

Recurso nº 369/2023
Resolución nº 392/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 2 de noviembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de INMUCOR, S.L. contra la resolución de 19 de septiembre de 2023, de la directora gerente del Centro de Transfusión de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la determinación de grupo sanguíneo y anticuerpos irregulares en donantes de sangre”, número de expediente P.A.SUM.008-2023-(A/(SUM-028734/2023), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 12 de julio de 2023 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y el 17 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.188.160,00 euros y su plazo de duración será de 12 meses, con posibilidad de prórroga por cuatro años más.

A la presente licitación se presentaron 2 empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación, mediante la Resolución de 19 de septiembre de 2023, se adjudican los dos lotes del contrato a DIAGAST IBERICA, S.L.

Tercero.- El 10 de octubre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de INMUCOR en el que solicita que se excluya a la adjudicataria del procedimiento de licitación por no tener la solvencia técnica y económica que requieren los pliegos.

El 17 de octubre de 2023, el órgano de contratación remitió 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 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para ambos lotes por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP,

concediéndoles cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 19 de septiembre de 2023, notificado el mismo día, e interpuesto el recurso el 10 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en 2 motivos de impugnación.

1.- DIAGAST carece de la solvencia técnica requerida en los pliegos.

Alega la recurrente que el PCAP no hace referencia a la cuantía mínima de los suministros prestados que deben alcanzar los licitadores para acreditar su solvencia por lo que hay que remitirse al apartado 4 de la cláusula 15 del PCAP *“Si en el presente pliego no aparecen concretados los criterios y requisitos mínimos para su acreditación, los licitadores o candidatos acreditarán su solvencia económica y financiera y técnica por los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación establecidos en los artículos 87 y 89 de la LCSP”*.

De este modo por aplicación del artículo 89 de la LCSP la acreditación de la solvencia técnica deberá efectuarse mediante una relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

Basándose en el Informe 4/2021, de 9 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, señala que para el cálculo del importe de la anualidad media del contrato, *“(...) es de aplicación analógica lo previsto en el artículo 36.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de modo que se obtiene dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante”*.

Por consiguiente, en el supuesto aquí enjuiciado, el 70% del valor medio del contrato asciende al importe total de 306.342,40 euros, esto es, el 70% del resultado de dividir el valor estimado del contrato (en adelante “VEC”) (2.188.160,00) entre la duración total del contrato incluidas las prórrogas (60 meses), y multiplicar por 12 el cociente resultante.

DIAGAST ha acreditado la solvencia técnica mediante la aportación de un certificado en el que se detalla experiencias agrupadas por clientes durante un periodo temporal que va desde enero de 2021 a junio de 2023, sin detallar el valor acumulado en cada uno de los años por lo que no es válido.

También aporta cuatro certificados de buena ejecución que analiza la recurrente para concluir que la solvencia técnica acumulada es en el año 2020: 113,341,94 euros; 2021: 122.659,61 euros; 2023: 131.031,91 euros.

En definitiva, considera que no cumple con la solvencia técnica exigida y que no procede otorgar un trámite de subsanación.

Opone el órgano de contratación que para la acreditación de la solvencia técnica se exigía: *“Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destino público o privado. Asimismo, se presentarán certificados acreditativos de dichos suministros, considerándose suficiente un certificado por año”*.

La Mesa revisó los certificados presentados por DIAGAST para los años 2020, 2021 y 2022 de:

CENTRO TRANSFUSIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS
SERVICIO MURCIANO DE SALUD
CENTRO DE TRANSFUSION DE LA GENERALITAT VALENCIANA
HOSPITAL JUAN RAMON JIMENEZ (JUNTA DE ANDALUCIA)
CENTRAL PROVINCIAL DE COMPRAS DE GRANADA

Además de la declaración de suministro realizada por la propia empresa de:

CENTRO TRANSFUSIÓN SANGUINEA DE GRANADA
CENTRO DE HEMODONACIÓN MURCIA

CENTRO DE TRANSFUSIÓN SANGUÍNEA DE HUELVA
CENTRO DE TRANSFUSIÓN FAS-IGESAN
CENTRE DE TRANSFUSIÓN DE VALENCIA

Añadiendo a la misma una holgada lista de países en los que el grupo empresarial DIAGAST tiene en funcionamiento los equipos ofertados, tanto en el ámbito público como en el privado.

