

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

En Madrid, a 24 de abril de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.D.T., en nombre y representación de DIACEX SERVICIOS MÉDICOS, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 19 de marzo de 2013, por el que se excluye a la misma de la licitación del Acuerdo Marco 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 apartado 5 del Anexo 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige el contrato establece:

“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:

GRUPO	Nº LOTE	IMPORTE
<i>A- Prótesis de Rodilla</i>	1	100.000 €
	2	100.000 €
	3	400.000 €
	4	100.000 €
	5	400.000 €
	6	400.000 €
	7	100.000 €
<i>B.-Prótesis de Cadera</i>	1	400.000 €
	2	100.000 €
	3	100.000 €
	4	100.000 €
	5	100.000 €
	6	400.000 €

Diacex Servicios Médicos, S.L., (DIACEX) licitó a los lotes 1, 3 y 4 del grupo A- prótesis de rodilla y a los lotes 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del grupo B-prótesis de cadera.

Tercero.- El 12 de marzo de 2013 la Mesa de contratación considera insuficiente la solvencia económica y financiera acreditada por DIACEX para todos los lotes a los que presentaba oferta, concediendo un plazo para subsanación para que optase por alguno de los lotes a los que daba cobertura el volumen de negocio declarado.

En la documentación presentada por DIACEX, según consta en el expediente se declaraba un volumen de negocio de 422.093,12 euros en el ejercicio 2010, de 424.443,54 euros en el 2011 y de 522.753,83 euros en el ejercicio 2012.

Considerada insuficiente para la licitación a todos los lotes a los que presentaba oferta, pero suficiente para licitar a algunos de ellos, la Mesa de contratación concedió un plazo de subsanación para *“presentar declaración optando por los lotes a los que le da cobertura la mencionada solvencia (máximo cantidad ejercicio 2012: 422.093,12 euros)”*. En el plazo concedido se aportó: certificado bancario de la Caja Rural de Castilla-La Mancha manifestando que DIACEX “posee la solvencia económica y financiera suficiente para ser adjudicataria de los lotes presentados en el acuerdo marco” y una póliza de seguro de riesgo de responsabilidad civil derivada de almacenamiento y suministro de cirugía ortopédica, traumatológica y artoscópica.

En el acto público de 19 de marzo, la Mesa de contratación informó verbalmente a los asistentes, de la exclusión del procedimiento de la recurrente por no cumplir los requisitos de solvencia económica requeridos en el apartado 5 del anexo 2 del PCAP.

Cuarto.- El día 3 de abril DIACEX, interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, previo anuncio del mismo al órgano de contratación el mismo día. Alega que no se le ha notificado la exclusión, falta de motivación, que no conoce la causa de exclusión y que la solvencia económica y financiera aportada inicialmente y en plazo de subsanación es suficiente sin perjuicio de su acreditación por otros medios.

Solicita que se declare no ser conforme a derecho la decisión de exclusión de DIACEX, acordando su plena admisión y la retroacción del procedimiento en su caso correspondiente.

Quinto.- Con fecha 10 de abril de 2013, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación de los lotes afectados por el recurso.

Sexto.- El SERMAS remitió el expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el día 11 de abril de 2013.

Séptimo.- El Tribunal dio traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna.

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 empresa DIACEX SERVICIOS MÉDICOS, S.L., para interponer recurso especial por tratarse de una persona jurídica licitadora a determinados lotes del acuerdo marco *“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 del 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 fue adoptada el 19 de marzo de 2013 e interpuesto el recurso ante este Tribunal el día 3 de abril.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la recurrente en el acuerdo marco de suministros, sujeto a regulación armonizada, por lo que se trata de un acto susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- El Servicio Madrileño de Salud es un ente público integrado en el sector público de la Comunidad de Madrid que, de acuerdo con el artículo 3.2 del TRLCSP, tiene la consideración de Administración Pública, a efectos de aplicación de la legislación de contratos del sector público, resultando por ello de aplicación el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público (RPLCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril (RGCPM).

Sexto.- En primer lugar alega la recurrente que no ha recibido notificación de ninguna clase relativa a la "supuesta" exclusión. Ello no obstante, en aras a mayor garantía de su seguridad jurídica (que entiende comprometida) y en orden a la precautoria salvaguarda de su Derecho de defensa, procede a la formalización del recurso. Considera que la actuación de la Mesa de Contratación comunicando verbalmente, sin la menor formalidad y desde luego sin la más mínima argumentación y fundamentación, la exclusión de DIACEX del proceso de

contratación, supone claramente una indefensión que causa un perjuicio irreparable a los legítimos intereses y derechos de la sociedad.

