



Recurso nº 320/2014 C.A. Cantabria 008/2014

Resolución nº 415/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 23 de mayo de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. A.M.M., en nombre y representación de 2MIL Artesanía Sanitaria SL contra el acuerdo de 2 de abril de 2014 de la Mesa de Contratación del Servicio Cántabro de Salud por el que se inadmite a la empresa 2MIL Artesanía Sanitaria, SL a la licitación el acuerdo marco para la selección de suministradores de material de cura y apósitos convocado por el Servicio Cántabro de Salud (Expediente PA 2013.2.CC.02.03.0002), este Tribunal, el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por resolución del Sr. Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de 30 de enero de 2014, se aprobó el expediente de contratación PA 2013.2.CC.02.03.0002 tramitado para la celebración de un acuerdo marco para la selección de suministradores de material de curas y apósitos para la prevención y tratamiento de úlceras y heridas por los centros de gastos dependientes del Servicio Cántabro de Salud.

Segundo. La convocatoria para la licitación fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de febrero 2014, en el Boletín Oficial del Estado de 17 de febrero de 2014 y en el Boletín Oficial de Cantabria de 13 de febrero de 2014. La documentación relativa a las bases de la convocatoria fue publicada en el perfil del contratante el 6 de febrero de 2014.

Tercero. El día 26 de marzo de 2014 la empresa recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el acuerdo marco.



Cuarto. Pese a que el recurrente manifiesta en este recurso que el que interpuso contra el pliego no se halla en la actualidad resuelto, lo cierto es que por resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 314/2014, de 11 de abril de 2014 se inadmitió el recurso contra el pliego por extemporáneo. Esta resolución acordó: *“Inadmitir, por extemporáneo, el recurso interpuesto por D. A. M. M., en nombre y representación de la mercantil 2 MIIL ARTESANIA SANITARIA, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el “Acuerdo marco para el suministro de material de curas y apósitos para prevención de úlceras y heridas”, convocado por Servicio Cántabro de Salud, Expdte. P.A.2013.2.CC.02.01.0002”.*

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado de informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras en fecha 30 de abril de 2014, otorgándoles un plazo común de alegaciones de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. El 30 de abril de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió denegar la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.1 del TRLCSP y con lo acordado en el Convenio de Colaboración de 28 de noviembre de 2012 suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con lo previsto en el art. 42 del TRLCSP y debidamente representada. En efecto, el recurso ha sido interpuesto por uno de los dos administradores solidarios de la sociedad recurrente, tal y como resulta de la escritura pública otorgada ante el Notario



D. J.M.S.S-V. el 16 de enero de 2014, por la que se elevan a públicos los acuerdos sociales de la compañía.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en plazo, por aplicación del art. 44.2 a) del TRLCSP, toda vez que el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se inadmite a la recurrente data de 2 de abril de 2014 y el recurso tuvo entrada en este Tribunal el 15 de abril siguiente.

Cuarto. La empresa recurrente impugna en su recurso tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares como el acto de inadmisión por no reunir el requisito de solvencia exigido por el apartado K1 del pliego de cláusulas administrativas particulares consistente en tener una cifra de negocios superior a 2,5 millones de euros. Los actos recurridos son susceptibles de recurso, de conformidad con lo que establecen los artículos 40.1 a) y 40.2 b) del TRLCSP. Reza el último de los citados, en sede de regulación de los actos objeto del recurso:

"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".

Quinto. Atinente a la impugnación del acto de inadmisión del licitador por la Mesa, invoca en su recurso la supuesta vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, por cuanto la elevada cuantía de la cifra de negocios que configura el requisito de solvencia económica deja fuera de la licitación a empresas de reconocido prestigio en el sector, abriendo la licitación sólo a multinacionales y grandes empresas que pueden justificar tal cifra de negocios.

