

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

En Madrid, a 18 de enero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.M.A., en nombre y representación de Contse, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco de “Suministro de gases medicinales con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, P.A. SUM 35/2016 , este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 30 de noviembre, 9 y 14 de diciembre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM y BOE el procedimiento de licitación del Acuerdo Marco citado, dividido en lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio, el precio. El valor estimado del contrato es de 29.715.016 euros.

Segundo.- Con fecha 22 de diciembre de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación el escrito presentados por la representación de Contse, S.A., de interposición de recurso especial en materia de contratación, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de la licitación mencionada.

En el recurso alega que los requisitos de solvencia económica, financiera y de

solvencia técnica exigidos en el Pliego son desproporcionados y vulneran la legislación de contratos en los términos que se analizarán posteriormente.

Igualmente, considera que el Acuerdo Marco aún cuando aparece dividido en lotes, obliga a licitar conjuntamente varios de ellos lo que entiende limita la libre concurrencia. En consecuencia, solicitan la anulación del Pliego y de la convocatoria.

El órgano de contratación remitió el 5 de enero de 2017, el recurso y el expediente de contratación junto con el informe preceptivo, en el que alega que los requisitos de solvencia incluidos son acordes con la legislación aplicable y que la división en lotes está justificada por las razones que se detallaran al resolver sobre el fondo del recurso.

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 Contse, S.A. para interponer recurso especial contra los Pliegos, al tratarse de una empresa potencial licitadora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Igualmente se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el Pliego de un Acuerdo Marco de suministro, sometido a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron puestos a disposición el 30 de noviembre de 2016, e interpuesto el recurso el día 22 de

diciembre de 2016, está dentro del plazo de quince días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Son dos los motivos de impugnación alegados: excesiva y desproporcionada solvencia económica, financiera y técnica y la división en lotes, vulneradora del principio de libre competencia al no permitir licitar solo a alguno de ellos.

En cuanto a la solvencia económica y financiera y la técnica, el PCAP en su cláusula 1, apartado 5, establece lo siguiente:

“5.- Solvencia económica, financiera y técnica.

Acreditación de la solvencia económica y financiera:

Artículo 75 del TRLCSP, apartado/s a):

Volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, 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.

Criterios de selección:

El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos una vez y media el valor anual medio del contrato según las cifras que se indican en su totalidad o de los lotes a los que licite, según cuadro:

PARTIDA	GASES MEDICINALES LÍQUIDOS LOTE - TRAMO	VALOR ECONÓMICO SIN I.V.A.	Criterio de Solvencia Económica 1,5 volumen anual medio
01 - Oxígeno líquido (m3)	TOTAL OXÍGENO LÍQUIDO (m3)	9.833.819,45 €	7.375.364,59 €
02 - Nitrógeno Medicinal Líquido (m3)	TOTAL NITRÓGENO LÍQUIDO (m3)	4.160.008,58 €	3.120.006,43 €
03 - Protóxido De Nitrógeno (Kg.)	TOTAL PROTÓXIDO DE NITRÓGENO (Kg.)	863.680,32 €	647.760,24 €
	TOTAL GENERAL	14.857.508,34 €	11.143.131,26 €

(...).”

“Acreditación de la solvencia técnica:

Artículo 77.1.a) y f)

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

(...)

Criterios de selección:

a) Experiencia en la realización de trabajos o suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, que se acreditará mediante la relación de los trabajos o suministros efectuados por el interesado en el curso de los cinco últimos años, avalados por certificados de buena ejecución, y el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de su anualidad media.

(...)”.

Alega la recurrente que “se ha vulnerado el principio de libre concurrencia y no discriminación, así como una vulneración de la competencia, al exigir una solvencia económica, financiera y técnica absolutamente desproporcionada y que no se ajusta al objeto de la presente licitación, que es un Acuerdo Marco con selección de varios empresarios (no empresario único), y posteriormente se celebrarán los correspondientes contratos de suministros con los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”. E igualmente, afirma, respecto a la solvencia técnica que “se exige una acreditación de trabajos y suministros del mismo tipo y naturaleza al que corresponde el objeto del contrato por un importe anual, en el año de mayor ejecución, igual o superior al 70% de la anualidad media, siendo la anualidad media el valor de todos los suministros de todos los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”.

En definitiva sostiene que *“el PCAP exige una solvencia económica financiera y técnica desproporcionada como si se estuviera licitando un único contrato de suministro que tuviera que ser adjudicado a una única empresa”*.

El órgano de contratación, en su informe, se refiere a la modificación del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introducida por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, señalando que desde la entrada en vigor de la referida modificación, la solvencia económica y financiera se acreditará a través del volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato, cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior al año. Por lo tanto, considera que en el Pliego se ha observado de manera estricta lo establecido en el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por lo que resulta incierto que la solvencia exigida sea desproporcionada.

Además añade que *“El fin que se persigue mediante la exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, según se recoge en el considerando 39 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo constituye una de las facultades de los Estados miembros para garantizar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato de que se trate. Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que tanto desde el punto de vista de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren. Siendo esto así, debe concluirse que lo que al poder adjudicador interesa es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato”*.