Añade la recurrente que en ausencia de notificación expresa, el acuerdo de exclusión (verbal o incluso "supuesto" hasta ahora) no aporta la suficiente información para que el empresario conozca los motivos de su exclusión y en consecuencia pueda subsanar la documentación o, en su caso, formular recurso especial debidamente fundado y por ello el recurso podría incluso sólo basarse en la irregularidad de un acto de exclusión no expreso ni notificado y/o en la ausencia de motivación del acto (tácito o indirecto cabe pensar) impugnado, que por la forma en que se produce y las circunstancias que lo rodean impide conocer los defectos que se imputan a la documentación presentada (amén de los motivos de fondo si es que los hubiere).

En tal tesitura la recurrente considera procedente la formulación de recurso frente a un acto que, dice, le genera indefensión.

Por su parte el SERMAS, en su informe, considera que no se ha producido limitación de los derechos e indefensión aducidos en el recurso debido a la falta de notificación expresa de la adjudicación tal como se establece en el artículo 151.4 del TRLCSP, dado que no se podía haber efectuado esa notificación porque todavía no se ha producido la adjudicación.

El artículo 40.2. b) del TRLCSP dispone que son susceptibles del recurso especial en materia de contratación: *“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 acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a un licitador es susceptible del recurso especial en materia de contratación. Sin embargo, 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.

El TRLCSP, en su artículo 151.4, sí 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, 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 acordados 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 hábiles 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, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado y este Tribunal en diversas Resoluciones entre las que cabe citar la 56/2011, la 67/2011 o la 77/2012. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y también lo comparte este Tribunal, como lo ha manifestado en las Resoluciones mencionadas, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de los recursos que procedan. Si el licitador no recurriera el acto de exclusión en plazo, debidamente notificado, el acto devendría firme, y no podrá impugnarla en ocasión de la adjudicación.

En el acto público de 19 de marzo, la Mesa de contratación informó a los asistentes, de la exclusión del procedimiento de la recurrente, sin que haya tenido lugar una notificación formal de las causas de la misma. Tal actuación se ajusta a lo establecido en el artículo 83.4 del RGLCAP y 20.3 del RGCCPM.

Tal como argumenta la recurrente ante la falta de notificación expresa bien podía haber esperado a la notificación de la adjudicación con los requisitos del artículo 151.4 del TRLCSP o bien, como ha preferido, defender en este momento sus legítimos intereses interponiendo recurso, actuación que no permite inadmitir el recurso, pues se trata de un acto recurrible y la actuación del interesado demuestra el conocimiento del contenido y alcance del acuerdo de exclusión del que fue informado verbalmente en el acto público de la Mesa de contratación.

Recuerda la recurrente que la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho como elemento necesario para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan

decidir sobre la pertinencia o impertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. DIACEX, a la fecha de presentación del recurso dice que ignora si efectivamente ha sido excluida del proceso como "verbalmente" se le comunicó y en ausencia de notificación al respecto ignora los motivos de dicha exclusión.

El TRLCSP establece la obligación de remitir a los licitadores la información que permita determinar si ha existido o no una infracción para, en su caso, interponer el recurso. Es doctrina reiterada de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación que el acto de notificación de la adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole indefensión.

Como hemos analizado anteriormente la Mesa de contratación ha actuado de acuerdo con el procedimiento en materia de contratación al comunicar la exclusión de la recurrente, sin que sea exigible la notificación formal y motivada hasta el momento de la adjudicación, sin perjuicio del derecho de los licitadores de solicitar aclaraciones o formular recurso, de considerarlo conveniente.

Séptimo.- Se alega por la recurrente, como principal cuestión de fondo, que no alcanza a imaginar cuál pueda ser la causa de la decisión de su exclusión del procedimiento por motivos de solvencia económica y financiera, pues en la documentación administrativa incorporada por DIACEX al expediente de contratación se incluyó (además de la acreditación de la existencia y vigencia del aseguramiento por riesgos profesionales y económicos), la declaración correspondiente al volumen de negocio de la empresa en el ámbito del objeto del contrato, haciéndose constar una cifra de negocio de 422.093,12 euros para el ejercicio 2010, de 424.443,54 euros para el 2011 y de 522.753,83 euros para el ejercicio 2012. Además de ello aduce que, a requerimiento de la propia Mesa de

Contratación, DIACEX presentó certificación de entidad financiera en la que se deja constancia indubitada de la solvencia económica y financiera de la empresa.

