

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

En Madrid, a 12 de marzo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Nerium Scientific, S.L. (en adelante NERIUM), contra el acuerdo de la Mesa de contratación por la que se le excluye de la licitación del Acuerdo Marco para el “suministro de reactivos, material fungible y pequeño equipamiento para los laboratorios docentes y de investigación de la Universidad Autónoma de Madrid” (Expte. AM-1/20), 16 lotes, para los lotes 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó en Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 15 de noviembre de 2019.

El valor estimado del contrato es de 9.040.000 euros y el plazo de ejecución de un año.

Segundo.- En fechas 29, 30, 31 de enero y 3 de febrero de 2020, la mesa de contratación procedió a la apertura y valoración del sobre B de las empresas licitadoras presentadas al citado Acuerdo Marco.

La empresa Nerium Scientific, S.L., presentó ofertas a un total de catorce lotes que son los siguientes: Lotes 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16.

Con fecha 4 de febrero de 2020, se procedió a comunicar la subsanación de la documentación contenida en el sobre B a la empresa NERIUM en lo referente a la solvencia técnica y económica al considerar la Mesa de Contratación que no alcanzaba los límites establecidos en el PCAP, concediéndole plazo para la presentación de la citada subsanación a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Con fecha 11 de febrero de 2020, la mesa de contratación valoró la documentación relativa a dicha subsanación, acordando la exclusión de la recurrente para los respectivos lotes al considerar que la documentación aportada no se ajustaba a los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP.

Tercero. Con fecha 19 de febrero de 2020, NERIUM presentó ante el órgano de contratación escrito que fue calificado y remitido a este Tribunal por dicho órgano como recurso especial en materia de contratación. Con fecha 5 de marzo de 2020, se ratifica el recurrente en su intención de calificar el escrito como recurso especial en materia de contratación.

El 28 de marzo de 2020, el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso y expediente junto con el informe correspondiente.

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 presente recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, por lo que, conforme con el artículo 48 de la LCSP, sus derechos e interés legítimos pueden verse afectados.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El presente recurso se presenta el 19 de febrero de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación de la exclusión que tuvo lugar el mismo día 19 de febrero, tal y como expresa el artículo 50.1. c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra el acuerdo de exclusión de un acuerdo marco de suministros cuyo valor es superior a 100.000 euros, siendo pues un acto recurrible conforme al artículo 44.1. b) y 2. b) de la LCSP.

Quinto.- Respecto al motivo del recurso, conviene señalar en primer lugar el contenido Apartado 6 del Anexo I del PCAP respecto a la solvencia:

“Solvencia económica y financiera: El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos el 50% de los valores anuales estimados del lote o lotes a los que concurra. El volumen anual de negocios del licitador se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro; en caso contrario por las depositadas en el registro oficial que corresponda. 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 dicho Registro.

Solvencia técnica: La experiencia en la realización de suministros del mismo tipo o naturaleza, que se acreditará mediante la relación de los efectuados por el licitador en los últimos tres años, avalados por certificados de buena ejecución. El requisito mínimo será, que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución, sea igual o superior al 50% del valor anual estimado del lote a que se licite, o de su suma si se

concorre a varios.”

El recurrente fundamenta su recurso en las mismas alegaciones que presentó en el periodo de subsanación y que no fueron aceptadas por el órgano de contratación. En este sentido sostiene que en la documentación inicial indicó en la Sección C: Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades de la Declaración Responsable (DEUC), en el documento llamado "DEUC – Nerium Scientific", localizado en el sobre B, que Nerium se basaría en la capacidad de otras entidades, en concreto en UVAT Bio, C.B.

Añade que, si bien es cierto que Nerium carece de volumen de negocios anteriores a 2018 y que UVAT Bio, C.B. en los ejercicios de 2018, 2017 y 2016 no alcanza el 50% de la media del presupuesto de los lotes a los que se presentó, dispone de una póliza de seguro por riesgos profesionales con una cobertura de 2.000.000 € que abarca su actividad laboral.

Concluye señalando que aunque en el artículo 87 apartado 1 de la LCSP 9/2017, se especifica que el órgano de contratación podrá elegir los métodos para dicha acreditación, también lo es que el artículo 87 apartado 4, especifica que los métodos elegidos deberán ser proporcionales y no suponer obstáculo alguno a la participación de las pequeñas y medianas empresas.