Cita en defensa de su pretensión el art. 1.1 del TRLCSP, que consagra el principio de igualdad y no discriminación y el principio de transparencia. Y alude al art. 196 del TRLCSP que, regulando los acuerdos marco ordena que el recurso a estos instrumentos *"no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada"*.



Por último, trae a colación el art. 62 del TRLCSP, que tiene por objeto la regulación de la exigencia de solvencia económica y financiera y profesional, postulando una interpretación de este precepto acorde con las circunstancias reales de la contratación a realizar.

Sexto. El órgano de contratación defiende en su informe la exigencia de la cifra de negocios discutida. Apelando a los arts. 62 y 71 del TRLCSP, afirma que la Ley exige, con carácter general, para todo tipo de contrato y cualquiera que sea su cuantía, que el empresario cuente con la debida solvencia económica, financiera, técnica o profesional, exigencia que sólo se excepciona para aquellos contratos en los que sea necesario la debida clasificación del contratista.

Justifica el volumen de negocio exigido en que el presupuesto estimado del contrato es de 10.945.567,75 euros, IVA excluido (incluyendo los 24 meses de plazo inicial del contrato más las dos prórrogas de 12 meses previstas en el PCAP), lo que implica una estimación anual de gasto prevista de 2.736.391,94 euros IVA excluido.

Sostiene que la fiabilidad en la selección de las empresas exige que el volumen de negocios sea superior a la estimación del importe anual del contrato. Según el órgano de contratación, este criterio está en concordancia con la Directiva Europea 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que recomienda que la solvencia económica exigida de los contratos no debe superar el doble del valor estimado del contrato.

Séptimo. Es preciso deslindar dos objetos en el recurso:

a) La impugnación directa contra el pliego. Tal y como se relata en los hechos, este Tribunal lo inadmitió por extemporáneo de 11 de abril de 2014. Por ello, no cabe plantear de nuevo mediante este recurso otra impugnación directa contra el pliego.

b) La impugnación contra el acto de inadmisión adoptado por la mesa, con base en la aplicación de la cláusula K1 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Se trataría por tanto de una impugnación indirecta del pliego de cláusulas administrativas, con base en la posible concurrencia de causa de nulidad, que llevaría indisolublemente aparejada la nulidad del acto de exclusión fundado en dicha cláusula nula.



En consecuencia, el examen de este Tribunal se ha de circunscribir a la concurrencia en el pliego de una causa de nulidad, único evento en el que podría estimarse este recurso, dado que el recurso directo contra el pliego fue inadmitido y que el acto de exclusión se adapta a las determinaciones del pliego.

El apartado K1 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece:

"K1.- Solvencia económica y financiera:

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 disponible 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".

Según el artículo 145.1 del TRLCSP:

"las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna".

Tal y como ha declarado este Tribunal *"los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación"* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre).

Esta vinculación presenta como excepción la nulidad de una cláusula del pliego (Resolución nº 69/2012), circunstancia en la que el Tribunal permite invocar el referido vicio mediante la impugnación del acto de exclusión fundado en el pliego.

Octavo. El análisis de fondo del recurso ha de centrarse por tanto, en la vulneración por la tan mencionada cláusula del principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores.

El art. 62 del TRLCSP exige, para celebrar contratos con el sector público que los empresarios acrediten las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.

Y el art. 75.1 c) del TRLCSP incluye entre los medios para acreditar la solvencia económica y financiera la *"declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de las actividades correspondientes 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"*

El art. 58.3 de la Directiva 2004/14/UE, de 26 de febrero, de Contratación Pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE prevé:

"(...) 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.

(...)

Cuando un contrato se divida en lotes, el presente artículo se aplicará en relación con cada uno de los lotes. No obstante, el poder adjudicador podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo".

