validez de la declaración sobre el certificado 3 de la empresa , porque se ha generado una expectativa a la que corresponde el licitador en los mismos términos que se le propone, basta a la Mesa entrar en la descripción de los códigos CPV para comprobar la veracidad de la declaración sobre el código 336, si es o no similar al suministro licitado, pues la clasificación está publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la web del Ministerio de Hacienda. El código 33184100-4 es *“implantes quirúrgicos”*, y el 331 en general *“equipamiento médico”*, y el 336 comprende todo tipo de *“productos farmacéuticos”*, razón por la cual la declaración no se puede verificar, no cumpliendo con el requisito de presentar un mínimo de tres certificados de suministros de igual o similar naturaleza pues los productos farmacéuticos no son similares a los implantes quirúrgicos. Es más, visto el certificado de la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla y pese a la declaración de similitud por la licitadora figura en el mismo claramente *“MEDICAMENTOS NO SIGLO”* sobre suministros de los tres últimos años, siempre con el CPV 336, sin que la expresión *“ÓRGANOS DE LOS SENTIDOS”* muestre similitud o equivalencia, siendo susceptible de diversas interpretaciones.

En la propia ampliación del recurso no se concreta a qué tipo de suministro se refiere sino meramente se refiere a la posibilidad arbitrada de presentar una declaración y que así se hizo. Tampoco acude a los medios subsidiarios para acreditar la solvencia técnica, prevista en el PCAP.

Procede la desestimación de este motivo de recurso, pues no consta acreditada la solvencia técnica en la forma requerida.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Santen Pharmaceutical Spain, S.L. contra su exclusión de la licitación del Lote 1 del procedimiento de contratación “suministros de drenajes intraoculares para glaucoma para el hospital Clínico San Carlos PA2 2019-0-017”, confirmando el acto recurrido.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.