

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

En Madrid, a 2 de octubre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Surgical S.A., contra la Resolución de 26 de agosto de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por la que se ratifica en la Resolución de 10 de julio por la que se adjudican a la empresa JFL IMPLANTS, S.L. los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco P.A. 5/2013 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. Según el anuncio publicado la fecha límite de presentación de ofertas fue el 11 de marzo de 2013.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en concreto, en el apartado 5 de su Anexo 2, se refiere a la solvencia en los siguientes términos:

“Acreditación solvencia técnica:

Artículo 77. 1.a) y e) del TRLCAP

Criterios de selección:

- 1. Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos.*
- 2. Los licitadores deberán aportar ficha técnica y descripción de los productos ofertados.*

Tercero.- Mediante Resolución de 10 de julio de 2013 se adjudicaron a JFL Implants, S.L. los lotes 1, 4 y 7 del Grupo A (prótesis de rodilla) y 1, 2, 3, 4 y 5 del Grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco.

B. Braun Surgical interpuso recurso especial en materia de contratación contra la citada adjudicación, aduciendo falta de acreditación de la solvencia por parte de la adjudicataria JFL.

Este Tribunal mediante Resolución 119/2013 admite parcialmente el recurso ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de la solvencia técnica o profesional de JFL Implants S.L., concediéndole plazo de subsanación para la aportación de la documentación omitida o insuficiente.

Como consecuencia de ello, el 5 de agosto se reúne la Mesa de contratación que acuerda solicitar a JFL Implants S.L. que presente la documentación a que hace referencia la Resolución 119/2013.

El 19 de agosto JFL entrega en el Registro del Servicio Madrileño de Salud escrito donde se indica entre otros aspectos que no ha sido posible acreditar actividad en la realización de suministro alguno en 2012, que sí han sido realizados en el 2013, sin que dicha falta de suministro en el referido periodo afecte a la capacidad operativa y de solvencia económica y técnica de la empresa. Señala que en este sentido se ha manifestado este Tribunal en la Resolución 69/2013, en el que aplicando el artículo 75.2 del TRLCSP, admite la acreditación de la solvencia económica y financiera por medios alternativos a lo establecido en el PCAP.

Considera que es el órgano de contratación y los expertos quienes deben apreciar suficientemente acreditada la solvencia y justamente ese órgano ha considerado suficiente la solvencia financiera y técnica de JFL, dándose la circunstancia de ser una empresa de nueva creación y no poder acreditar actividad en los años 2010, 2011 y 2012, como se ha justificado y reconoce el órgano de contratación. Entiende que se trata de una valoración técnica de la que el órgano de contratación goza de discrecionalidad. Considera que no es posible, según las reglas de la competencia, favorecer a las empresas que llevan tiempo trabajando en el sector ni permitir discriminación a favor de este tipo de operadores en perjuicio de empresas de nueva creación que sean capaces de demostrar su solvencia financiera y técnica al margen del tiempo que lleven de actividad.

Adjunta al escrito los documentos 1 (alta como proveedor de la Agencia Valenciana de Salud de fecha 12 de abril de 2013) y los documentos 2 (facturas de endoprótesis por importe de 5.811,82 euros de fecha julio de 2013 y de importe 1.937,27 euros de fecha agosto de 2013), 3 (prescripción de implante de fecha 18, 25 y 26 de junio de 2013) y 4 (relación de facturación de 15 de mayo a 1 de agosto de 2013), indicando que en relación a los documentos 2, 3 y 4 se respete en la

medida de lo posible el carácter confidencial de dicha documentación de acuerdo con el artículo 140 del TRLCSP.

Una vez aportada la documentación por la empresa, se reúne de nuevo la Mesa de Contratación el 20 de agosto de 2013, y acuerda la validez de esta documentación como acreditación de la solvencia técnica de la empresa, dictándose a tal efecto la Resolución de 26 de agosto de 2013 de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, en la que se ratifica en la Resolución de 10 de julio por la que se adjudican a la empresa JFL IMPLANTS, S.L. los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco P.A. 5/2013.

Cuarto.- Contra la indicada Resolución, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre (TRLCSP), la empresa B. Braun Surgical S.A., interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal el día 12 de septiembre de 2013, que el mismo día lo remitió al Servicio Madrileño de Salud (SERMAS).

El recurso considera no válida ni justificativa la documentación aportada por JFL Implants a fin de acreditar la solvencia técnica que fue admitida por la Mesa de contratación. Afirma que JFL Implants S.L. no ha aportado ninguna documentación que acredite haber efectuado suministro alguno de prótesis de rodilla y/o de prótesis de cadera, aún cuando fuera de cuantía notablemente inferior a la que es objeto del contrato, ni en los tres últimos ejercicios ni en ningún otro momento. La justificación o prueba de su solvencia técnica al respecto es inexistente.