Como ya señaló el Tribunal en su Resolución 272/2016 de 22 de diciembre, *“La Directiva 2014/24/UE, en su artículo 58.3 dispone que: “Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad*

económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales. El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El poder adjudicador indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84". Los poderes adjudicadores limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato y todos los requisitos deben estar vinculados al objeto del contrato y proporcionados con respecto a él. El considerando (83) de la Directiva 2014/24/UE señala que "La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato. No obstante, pueden aplicarse exigencias más estrictas en circunstancias debidamente justificadas, que pueden referirse al elevado riesgo vinculado a la ejecución del contrato o al carácter crítico de su ejecución correcta y a tiempo, por ejemplo porque constituye un elemento preliminar necesario para la ejecución de otros contratos".

En resumen, la nueva Directiva (como la anterior, la Directiva 2004/18/CE) permite a los poderes adjudicadores establecer requisitos de solvencia económica y financiera que garanticen que los licitadores poseen la capacidad necesaria para ejecutar el contrato; tales requisitos pueden referirse a un determinado volumen de

negocios anual mínimo que puede acotarse al ámbito de actividad a que se refiere el contrato; ese volumen anual mínimo exigido no ha de exceder del doble del valor estimado del contrato”.

La solvencia económica y financiera del licitador hace referencia a la capacidad de pago (capacidad financiera) de la empresa para cumplir sus obligaciones, y los recursos con que cuenta para hacer frente a ellas, o sea, una relación entre lo que una entidad tiene y lo que debe. La solvencia económica, y en su consecuencia el volumen del negocio, como medio de acreditación, ni debe ni puede ser interpretado con criterios ajenos a su propia finalidad. La solvencia económica es tener la suficiente capacidad para hacer frente a las obligaciones que el contratista debe contraer. Es decir, que cuenta con los suficientes bienes y recursos para respaldar el cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato, y que se determinan en el objeto del mismo”.

En el supuesto planteado, efectivamente, nos encontramos ante un Acuerdo marco, figura regulada en el artículo 196 del TRLCSP, que en principio puede concluirse con uno o con varios empresarios. Si bien es cierto que lo habitual será que el Acuerdo marco y los contratos derivados se celebren con una pluralidad de empresarios, la ley no prohíbe que lo sean con uno solo.

Por lo tanto, resulta lógico que los requisitos de solvencia tanto económica y financiera como técnica, que tiene las finalidades anteriormente expuestas se exijan teniendo en cuenta el supuesto contractual más amplio, es decir, para el caso de que un licitador pudiera ser adjudicatario de todos los contratos.

Aunque esta opción pueda resultar gravosa, en cierta forma, para aquellos licitadores que no aspiren a la totalidad de los contratos derivados, otra solución diferente supondría tener que completar los requisitos de solvencia a medida que se tuvieran que ejecutar los diferentes contratos derivados, recalculando el límite de solvencia exigible cada vez, con la consiguiente dificultad que esto conlleva, en el ámbito de un tipo de contrato que pretende la racionalidad y funcionalidad de la contratación. Además, se correría el riesgo de contratar con empresarios carentes de la solvencia necesaria, posibilidad vedada por la Ley.

En consecuencia, se consideran adecuados los requisitos de solvencia exigidos para el Acuerdo marco y debe desestimarse este motivo de recurso.

Sexto.- El segundo motivo de recurso se refiere a la división en lotes establecida pues a juicio de la recurrente *“aunque a tenor del tenor literal podría parecer que en estos Pliegos se establecen diversos lotes, no nos llevamos a engaño; dado que ello no es así, en cuanto que lo son a los meros efectos teóricos, sin la menor trascendencia práctica, en cuanto en esta misma cláusula que acaba de citarse, se obliga en las Partidas 1 y 2, que son las principales y las que afectan a mi representada, a presentarse a todos los lotes, siendo excluido si no se hace de esa manera”*.

El órgano de contratación en su informe justifica la división realizada en partidas y lotes, incluyendo diferentes números de orden dentro de cada partida a los que se deberá licitar de forma obligatoria, señalando que *“esta exigencia, garantiza al órgano de contratación que ningún lote pudiera quedar desierto en unos productos tan esenciales como los gases medicinales reflejados en la licitación y, por otra parte, no permite a los adjudicatarios seleccionar exclusivamente aquellos lotes que por su volumen pudieran resultar más rentables, obviando a los centros sanitarios de menor consumo”*.

Comprueba el Tribunal que el PCAP divide el Acuerdo en tres apartados, que denomina partidas, Oxígeno líquido, Nitrógeno medicinal líquido y Protóxido de Nitrógeno, correspondientes a los distintos productos a suministrar. Dentro de las dos primeras partidas incluye unos números de orden que denomina lotes y que se corresponden con tramos de volumen del suministro a realizar.

En realidad, aunque la denominación puede llevar a confusión, los lotes son las denominadas partidas a las que se puede licitar por separado.

Dentro de estos lotes se incluyen diferentes números de orden que, lógicamente, no son licitables por separado y constituyen tramos de volumen de suministro con diferentes precios, variantes económicas.

Está plenamente justificada esta división pues al tratarse de suministros a distintos centros sanitarios se persigue asegurar el suministro a todos ellos, independientemente del volumen requerido. Si pudiese licitarse el suministro por centros o por tramos de volumen, algunos centros o tramos podrían ser menos rentables para los suministradores por su escaso volumen y quedar desiertos, circunstancia que el órgano de contratación debe evitar.

Por todo ello, estando justificada la división en lotes establecida, el recurso debe desestimarse también por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 don M.M.A., en nombre y representación de Contse, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco de “Suministro de gases medicinales con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, P.A. SUM 35/2016.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal en su reunión de 11 de enero de 2017.

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.