Por ello, la mesa de contratación consideró correcta la documentación y que DIAGAST era solvente con unos estándares de calidad adecuados para las necesidades del Centro, recogidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por su parte el adjudicatario manifiesta que el PCAP al establecer la acreditación de la solvencia técnica, lo hace remitiéndose expresamente al artículo 89.1.a) de la LCSP. Dicho precepto no exige la existencia de contratos previos de una determinada cuantía. De acuerdo con las exigencias del pliego, DIAGAST presentó en su oferta especificación de los organismos públicos beneficiarios de sus suministros de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto de este contrato, periodo temporal en los que dichos suministros tuvieron lugar el importe de los contratos. Asimismo, DIAGAST aportó un listado de instrumentos QWALYS3 EVO instalados en los últimos tres años en entidades públicas y privadas de todo el mundo. Posteriormente, en el trámite del 150 de la LCSP, entre la documentación requerida se solicitaba *“acreditación del cumplimiento de la solvencia técnica en los términos y por los medios que se especifican en el apdo. 6 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares”*. En respuesta, DIAGAST remitió en tiempo y forma toda la documentación requerida, incluyendo evidencias acerca de la solvencia técnica. En particular, DIAGAST aportó los oportunos certificados expedidos por los órganos competentes de las entidades beneficiarias de los suministros provistos durante los últimos 3 años, con especificación de la entidad pública beneficiaria, el objeto del contrato, el año y el importe. Todo ello, en

cumplimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones de la licitación y en el artículo 89.1.a) al que dicho pliego se remite.

INMUCOR pretende invocar el artículo 89.3 de la LCSP. Este precepto indica que el pliego especificará los medios admitidos (de entre los posibles según el artículo 89.1) para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato. Siendo así, que el pliego especifica la modalidad de acreditación de la solvencia técnica remitiendo expresamente al apartado a) del artículo 89.1 y este precepto no exige valores mínimos de los contratos aportados.

Adicionalmente pone de manifiesto que el artículo 89.3 continúa con una excepción del cálculo de la solvencia técnica que no resulta aplicable al presente caso, puesto que indica que el pliego indicará “en su caso” los valores mínimos exigidos, y en su defecto que *“la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”*.

A juicio de la adjudicataria la expresión “en su caso” implica que el órgano de contratación puede decidir si establece o no unos límites mínimos. En caso de optar por establecer límites mínimos, debe especificar cuáles son en el pliego, de modo que, si no los establece, entonces ya sí, se debería aplicar el cálculo del 70%.

A la vista de las alegaciones formuladas por las partes procede remitirse a lo dispuesto en el PCAP sobre la acreditación de la solvencia técnica, así la cláusula 1, apartado 6 dice:

“Acreditación de la solvencia técnica:

Artículo 89 de la LCSP, apartado 1 a): Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Criterios de selección: Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destino público o privado. Asimismo, se presentarán certificados acreditativos de dichos suministros, considerándose suficiente un certificado por año.

El apartado 4 de la cláusula 15 dispone:

“Solvencia económica, financiera y técnica.

Los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica en los términos y por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 6 de la cláusula 1. En el mismo apartado se especifican los criterios de selección en función de los medios de acreditación de la solvencia.

Si en el presente pliego no aparecen concretados los criterios y requisitos mínimos para su acreditación, los licitadores o candidatos acreditarán su solvencia económica y financiera y técnica por los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación establecidos en los artículos 87 y 89 de la LCSP. (...).”

El artículo 89 de la LCSP establece los distintos medios de acreditar la solvencia técnica, debiendo el órgano de contratación optar entre uno o varios de ellos y determinarlo en el PCAP. El apartado 3 del citado artículo 89, *“señala se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en su caso, de las normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditará la conformidad de los productos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”*.

Este Tribunal no puede acoger la pretensión de la adjudicataria al considerar que cuando la ley dice *“en su caso”* interpreta que el órgano de contratación puede no establecer unos requisitos mínimos para la valoración de la solvencia técnica, pues entonces el cumplimiento de la solvencia técnica quedaría a la absoluta discrecionalidad del órgano de contratación. Esta interpretación está fuera de toda lógica en el procedimiento de licitación dónde deben presidir los principios de objetividad, igualdad y no discriminación. Abundando en esta idea, si no se establece un importe mínimo cómo un licitador puede declarar que cumple con la solvencia técnica exigida en el PCAP si no sabe en qué términos ha de cumplirla.

En este sentido se redacta el PCAP en la cláusula 15, apartado 4, de tal manera que, si no *aparecen concretados los criterios y requisitos mínimos para su acreditación, los licitadores o candidatos acreditarán su solvencia económica y financiera y técnica por los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación establecidos en los artículos 87 y 89 de la LCSP*.