Señala la recurrente que tanto por simple consideración de la cifra de negocio de la empresa como por la toma en cuenta de la certificación aportada a petición de la Mesa de Contratación, ha quedado más que acreditada la solvencia económica y financiera de DIACEX. No alcanza a imaginar cuál pueda ser el motivo que lleve a la Mesa de Contratación a considerar que no se dan tales condiciones de solvencia económica y financiera desde el momento en que ni tan siquiera se ha producido notificación ni mucho menos aclaración expresa de aquéllos motivos. Incluso en la eventualidad de que alguno de los documentos aportados adoleciera de alguna imprecisión o necesitase de complemento o aclaración, tales extremos hubieran podido ser subsanados si así se hubiese instado a hacerlo.

El informe del SERMAS indica que la recurrente, en lugar de subsanar mediante la opción por alguno de los lotes a los que licitaba de entre aquellos a los que alcanzaba el volumen de negocio declarado, cambió el medio de acreditar la solvencia y este supuesto no responde a aquellos en los que se admitiría una declaración de entidad financiera, previsto para los supuestos en que el empresario no puede facilitar las referencias solicitadas por razones justificadas, como ausencia de actividad en todos o algunos de los 3 últimos ejercicios.

La cuestión que plantea el recurso es si la documentación presentada en su día por la recurrente bien cuando presentó la documentación para participar en la licitación, bien en período de subsanación, reunía los requisitos exigidos en el PCAP para acreditar la solvencia económica y financiera de la empresa, pues tal como consta en el expediente, la insuficiencia de la cuantía global de negocios declarada fue notificada a la recurrente, a la que se concedió posibilidad de subsanación y aportó documentación en dicho plazo.

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 el de la clasificación, cuando sea exigible conforme a dicha Ley.

La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP y, en concreto, la acreditación de la solvencia económica y financiera se regula en el artículo 75.

El citado artículo 75 establece que la solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

(...)

“c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

2. 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”.

Cabe recordar que el PCAP establece como criterio de solvencia económica y financiera unos importes de volumen de negocio, indicando de forma expresa la cifra de negocios en el ámbito correspondiente al objeto del contrato, de 100.000 euros (para los lotes 1, 2, 4 y 7 del Grupo A y para los lotes 2, 3, 4 y 5 del Grupo B) y de 400.000 euros (para los lotes 3, 5 Y 6 del Grupo A y lotes 1 y 6 del Grupo B). Dicho importe exigible claramente se refiere a cada lote a que se licite, no siendo posible

aplicar el volumen de negocio que se declare simultáneamente a la totalidad de los lotes. Admitiéndose la posibilidad de licitar a uno o varios lotes, la solvencia que se ha de acreditar será la cifra exigible correspondiente al lote que se licite o por la suma resultante del importe de los lotes a los que se oferta.

La licitación a todos los lotes a los que se presentaba DIACEX (1, 3 y 4 del grupo A- prótesis de rodilla y a los lotes 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del lote B-prótesis de cadera), habría requerido la declaración de una solvencia económica y financiera equivalente a un volumen de negocio por importe de 1.800.000 euros en los tres últimos ejercicios, resultante de la suma de los importes necesarios para la licitación a cada uno de los lotes.

Considerado insuficiente el volumen de negocio declarado para la licitación a todos los lotes a los que presentaba oferta, pero suficiente para licitar a algunos de ellos, la Mesa de contratación concedió un plazo para optar por alguno de los lotes. En el plazo concedido no se ejercitó la posibilidad de elección sino que se aportó una documentación nueva, que no coincide con el criterio de selección elegido por el órgano de contratación en el PCAP.

No justifica la recurrente, como exige el apartado 2 del artículo 75 del TRLCSP, ninguna razón que le impida presentar las referencias solicitadas, ni el órgano de contratación le ha autorizado a acreditar su solvencia por cualquier otro documento.

Tal como establece el artículo 74 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación y no al contratista la elección de los documentos necesarios para la acreditación de la solvencia de entre los previstos en los artículos 75 a 79, indicando en el pliego del contrato los requisitos mínimos y la documentación requerida para su acreditación. El incumplimiento de lo exigido como requisito de aptitud para contratar determina la exclusión.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso toda vez que lo aportado por DIACEX no acredita el volumen de negocio exigido en el pliego para todos los lotes a los que licita, no habiendo procedido en plazo de subsanación a la opción que le fue planteado para escoger por alguno de los lotes para los que sí era suficiente, procediendo a modificar el medio de acreditación de la solvencia económica por medios distintos al previsto en el PCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don M.D.T., en nombre y representación de DIACEX SERVICIOS MÉDICOS, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 19 de marzo de 2013, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del Acuerdo Marco 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.

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.- Levantar la suspensión de la tramitación de los lotes afectados por el recurso acordada por este Tribunal el 10 de abril.

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 del TRLCSP.