



Roj: **STSJ M 6668/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:6668**

Id Cendoj: **28079330032015100313**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/04/2015**

Nº de Recurso: **677/2013**

Nº de Resolución: **183/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0012608

Recurso número 677/2013

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: DIACEX SERVICIOS MEDICOS S.L.

Procuradora: Doña Alicia Martín Yáñez

Demandado: Comunidad de Madrid

Demandado: JFL IMPLANTS S.L.

Procurador: Don Jaime Gafas Pacheco

Demandado: STRYKER IBERIA S.L.

Procuradora: Don Victorio Venturini Medina

SENTENCIA n° 183

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 15 de abril de 2015 , visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por la Procuradora Doña Alicia Martín Yáñez, actuando en representación de DIACEX SERVICIOS MEDICOS S.L., contra el Acuerdo dictado , en fecha 24 de abril de 2013, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el recurrente contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 19 de marzo de 2013 por el que se la excluyó 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.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

SEGUNDO.- Los demandados contestaron a la demanda exponiendo lo que estimaron oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 15 de abril de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Procuradora Doña Alicia Martín Yáñez, actuando en representación de DIACEX SERVICIOS MEDICOS S.L., interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo dictado, en fecha 24 de abril de 2013, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el recurrente contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 19 de marzo de 2013 por el que se la excluyó 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.

El recurrente solicita la revocación de la Resolución recurrida, se decrete improcedente su exclusión del proceso de contratación y se ordene retrotraer el proceso al momento previo a dicha exclusión, dejando sin efecto cuantos actos posteriores fueran contrarios ó incompatibles con dicha decisión; en fundamento del recurso cita lo dispuesto en el art. 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril, relativo a la calificación de la documentación y a la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones de la documentación acompañada a las proposiciones, alega que no se entregó en ningún momento a los excluidos del proceso resolución ó decisión formal ni justificación ni motivación de la misma lo que no le permitió conocer los motivos de su exclusión, entendiéndose que la Administración ha obrado de forma irregular no solo al excluirla a ella sin motivo suficiente dada su idoneidad para llevar a cabo con las debidas garantías los suministros que pudieran solicitarse, sino por haber actuado de modo muy distinto con otros licitadores vulnerando los principios de igualdad y de proporcionalidad, alegando que fue excluida del proceso sin mayores explicaciones y sin resolución expresa, si bien a otro de los licitadores que se encontraba en situación similar de cuestionamiento de su solvencia económica, en el mismo acto se le otorgó la posibilidad de que allí mismo y de palabra optara por alguno de los lotes a los que la Mesa entendió que sí podía concurrir (acta 2 Mesa Económica empresa PROTECTRAUMA SL) alternativa que a ella no se le concedió, alegando también que en unos casos sí se tomó en cuenta la documentación complementaria u otros medios alternativos coadyuvantes para acreditar la solvencia económica o financiera, considerando irrazonable que se permita a otras empresas acreditar la solvencia económica por medios alternativos que permitan que, en ausencia de un volumen de negocio suficiente, se aporten otros informes que garanticen indubitablemente la solvencia, lo que entiende no es proporcional siendo contrario a los principios de la contratación que una certificación bancaria sirva para acreditar la solvencia económica de una empresa que no tiene presencia jurídica ni mercantil anterior, que no tiene volumen de negocio alguno y, en cambio no se admita como criterio de valoración de la solvencia de empresas que, como ella, han probado su experiencia, solvencia y fiabilidad financiera por diversos medios, alegando que así se ha admitido como probada la solvencia económica de las empresas JFL Implants, ORTOMEDICAL, MECONTEDE y FUTURIMPLANTS mediante simples certificados bancarios de solvencia.

SEGUNDO.- Para la correcta resolución del recurso deben de ponerse de manifiesto los siguientes hechos derivados de las actuaciones:

1º.- Mediante Resolución de 28 enero 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, se hizo 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 ?.

