

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

En Madrid, a 25 de febrero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Sirius Medical Systems B.V. (en adelante SMS), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de “suministro de semilla magnética para la mama para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente SEM PAPC 2021-1-7, del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 18, 21 y 30 de diciembre de 2020, se publicaron, respectivamente, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el BOCM, la convocatoria de la licitación pública del contrato de suministro de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato asciende a 504.094,82 euros para un plazo de duración de veinticuatro meses prorrogable hasta un máximo de cuarenta y ocho meses.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 15 de enero de 2021, habiendo presentado proposición dos empresas licitadoras, entre las que no figura la entidad recurrente.

Segundo.- Con fecha 13 de enero 2021, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de SMS interponiendo recurso contra los criterios de solvencia económicos y financieros requeridos por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) por suponer una flagrante restricción de la libre concurrencia y a la igualdad de licitadores.

La recurrente solicita la anulación del PCAP, con retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a su aprobación, para nueva publicación y presentación de ofertas tras su corrección. Asimismo, solicita se acuerde como medida cautelar la suspensión del procedimiento de contratación y del plazo para presentar ofertas, hasta que se resuelva el recurso, porque se le impediría presentar oferta en igualdad de condiciones con el resto de licitadores, incluso poder presentar oferta, excluyéndola de una licitación de la que podría resultar adjudicataria, causándole un perjuicio irreparable.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 19 de enero de 2021, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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), solicitando la desestimación del recurso, puesto que los medios de acreditación de la solvencia exigida en los pliegos se ajustan a la legislación vigente, y porque las pretensiones de la recurrente conculcarían los principios de igualdad de trato y libre concurrencia. Asimismo, considera que no deben adoptarse medidas cautelares por haberse interpuesto el recurso contra los pliegos, y considerar que no existe la posibilidad de perjuicio para los posibles interesados.

Cuarto.- Por Acuerdo del Tribunal de 21 de enero de 2021, se acordó la denegación de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro, solicitada por la recurrente, dado que los breves plazos de tramitación establecidos para la resolución del recurso especial hacia previsible que la impugnación se resolviera con anterioridad a la adjudicación del contrato.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de SMS para la interposición del recurso, por tratarse de una empresa potencial licitadora que impugna los requisitos de solvencia establecidos en el PCAP, por impedirle participar en la licitación del contrato de suministro recurrido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al prever que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 13 de enero de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que el anuncio de licitación y los pliegos se publicaron en el perfil de contratante el 18 de diciembre de 2020.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si la solvencia económica y financiera exigida, en el PCAP que rige la contratación del suministro impugnado, a los licitadores que concurren o su acreditación es desproporcionada o no conforme a la ley.

Interesa destacar a efectos de resolver este recurso lo previsto en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP que determina la solvencia económica y financiera exigible a los licitadores para concurrir al regular las características del contrato:

“6.- Solvencia económica, financiera y técnica.

(...)

“Acreditación de la solvencia económica y financiera:

Artículo 87 de la LCSP, apartado/s: 1a) ó 1c)

- 1.a): “Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen

de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato ...”

En caso de que la firma licitadora se haya constituido dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la convocatoria de este procedimiento o ausencia de actividad en todos o algunos de los últimos 3 años fiscales:

-1.c) “patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior ...”

Criterios de selección:

- Los licitadores deberán acreditar un volumen anual de negocios en el ámbito del contrato, en alguno de los 3 últimos años, de al menos una vez y media el valor anual del contrato.

- El medio por el que los licitadores acreditarán este extremo será mediante presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Oficial en el que deba estar inscrito (en concreto el Balance de Situación, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Estado de cambios de patrimonio neto depositadas en el Registro oficial pertinente).

- En caso de que la firma licitadora se haya constituido dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la convocatoria de este procedimiento o ausencia de actividad en todos o algunos de los últimos tres años fiscales, podrá acreditar la solvencia mediante el patrimonio neto al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de presentar cuentas anuales por un importe igual o superior a una anualidad del presupuesto máximo de la licitación”.

La recurrente manifiesta que es una sociedad de nacionalidad holandesa fundada el 21 de febrero de 2017, que tiene por objeto social, entre otros, el desarrollo, la producción y la venta de dispositivos médicos, y que tal y como están redactados los requisitos de solvencia en el PCAP, se le dificulta enormemente presentar una oferta pese a cumplir con los restantes requisitos establecidos en los pliegos y pese a tener la capacidad económica y técnica de ejecutar correctamente el contrato. Y se le impide su presentación porque el medio para acreditarla

determinado por el órgano de contratación le impide hacerlo si tenemos en cuenta que es una sociedad de nueva creación.

Asimismo, indica que no se cuestiona la facultad del órgano de contratación de elegir como medio, de entre los previstos en el artículo 87.1 LCSP el volumen anual de negocios, sino que para empresas de nueva creación no haya ofrecido ningún medio alternativo que le permita concurrir en condiciones de igualdad con el resto de licitadores. Si bien es cierto que el artículo 87 LCSP no establece una definición de lo que debe entenderse por empresa de nueva creación a los efectos de la solvencia económica y financiera, cuando habla de la solvencia técnica y profesional en los contratos de suministro artículo 89 entiende por empresa de nueva creación *“aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años”*, como es el caso sin que les sea aplicable la exigencia de acreditar los principales suministros de los últimos tres años porque, como es obvio, no los han podido producir.

SMS hasta prácticamente el año 2020 no ha tenido actividad con la que generar el volumen indicado en el PCAP, resultando este requisito un impedimento totalmente desproporcionado. Sin embargo, si se hubieran previsto medios alternativos más acordes a la situación de una empresa de nueva creación, como el justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales previsto en el artículo 87.1.b) de la LCSP, no habría existido el problema expuesto, que contraviene el apartado 4 del citado artículo 87 de la LCSP.