Por su parte, el órgano de contratación considera que la recurrente no recurrió los pliegos publicados, por lo que queda sujeta a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de la presente licitación de conformidad con la cláusula 5 del PCAP. Entiende que la Comunidad de Bienes UVAT Bio C.B., no reúne los requisitos de solvencia establecidos en el PCAP y por tanto aquella no cumple los preceptos del artículo 65 de la LCSP, como así vienen a ratificar diversas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entre otras la Resolución nº 171/2019.

Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar de las alegaciones del

recurrente, su reconocimiento a la imposibilidad de integrar la solvencia exigida en el PCAP con la Comunidad de Bienes UVAT Bio, de conformidad con el artículo 75 de la LCSP.

Procede señalar, asimismo, que el recurrente reconoce la facultad del órgano de contratación de elegir de entre los medios señalados en el artículo 87 de la LCSP, los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, si bien entiende que los métodos elegidos deberán ser proporcionales y no suponer obstáculo alguno a la participación de las pequeñas y medianas empresas.

En definitiva, lo que plantea el recurrente es que los medios elegidos para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica por el órgano de contratación que figuran claramente detallados en el PCAP no son proporcionales y pueden suponer un obstáculo para la PYMES.

Conforme a la doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como requisitos mínimos necesarios en los pliegos que rigen el procedimiento. Requisitos que cualquier licitador interesado razonablemente informado y normalmente diligente podría comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, que la entidad adjudicadora puede comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.

Así el artículo 139.1 de la LCSP establece que: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*.

Pues bien, tal y como expuso el TACRC en la Resolución nº 805/2019, de 11

de julio, cuyo criterio comparte este Tribunal: *“Los Pliegos son una actuación administrativa dentro del procedimiento de contratación susceptible de impugnación, de manera que, al no haber sido recurridos en tiempo y forma, su impugnación indirecta en el momento actual, por medio del presente recurso, resulta extemporánea, dado que, en efecto, han ganado firmeza en vía administrativa. Así lo viene aclarando reiterada doctrina de este Tribunal, sirva de ejemplo la Resolución nº 855/2018, de 1 octubre y 475/2018, de 11 de mayo, en la que recordando la nº 178/2013, de 14 de mayo se advierte que: ““FD 7º.-(...) Ahora bien, es sabido que los Pliegos de Condiciones Contractuales y de Prescripciones Técnicas constituyen parte esencial del mismo contrato, como expresamente proclaman los arts. 115.3 y 116.1 del TRLCSP al establecer que “sus cláusulas se consideran parte de los contratos” y que, por tanto, los requisitos de personal exigidos para las ambulancias, ajustados estrictamente a lo dispuesto por el Real Decreto 836/2012 regulador del transporte sanitario, fueron perfectamente conocidos y aceptados por todos los licitadores al publicarse el anuncio del contrato y presentar sus respectivas ofertas sin que fueran impugnados los Pliegos ni se efectuara observación alguna respecto de su contenido, debiéndose recordar, a este respecto, el principio capital de todo el derecho contractual público de que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 145.1 del TRLCSP, “la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.*

Esta aceptación por los licitantes, “sin salvedad o reserva alguna”, del contenido de los Pliegos al presentar sus proposiciones, hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuanto que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación” (art. 40.2.a), fase en la que el ahora recurrente pudo y debió, en su caso. En este sentido, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma: “Esta Sala

Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”.

Por su parte, el artículo 50 de la LCSP contempla la posibilidad de impugnar los pliegos, de forma excepcional, al disponer que *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.*

Este Tribunal no aprecia causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los criterios de solvencia económica, financiera y técnica recogidos en el PCA, por lo que debe considerarse que nos encontramos ante una impugnación extemporánea del PCAP, al pretender la aplicación de unos medios para acreditar la solvencia no contemplados en dichos Pliegos, por lo que procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 Nerium Scientific, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación por la que se le excluye de la licitación del Acuerdo Marco para el “suministro de reactivos, material fungible y pequeño equipamiento para los laboratorios docentes y de investigación de la Universidad Autónoma de Madrid” (Expte. AM-1/20), 16 lotes, para los lotes 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16.

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.