2º.- La Cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigieron el contrato disponía lo siguiente en relación a la " *Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica* .

Los licitadores deberán acreditar los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica en los términos y por los medios que se especifican en el apartado 5 del anexo 2. En el mismo apartado se especifican los criterios de selección en función de los medios de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica.



El apartado 5 del Anexo 2 disponía " *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
A.- Prótesis de Rodilla	1	100.000 €
	2	100.000 €
	3	400.000 €
	4	100.000 €
	5	400.000 €
	6	400.000 €
	7	100.000 €
B.- Prótesis de Cadera	1	400.000 €
	2	100.000 €
	3	100.000 €
	4	100.000 €
	5	100.000 €
	6	400.000 €

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".

3º.- La recurrente 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.

En la documentación que presentó declaró un volumen de negocio de 422.093,12 ? en el ejercicio 2010, de 424.443,54 ? en el ejercicio 2011 y de 522.753, 83 ? en el ejercicio 2012.

4º.- El 12 marzo 2013 la mesa de contratación consideró insuficiente la solvencia económica y financiera acreditada por la recurrente para todos los lotes a los que presentaba oferta, concediéndole un plazo de subsanación para que optase por alguno de los lotes a los que daba cobertura el volumen de negocio declarado.

En el plazo concedido la recurrente aportó un 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 artroscópica.



5º.- En el acto público de 19 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 II del PCAP.

6º.- En fecha 3 abril, DIACEX interpuso recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid contra el referido Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 19 de marzo de 2013, que fue desestimado por Acuerdo dictado , en fecha 24 de abril de 2013.

El TCAP rechaza los motivos de impugnación alegados por la recurrente considerando que la Mesa de Contratación, actuó de acuerdo con el procedimiento en materia de contratación al comunicar su exclusión al recurrente , sin que fuera exigible la notificación formal y motivada hasta el momento de la adjudicación, rechazando ,en cuanto a los motivos de fondo alegados, que la documentación presentada por la recurrente reuniera los requisitos exigidos en el PCAP para acreditar la solvencia económica y financiera de la empresa, pues como constaba en el expediente, no acreditó el volumen de negocio exigido en el Pliego para todos los lotes que licitaba, no habiendo procedido en el plazo de subsanación a la opción que le fue planteada para escoger alguno de los lotes para los que sí era suficiente , sino que modificó el medio de acreditación de la solvencia económica por medios distintos a los previstos en el PCAP.

TERCERO.- El recurso no puede prosperar por las razones que a continuación se expresan.

Ni el art. 83.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni el art. 20.3 del Decreto 49/2003, de 3 de abril , por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, exigen que la exclusión de las proposiciones de los licitadores realizada por la Mesa de contratación ,tras la fase de calificación de documentos, se notifique individualmente y por escrito a cada uno de los excluidos, a diferencia de lo que ocurre en la fase de adjudicación en la que el art. 151.4 del TRLCSP sí impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no solo a los candidatos descartados sino también a los licitadores excluidos , incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas; en el caso presente, la Mesa de contratación en el acto público que tuvo lugar el 19 marzo de 2013, 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 II del PCAP, lo que , como decimos, es conforme a la normativa expuesta.