En esta misma línea nuestra Resolución 96/2023, de 2 de marzo: *“Se ha de destacar que en el caso de la solvencia técnica el PCAP no hace mención alguna a la cuantía mínima de los servicios prestados que ha de alcanzar la empresa a fin de acreditar su solvencia, teniendo en este caso que acudir al art. 90.2 de la LCSP que establece en relación con la cuestión descrita: “En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”.*

Descartada la interpretación de la adjudicataria, no queda más que señalar que es de aplicación el carácter supletorio establecido en el artículo 89.3. *“En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.*

Al respecto como señala la recurrente para el cálculo de la anualidad media del contrato se aplica por analogía el artículo 36.6 del Real Decreto 1098/2021, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: *“Cuando solamente se exija la clasificación en un grupo o subgrupo, la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato, obtenida dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante”.*

Siendo que el valor estimado del contrato es de 2.188.160, 00 euros y su duración de 60 meses, el 70 por ciento del valor medio del contrato es 306,342,40 euros.

En consecuencia, procede en este punto estimar parcialmente las alegaciones de la recurrente considerando que se debe acreditar una solvencia técnica por un importe de 306.342 euros en el año de mayor ejecución. Para ello, el órgano de contratación deberá conceder un trámite de subsanación a DIAGAST a los efectos de su acreditación.

2.- DIAGAST carece de la solvencia económica requerida en el PCAP.

Expone la recurrente que para acreditar la solvencia económica se exige:
“Criterios de selección: Los licitadores deberán acreditar un volumen de negocios que referido al año de mayor volumen de negocio de los últimos tres 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 a un año”.

Así pues, siendo la duración del presente contrato de 12 meses y, en consecuencia, no superior a un año, el año de mayor volumen de negocios debe ser de al menos una vez y media el valor estimado del contrato.

De esta manera, con un valor estimado de 2.188.160,00 euros, es obvio que una vez y media el valor estimado del contrato resulta en un importe de 3.282.240,00 euros.

Según lo indicado en el DEUC y en el certificado de solvencia económica aportado por DIAGAST, el año de mayor volumen de negocios fue el año 2020, con un volumen total de 1.131.863,46 euros por lo que no cumple la solvencia económica exigida. A juicio de la recurrente para calcular la solvencia hay que atender a la duración inicial del contrato sin incluir sus prórrogas.

Opone el órgano de contratación que *“la mesa de contratación para la acreditación de la Solvencia Económica y financiera, considero una vez y media el*

valor anual medio del contrato, por ser este de un año, de acuerdo con el siguiente calculo:

El valor estimado del contrato, calculado de acuerdo con el 101 LCSP, es de 2.188.160,00 euros, siendo el valor anual medio de 437.632 euros. Una vez y media este valor son 656.448 euros. La cifra global de negocios, justificada con la entrega de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, fue de 1.131.863,46 para el año 2020, siendo esta superior a los 656.448 euros”.

El adjudicatario en su defensa señala que el 81,81% de las acciones de DIAGAST pertenecen al organismo público que vela por el fomento y gestión de la donación de sangre en Francia y que tiene una amplia trayectoria y reputación en el ámbito clínico. Asimismo, cita diversos preceptos de la LCSP, considerandos de la Directiva 2014/24/UE, y resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, pero no concluye nada en relación con los cálculos efectuados por la recurrente para acreditar la solvencia económica.

Este Tribunal no comparte las alegaciones de la recurrente, pues si bien, el contrato tiene una duración inicial de un año, se establece la posibilidad de prórroga por cuatro años más. Así tendrá una duración total de cinco años a los efectos que aquí nos ocupa.

A juicio de este Tribunal cuando se establece que el volumen de negocios ha de 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 a un año, ha de considerarse la duración del contrato incluidas las prórrogas. Una interpretación contraria llevaría al absurdo de que para un contrato de duración inicial de 5 años con un valor estimado de 5.000.000 euros se requeriría una solvencia económica de 1.500.000 y sin embargo para un contrato de duración inicial de un año, prorrogable por cuatro años más y valor estimado de 5.000.000 euros se requeriría una solvencia de 7.500.000 euros.

El planteamiento de la recurrente queda fuera de toda lógica, como ha quedado patente en el ejemplo anterior, pero es más, para el cálculo pretende tomar en consideración parámetros dispares la duración de un año del contrato y el valor estimado que se corresponde con una duración de cinco años.

En consecuencia, los cálculos efectuados por el órgano de contratación son conformes con el PCAP y DIAGAST cuenta con la solvencia económica exigida en los pliegos.

Se desestima esta pretensión de la recurrente.

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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de INMUCOR, S.L. contra la Resolución de, 19 de septiembre de 2023, de la Directora Gerente del Centro de Transfusión de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica el contrato de *“Suministro de reactivos necesarios para la determinación de grupo sanguíneo y anticuerpos irregulares en donantes de sangre”*, número de expediente P.A.SUM.008-2023-(A/(SUM-028734/2023)).

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática, para ambos lotes del contrato, prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2023.11.06 09:21