Por otra parte, alude a que los pliegos prevén una alternativa al volumen de negocios mediante el patrimonio neto pero solo está prevista para las sociedades de hasta tres años, con lo que se excluye injustificadamente a todas las sociedades de nueva creación que tienen más de tres años y menos de cinco, y además, resulta igualmente restrictiva respecto a otros medios descritos en el artículo 87 LCSP, por lo que a toda empresa de nueva creación de hasta cinco años de vida, se le debería ofrecer en los pliegos que nos ocupan medios alternativos al volumen de negocio, e incluso al patrimonio neto, como, por ejemplo, un seguro de responsabilidad civil en

los términos del artículo 87.1.b) LCSP, citando la Resolución 1206/2018, de 28 de diciembre del TACRC.

Por su parte el órgano de contratación informa que el PCAP es el que viene siendo utilizado como tipo en todas las licitaciones del HUG, sin que quepa alegar vulneración de los principios de igualdad de trato y libre concurrencia dado que exige como medios de acreditar la solvencia económica y financiera los previstos en la LCSP, pretendiendo la recurrente la vulneración de los principios invocados, al solicitar que se le apliquen a ella medios de acreditación diferentes.

Asimismo, plantea que, como reconoce la recurrente el pliego ofrece medios alternativos al volumen de negocio como es la acreditación del patrimonio neto, de tres medios reconocidos en el artículo 87 de la LCSP para acreditar la solvencia económica el PCAP establece dos alternativas. SMS pretende ser tratada diferente al resto de licitadores, sin que sea posible tramitar las licitaciones según las necesidades o intereses de cada licitador, pues habría tantos requisitos de acreditación como empresas se presentaran a la licitación.

Por otra parte, el hecho de que SMS no haya presentado las cuentas anuales en el registro correspondiente y que este pertenezca a Holanda no justifica su trato diferenciado. Los problemas individuales y particulares de una licitadora no justifican la modificación del contenido del PCAP, pues se infringiría el principio de igualdad. En cuanto a la Resolución del TACRC que cita no la considera aplicable al caso por tratarse de un contrato de servicios y no de un contrato de suministros en el que no procede el seguro por riesgos profesionales. La pretensión de acreditar la solvencia “*a la carta*” iría contra los pliegos y contra la LCSP.

Por último, respecto al margen temporal de 5 años indica que no deja de ser un medio de acreditación opcional para el órgano de contratación que rige para el contrato de obras y que no determina que sea el periodo de tiempo a computar para empresas de nueva creación.

Este Tribunal en primer lugar ha de recordar que la LCSP al regular en su artículo 74 la exigencia de solvencia para celebrar contratos con el sector público claramente determina que:

- la solvencia la determina el órgano de contratación
- los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica requeridas
- los requisitos mínimos y la documentación requerida para acreditar la solvencia, se indicarán en el anuncio de licitación y se especifican en el pliego del contrato
- y, en todo caso, los requisitos que se exijan han de estar necesariamente vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

Por su parte el artículo 92, al regular la concreción de los requisitos y criterios de solvencia dispone que *“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.”*

Visto lo dispuesto en la cláusula 1.6 del PCAP y las alegaciones efectuadas por las partes se constata que el pliego no vulnera al establecer la acreditación de la solvencia económica y financiera lo dispuesto en la LCSP. El órgano de contratación

en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 87 de la LCSP establece como criterio de solvencia económica el volumen anual de negocios previsto en el apartado 1.a) y determina un medio alternativo de acreditación para licitadoras de reciente creación (dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la convocatoria de este procedimiento) como es el caso de la recurrente (2017, 2018 y 2019 dado que la convocatoria se efectúa en 2020) o para empresas con ausencia de actividad en todos o algunos de los últimos 3 años fiscales, mediante el patrimonio neto medio recogido en el apartado 1.c).

Al margen de que como hemos señalado con anterioridad es competencia del órgano de contratación determinar la solvencia exigida para licitar al contrato y que se ha efectuado conforme a lo dispuesto en el artículo 87 de la LCSP, también hemos de convenir con el hospital en la no procedencia en el presente supuesto establecer como medio de acreditar la solvencia económica el seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales, pues como el propio artículo 87.1.b) de la LCSP recoge no resulta apropiado en todos los casos, estableciendo en su apartado 3.b) que aplica en los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales, mientras que el objeto contractual del presente contrato según prevén las prescripciones 1 y 2 del PPTP consiste en la adquisición de material sanitario.

Sin perjuicio de lo anterior cabe recordar que efectivamente el artículo 89.1 de la LCSP al regular la solvencia técnica en los contratos de suministro prevé en su apartado h) que *“En los contratos no sujetos a regulación cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a g) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de suministros”*, no aplicable al presente caso objeto de recurso por tratarse de la solvencia económica de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, aunque no obstante se solventa con la acreditación con el medio de solvencia alternativo indicado en el PCAP.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso presentado por SMS contra la acreditación de la solvencia económica y financiera exigida en la cláusula 1.6 del PCAP por no quedar acreditado que imposibilite la presentación de empresas de reciente creación, no entrañar desproporción, ni vulnerar los principios de igualdad y libre concurrencia, respetando lo dispuesto en el artículo 87 de la LCSP.

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 la empresa Sirius Medical Systems B.V., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de “suministro de semilla magnética para la mama para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente SEM PAPC 2021-1-7, del Servicio Madrileño de Salud.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la imposición de multa, conforme al artículo 58.2 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.