Del expediente administrativo resulta asimismo que se dió cumplimiento a lo dispuesto en el art. 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , por cuanto que al considerar la Mesa de contratación ,en su sesión de 12 marzo 2013, insuficiente la solvencia económica y financiera acreditada por la recurrente para todos los lotes a los que presentaba oferta, le concedió el plazo de cuatro días naturales, al igual que a otras licitadoras (entre las que se encontraban PROTECTRAUMA S.L. y ORTOMEDICA S.L.) para que optase por alguno de los lotes a los que daba cobertura el volumen de negocio declarado, opción que no fue ejercitada por la recurrente que aportó en el plazo concedido - para acreditar la solvencia económica y financiera- un certificado bancario de la Caja Rural de Castilla-La Mancha en que figuraba 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 artroscópica; no consta acreditado que la recurrente fuera tratada de forma distinta que la empresa PROTECTRAUMA S.L. ni que a ésta se la permitiera en el acto que tuvo lugar el 19 de marzo optar allí mismo y de palabra por alguno de los lotes, siendo lo que resulta del expediente administrativo que -a diferencia de lo que hizo la recurrente- la empresa PROTECTRAUMA S.L., tras serle concedido el plazo de cuatro días naturales para que optase por alguno de los lotes a los que daba cobertura el volumen de negocio declarado, presentó un escrito de fecha 14 de marzo de 2013, solicitando de forma principal que ,al no estar en condiciones de presentar las referencias solicitadas en el artículo 75 del TRLCSP ,por carecer de actividad económica durante al menos un ejercicio en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, se considerara acreditada su solvencia económica financiera con la documentación aportada, en especial el certificado emitido por el Deutsche Bank Sociedad Anónima de fecha 13 de marzo de 2013, y que ,subsidiariamente, y en caso de no ser atendida la anterior solicitud, que optaba por el lote identificado con el numero 7 del Grupo A, Prótesis de Rodilla, siendo ello lo que refleja el acta nº 2 de la Mesa de contratación de fecha 19 de marzo cuando dice, refiriéndose a la empresa PROTECTRAUMA S.L., que " la empresa que de acuerdo con la solvencia económica que presentaba tenía que elegir el/los lotes a los que licitar opta por el lote nº 7 Grupo A prótesis de rodilla".

CUARTO.- El artículo 75 del TRLCSP dispone que:



1. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados.

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".

En el caso presente, los Pliegos que rigieron la contratación, y que, como señala la STS de 11 de julio de 2006, es incontestable que en materia de concursos se constituyen en la ley del mismo (sentencias de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000 y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000), exigían que los licitadores acreditaran la solvencia económica y financiera, conforme a lo establecido en el art 75 1.c) del TRLCSP, mediante la 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, estableciendo determinadas cifras para licitar a cada lote, añadiendo que "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".

Pues bien, sentado lo anterior, se ha de tener en cuenta que no se discute que la aquí recurrente no impugnó en momento alguno las anteriores previsiones del PCAP, debiendo recordarse en este punto que, como señala la STS 26 de septiembre de 2007:

"La relevancia del pliego de condiciones ha sido declarada en múltiples sentencias de esta Sala examinando motivos en que se encontraba concernida bien su modificación una vez puesto en marcha el procedimiento de concurso o su impugnación tras haber participado en el correspondiente concurso. Situación aplicable tanto la vigencia de la derogada LCE y su RGCE, aquí aplicable, por razones temporales, como bajo los textos que posteriormente (LCAP, TRLCAP y sus pertinentes Reglamentos de desarrollo o la novísima Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público) han pretendido dar una respuesta más adecuada al respeto de los principios debidos en el ámbito de la contratación pública.

En nuestra sentencia de 21 de marzo de 2007, recurso de casación 6098/2000 decíamos en su fundamento de derecho octavo que "No ofrece duda el contenido del art. 87 de la LCAP al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre competencia y transparencia administrativa".

(...)

Añadimos que lo relatado ya había sido recordado en nuestra sentencia de 11 de julio de 2006 dictada en el recurso de casación 410/2004, donde se dijo que "si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (sentencias de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000 y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000)".



Se observa, por tanto, que nuestra doctrina, bajo la LCAP, entiende que si no se impugna el acto administrativo de aprobación del Pliego todo licitador que concurra al concurso queda sometido sin condicionamiento alguno al contenido del mismo cuya aplicación deberá respetar la administración convocante y adjudicante del concurso. Acatamiento del Pliego asimismo establecido en el marco legal (art. 36 LCE) y reglamentario aquí aplicable (art. 115 RGCE), por razones temporales.