B. Braun Surgical figura en el número de orden sexto de la calificación efectuada por el órgano de contratación, en los siguientes lotes adjudicados a JFL Implants S.L.: Lote 1 del Grupo A y Lotes 1, 3 y 4 del Grupo B. Señala que La exclusión del licitador JFL Implants S.L. implica que en todos los lotes en lo que JFL

Implants, S.L ha resultado ser adjudicataria (lotes 1,4 y 7 del Grupo A y 1, 2, 3,4 y 5 del Grupo B), los licitadores que fueron clasificados por el órgano de contratación en el número de orden sexto pasarán al número de orden quinto y, en consecuencia, deberán ser propuestos por el órgano de contratación como adjudicatarios de los lotes en cuestión al estar su oferta entre las cinco mejores presentadas.

Finaliza solicitando que se acuerde anular la adjudicación del contrato a la empresa JFL Implants S.L. y acuerde ordenar al órgano de contratación que proceda a seleccionar entre las cinco ofertas económicamente más ventajosas del lote 1 del Grupo A y de los lotes 1, 3 y 4 del Grupo B, las presentadas por B. Braun Surgical S.A. a dichos lotes.

Quinto.- El 22 de septiembre el Servicio Madrileño de Salud remitió su informe y el escrito aportado por JFL Implants sobre suministros realizados. El órgano de contratación se ratifica en las decisiones tomadas con anterioridad respecto a este mismo tema, toda vez que la empresa JFL Implants S.L., creada el 28 de septiembre de 2012, no puede presentar listado de suministros realizados hasta 31 de diciembre de 2012, puesto que no había comenzado aún su actividad comercial y se encontraban en fase de organización y puesta en marcha. No obstante y atendiendo al artículo 77.2 del TRLCAP afirma que sí que acreditó la solvencia técnica mediante ficha técnica y descripción de los productos ofertados.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación.

Se ha recibido escrito de alegaciones de JFL Implants S.L. en el que manifiesta que corresponde a los órganos de contratación determinar y a las mesas de contratación verificar la aptitud de los licitadores mediante los requisitos de solvencia económica y financiera, así como técnica y profesional que se consideran más idóneos para la ejecución del contrato, y eso es lo que ha sucedido en este caso, como ha quedado acreditado en la tramitación de este expediente, y por el

informe del Servicio Madrileño de Salud y la ratificación de la adjudicación. Considera que al tratarse de una empresa de nueva creación con ausencia de actividad en los tres últimos ejercicios fiscales, la solvencia técnica queda acreditada con la ficha técnica y descripción de los productos ofertados. Argumenta que en el escaso periodo de tiempo transcurrido desde la fecha de constitución de la empresa no ha sido posible la realización de suministro alguno que sí han sido realizados en 2013, sin que dicha falta de suministro afecte a la capacidad operativa y técnica de la empresa.

Cita en su defensa determinadas resoluciones en que para acreditar la solvencia económica se aceptó la presentación de otros medios a que se refiere el artículo 75.2 del TRLCSP y recuerda que en el caso de JFL se acreditó la solvencia financiera con un informe bancario y la solvencia técnica por unas fichas técnicas y descripción de los productos evaluados por un grupo técnico constituido por expertos en cirugía y traumatología. Considera obvio que es a la Mesa de contratación y en su caso al órgano de contratación quienes están facultados para comprobar la aptitud de los licitadores correspondiendo a los mismos considerar o no suficientemente acreditada en cada caso la solvencia de la empresa.

Hace cita de determinadas sentencias relativas a la discrecionalidad técnica en la valoración de ofertas señalando que al tratarse de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, solo puede ser formulado por un órgano especializado.

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 recurrente para interponer recurso especial, por tratarse de una persona jurídica licitadora a determinados lotes del Acuerdo Marco que son objeto de la impugnación, *“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 de la 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 es de fecha 26 de agosto de 2013 y el recurso se interpuso el 12 de septiembre de 2013.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en el incumplimiento de los requisitos de solvencia técnica o profesional de JFL Implants, adjudicataria de algunos lotes.

En este caso, en el PCAP del acuerdo marco se exigen unos niveles de solvencia recogidos en los antecedentes de hecho. En concreto el criterio de selección de la solvencia técnica o profesional es doble:

“1. Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos.