En el supuesto objeto de consideración, el contrato se halla dividido en 27 lotes descritos en el Anexo I a) del PCAP. El órgano de contratación, sin embargo, tal y como explica en el informe sobre este recurso, ha cuantificado la cifra de negocios exigida sobre el cálculo del presupuesto total del contrato, considerando que tiene un presupuesto de ejecución de 2.736.391,94 euros IVA excluido por año. No ha tenido en cuenta la división del



contrato en lotes. Tratándose de un acuerdo marco en el que, por su propia naturaleza, no están definidos todos los términos del contrato, no se indica en el PCAP el número de unidades de cada producto incluido en cada lote. A pesar de ello, el importe máximo de los productos objeto del contrato comprendidos en alguno de los lotes es ínfimo¹, por lo que la exigencia de una cifra de negocios de 2,5 millones de euros, sin distinción o aplicación a cada lote es desproporcionada.

Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.

Como razona la Resolución de este Tribunal 198/2013, de 29 de mayo, citada por la Resolución 612/2013, de 11 de diciembre:

“Pues bien, en tal sentido, es preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias. Así se desprende de múltiples preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de modo muy especial de su artículo 1, que menciona como primera libertad a garantizar, la “libertad de acceso a las licitaciones”.

Bien es cierto que la necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto “Succhi di Frutta” puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios. Así se desprende del artículo 62.2 del TRLCSP, al decir que “Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se

¹ P.e: Apósito transparente de 6x7: 0,063 euros (nº 103); Apósito para traqueotomía aproximadamente 10x15 (nº 101): 0,19 euros; Apósito oftálmico estéril (nº95): 0,1 euros.



especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato”.

Y como reiteradamente ha declarado este Tribunal, *“la aptitud de la empresa para ejecutar el contrato, ha de venir dado por el objeto del contrato y ser proporcional al mismo”* (Resoluciones de este Tribunal 60/2011, 266/2011, 81/2012, 117/2012, 612/2013 entre otras).

Noveno. El 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, aplicable por mor de lo dispuesto en el art. 32.2 del TRLCSP, determina que son nulos de pleno derecho los actos administrativos *“que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”.*

Ahora bien, este Tribunal ha asumido una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho contempladas en el art. 32 del TRLCSP:

Así, en la Resolución 130/2014, de 28 de marzo, declaramos:

“En efecto, conviene recordar en este punto que el Tribunal viene entendiendo que “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), “con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto” (Resolución 502/2013, de 14 de noviembre), siendo así que, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna” (en el mismo sentido,



Resoluciones 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, ó 172/11, de 29 de junio, entre otras muchas)".

En el mismo sentido, debe traerse a colación la Resolución 933/2013, de 14 de febrero:

"Con todo, y pese a la gravedad de las infracciones enunciadas, es lo cierto que ninguna de ellas alcanza la categoría de nulidad de pleno derecho, cuyas causas están tasadas en la ley y han de ser objeto de una interpretación estricta (cfr., por todos, STS 14 de abril de 2012, Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993 -expediente 1232/1993- y Resolución de este Tribunal 312/2011). Precisamente por ello, por no ser subsumible en los casos previstos en el artículo 32 TRLCSP, ha de estarse a la fuerza vinculante del Pliego (artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1 y 145.1 TRLCSP), que constriñe tanto a las partes como a este Tribunal, que debe, por ello, como ya se ha dicho, desestimar el recurso".

Con arreglo a esta interpretación estricta de la concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho, no puede apreciarse que la cláusula discutida incurra en tan grave vicio, en la medida en que todos los licitadores se han visto sujetos a los mismos.

En consecuencia, no puede estimarse el recurso contra el acto de inadmisión por la vía indirecta de la apreciación de oficio de causa de nulidad de pleno derecho en el pliego.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar totalmente el recurso contra el acto de inadmisión de 3 de abril de 2014 de la Mesa de Contratación del Servicio Cántabro de Salud por el que se inadmite a la empresa 2MIL Artesanía Sanitaria, SL en el acuerdo marco para la selección de suministradores de material de cura y apósitos convocado por el Servicio Cántabro de Salud (Expediente PA 2013.CC.02.03.002)

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.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.