Distinta conclusión se produce cuando un licitador hubiere impugnado alguna o algunas cláusulas del Pliego de Condiciones por entender contraviene algún precepto legal o reglamentario. En tal caso aunque el licitador hubiere concurrido al concurso lo cierto es que al recurrir puso de manifiesto su discrepancia con las reglas establecidas.

En supuesto contrario el Pliego de Condiciones constituye la norma a tomar en cuenta por la jurisdicción contencioso-administrativa al revisar el sometimiento de la administración a las reglas del concurso así como el instrumento normativo cuya aplicación pueden interesar los licitadores. Es la Ley del Contrato como reiteradamente ha manifestado la jurisprudencia (STS 28 de junio de 2004 recurso de casación 7106/2000 con cita de otras muchas) "

Por lo tanto, no cuestionándose que en el caso de autos la recurrente no impugnó el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que expresamente se recogen las previsiones sobre acreditación de la solvencia económica y financiera y siendo evidente que el volumen de negocio por ella declarado no era suficiente para la licitación a todos los lotes a que presentaba su oferta, su exclusión por parte de la Mesa de Contratación debe estimarse conforme a derecho, sin poder pretender la recurrente que, no encontrándose en el supuesto excepcional establecido en el último inciso del apartado 5 del Anexo 2 del PCAP, al haber tenido actividad en los 3 últimos ejercicios fiscales, el órgano de contratación debiera de tener por acreditada su solvencia por otro medio como el informe de una entidad bancaria.

La recurrente considera injusto, irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que se permitiera a empresas, que no han tenido presencia jurídica ni mercantil anterior y que no tiene volumen de negocio alguno, acreditar su solvencia económica mediante la aportación de certificados bancarios de solvencia y que a ella no se le admitiera tal acreditación; tal alegación resulta totalmente extemporánea por cuanto que si la recurrente no estaba de acuerdo con la forma establecida en los Pliegos para acreditar la solvencia, debió de impugnarlos en su momento y al no haberlo hecho así quedó vinculada a ellos, a su obligación de acreditar la solvencia en la forma establecida en los Pliegos, mediante un determinado volumen de negocio, y no mediante informe de una institución financiera, al tratarse de una empresa que tuvo actividad en los tres años anteriores, no habiendo sido autorizada por el órgano de contratación para acreditar la solvencia de otra manera, siendo en cualquier caso y en último lugar al órgano de contratación al que corresponde determinar si existen razones justificadas para acreditar de otro modo la solvencia.

Por ello, no se acredita ni que el órgano de contratación vulnerara los Pliegos -sino que actuó conforme a ellos- ni que se produjera vulneración alguna del principio de igualdad que requiere la existencia de un trato desigual a situaciones idénticas sin la existencia de una justificación objetiva y razonable, situación de igualdad que no existe entre la recurrente y otras empresas a las que, por no haber tenido actividad en todos o algunos de los 3 últimos ejercicios fiscales, se les permitió acreditar la solvencia económica y financiera mediante informe de una institución financiera, que garantizara indubitablemente dicha circunstancia.

Por lo tanto, la exclusión de la recurrente no puede reputarse irracional e ilógica sino ajustada a las previsiones del propio PCAP aceptado por la entidad recurrente.

En consecuencia, procede la íntegra desestimación del recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el art. 139. 1 de la LJCA, la desestimación del recurso determina la condena en costas a la parte recurrente, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto procede limitar su cuantía a la cantidad de 1.800 euros, que se abonará por terceras partes a cada una de las partes demandadas.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Alicia Martín Yáñez, actuando en representación de DIACEX SERVICIOS MEDICOS S.L., contra el Acuerdo dictado, en fecha 24 de abril de 2013, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, a que esta "litis" se refiere, confirmamos dicha resolución por ser ajustada a derecho, con expresa imposición de las costas a la parte demandante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia.



Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, a preparar ante esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