2. Los licitadores deberán aportar ficha técnica y descripción de los productos ofertados”.

El recurso se centra en la falta de acreditación de lo solicitado en relación a la *“Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos”* y no hace ninguna alegación respecto de la acreditación de la *“ficha técnica y descripción de los productos ofertados”*.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Señala la recurrente que el documento 1 que presenta JFL se trata de un correo electrónico de fecha 12 de abril de 2013, donde se formula a la Agencia Valenciana de Salud solicitud para ser proveedor de los Centros de la Comunidad Valenciana, es decir poder estar dado de alta en el programa HERA, un sistema informático que se encarga de gestionar las prestaciones ortoprotésicas que se ofrecen a la sanidad pública valenciana. Esta solicitud es imprescindible para poder presentar producto/precio de prótesis y resultar homologado como proveedor en Valencia. Entiende que este documento no prueba suministro alguno realizado, tanto en cuanto el escrito es una solicitud que se hace posteriormente a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y que no aporta ningún dato relativo a importe, fechas, ni destinatario de suministro alguno. En cuanto a los documentos 2, 3 y 4 declarados como confidenciales por JFL según consta en el escrito de JFL son documentos acreditativos de suministros realizados a Centros de la Comunidad

Valenciana, pero que no están relacionados en el escrito, ni consta su importe, ni la fecha.

Asimismo añade que tal y como se indica en la Resolución 152/2013 de este Tribunal de fecha 18 de abril de 2013, es evidente que el requisito debe existir con anterioridad a la fecha de finalización del plazo establecido para la presentación de proposiciones. No se puede subsanar la existencia del requisito, sino la insuficiente acreditación del mismo por defectos u omisiones de la documentación exigida en el pliego.

Corresponde al órgano de contratación verificar la aptitud de los licitadores mediante los requisitos de solvencia económica y financiera, así como técnica o profesional, que se consideren más idóneos para la ejecución del contrato, pero que una interpretación distinta del pliego y de la resolución de este tribunal referida a subsanación para la aportación de la documentación omitida o insuficiente, implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad para aquellos licitadores que han respetado y acreditado su solvencia técnica tal y como determina el PCAP que rigen esta contratación.

Pues bien, a la vista de la documentación presentada por JFL Implants, S.L. en el periodo de subsanación concedido se puede constatar que no ha aportado ninguna documentación que acredite haber efectuado suministro alguno de prótesis de rodilla y/o de prótesis de cadera. La justificación aportada en cualquier caso se corresponde a un periodo (mayo-agosto de 2013) posterior al momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (11 de marzo). Esto independientemente de su cuantía y concepto.

A fin de acreditar el nivel de solvencia exigido no basta con que se trate de empresas que hayan llevado a cabo suministros de prótesis de rodilla y prótesis de cadera sino que, además, lo hayan hecho en las cantidades y condiciones fijadas en la licitación. En este sentido tratándose de una empresa de nueva creación sería

admisible una interpretación proporcional del criterio en relación al periodo de actividad. Sin embargo no es eso lo que se discute, pues independientemente del volumen de suministros realizados, ninguno de los documentos presentados se refieren al periodo de tiempo exigible previo a la finalización del plazo de presentación de ofertas y por eso lo aportado no puede considerarse como subsanación.

Tampoco cabe la acreditación a través de medios alternativos como parece haber entendido la Mesa de contratación. Si bien en el caso de la solvencia económica y financiera, en el artículo 75.2 del TRLCSP se admite la posibilidad que *“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 de la acreditación de la solvencia técnica no se contempla tal posibilidad. Habiéndose establecido en el PCAP la necesidad de acreditar acumulativamente lo dispuesto en los apartados a) y e) del artículo 77 del TRLCSP *“Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos”* y *“ficha técnica y descripción de los productos ofertados”*, ambos han de resultar acreditados no sufriendo el uno la ausencia del otro.

La no acreditación del nivel de solvencia exigible y la no subsanación dentro del plazo concedido determinan la exclusión de JFL Implants de la licitación, anulando la adjudicación a la misma del acuerdo marco en los lotes en que fue seleccionada.

No obstante, estando pendiente de resolución el recuso 121/2013, procede mantener la suspensión del procedimiento de contratación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Surgical S.A., contra la Resolución de 26 de agosto de 2013, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por la que se ratifica en la Resolución de 10 de julio por la que se adjudican a la empresa JFL IMPLANTS, S.L. los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco P.A. 5/2013 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, excluyendo a JFL Implants y anulando la adjudicación a ella efectuada de los lotes en que fue seleccionada, procediendo adjudicarlos a las siguientes ofertas mejor clasificadas, previos los trámites a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP.

Segundo.- Mantener la suspensión cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 31 de julio de 2013.

Tercero.- 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.

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 TRLCSP.