



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 022/2012

Acuerdo 18/2012, de 31 de mayo de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U. frente a su exclusión en la licitación del contrato denominado «Suministro de reactivos para técnicas analíticas de bioquímica-hematología, coagulación y serología para el Hospital Ernest LLuch», convocado por la Gerencia de Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de febrero de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Suministro de reactivos para técnicas analíticas de bioquímica-hematología, coagulación y serología para el Hospital Ernest LLuch», convocado por la Gerencia de Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud, acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y tres lotes, con un valor estimado para el conjunto de los lotes de 1 180 431,00 euros, IVA excluido.

En el Anexo III del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación, se exige acreditar la siguiente solvencia económica y financiera:



«SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA (artículo 75.1 TRLCSP)

Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del acuerdo marco, 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 de que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

Criterios de selección: Los licitadores, deberán acreditar una cifra de negocios en cada uno de los tres últimos ejercicios (2009, 2010 y 2011) fiscales igual o superior al presupuesto de licitación anual. En caso de fusión o absorción de empresas, se aportará la cifra de negocios de las empresas fusionadas o absorbidas. Si se trata de empresas de nueva creación, la solvencia económica y financiera se justificará con la cifra de negocios del periodo correspondiente a la actividad de la empresa.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos la mercantil DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U. (en adelante STAGO). La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 30 de marzo de 2012, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre nº 1), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en varios de ellos, para lo cual les requirió, a los efectos de subsanación y/o aclaración, otorgándoles un plazo hasta el día 4 de abril a las 14:00 horas, según se recoge en el acta correspondiente.

En particular, a la recurrente, la Mesa de contratación le comunicó, mediante escrito remitido el 15 de febrero de 2012, diversas incidencias en su documentación administrativa, entre las que se encuentran las relativas a su solvencia económica y financiera que dan origen a la controversia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se requirió además la subsanación de otros extremos de la solvencia técnica no afectados por el objeto del recurso interpuesto.

Dentro del plazo concedido, STAGO presenta documentación de subsanación, en concreto y según consta en el expediente, declaración de no actividad empresarial durante 2011, modelo 390 de declaración anual del IVA correspondiente a 2011, en el que se refleja que no ha habido actividad empresarial durante el mismo año, Flyer oficial presentado por STAGO a sus clientes anunciando el comienzo de la actividad en España el 1 de enero de 2012 como distribuidor directo, separándose de la empresa ROCHE, distribuidora hasta la fecha de los productos en España, y comunicado de la empresa ROCHE anunciando la fecha de cese de distribución de los productos STAGO en España.

TERCERO.- En sesión de la Mesa de contratación celebrada el 13 de abril de 2012, y a la vista de la documentación presentada, se acuerda la exclusión de la recurrente del procedimiento, por considerar que no acredita la solvencia económica financiera exigida, sobre la base de la siguiente consideración:

«Comprobada la documentación por los miembros de la Mesa de Contratación, se desprende que la empresa DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U., no reúne la solvencia económica y financiera igual o superior al presupuesto de licitación, correspondiente al periodo de actividad empresarial "enero, febrero, marzo", por lo que se excluye del concurso a dicha casa comercial».

El acuerdo se notificó a la misma el 20 de abril de 2012, indicando expresamente que *«En el periodo "enero, febrero, marzo", no iguala ni supera la cantidad de los importes establecidos (637.432,74 €*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

presupuesto de licitación anual)) y que: «según se estableció en el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del concurso ... en el Anexo III Solvencia económica y financiera (artículo 75.1 TRLCSP) se exigía únicamente para su cumplimiento por parte del licitador, el apartado “c”», dándoles la posibilidad de presentar frente al mismo recurso especial en materia de contratación.

CUARTO.- Con fecha 7 de mayo de 2012, D. Alfredo Serra Parera, en representación de STAGO, interpone en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 13 de abril de 2012, notificado el 20 de abril de 2012, por el que se excluía a la misma de la licitación.

El licitador recurrente, anunció el 3 de mayo de 2012, al órgano de contratación la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

- 1) Tras relatar los antecedentes de la exclusión y reproducir las previsiones normativas aplicables a los medios de acreditar la solvencia económica, señalan que STAGO ha presentado en el momento de la licitación, y posteriormente en la fase de subsanación, documentación suficiente para acreditar la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

solvencia económica y la técnica, habiéndose aceptado por la Mesa de contratación la técnica, pero no la económica.

- 2) Recuerdan que, para acreditar la solvencia económica, en el momento de la licitación se aportó:
 - a) Informe bancario acreditativo de la solvencia económica de la empresa.
 - b) Seguro de responsabilidad civil, por un importe de 1.000.000 euros.
 - c) Declaración acreditativa de la cifra global de ventas durante el primer trimestre de 2012.

Además, en el momento de la subsanación, se aportaron los documentos que se detallan en el Antecedente SEGUNDO del presente Acuerdo.

En la notificación de exclusión se señala únicamente que la misma se produce por no igualar ni superar en el periodo de actividad de la empresa la cifra de 637.432,74 euros, correspondiente al presupuesto de licitación anual de los tres lotes que integran el expediente de contratación convocado por el Hospital de Calatayud, siendo que STAGO ha concurrido únicamente al Lote 2, por lo que consideran que la solvencia debe referirse al presupuesto anual de licitación de ese lote única y exclusivamente.

Además, entienden que el artículo 75.2 TRLCSP prevé que si la empresa ha iniciado su actividad comercial con posterioridad, y no puede acreditar su solvencia en la forma requerida, lo podrá



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

hacer por cualquiera de los otros medios recogidos en la Ley, y mantienen que el inicio de su actividad en enero de 2012 justifica que puedan acreditar únicamente la cifra de negocio del primer trimestre del año, complementada con la señalada en el TRLCSP.

- 3) Alegan que la finalidad fundamental de la legislación de contratación es, no solo garantizar los derechos de los licitadores, sino también preservar el interés público garantizando la concurrencia del mayor número de empresas, citando y reproduciendo jurisprudencia sobre esta materia y doctrina emanada de los órganos consultivos de la Administración del Estado.
- 4) Consideran que la causa de exclusión debió considerarse como un mero problema interpretativo, que debería haber sido objeto de una solicitud de aclaración y/o documentación complementaria, para evitar que la consecuencia sea la exclusión del licitador.
- 5) Entienden que su empresa ha visto vulnerados los principios más elementales de la contratación pública, y especialmente los principios de igualdad de trato y no discriminación, que presiden la contratación pública.

Por todo lo alegado, solicitan se dicte resolución que anule el acuerdo de exclusión impugnado, y se les permita continuar en el procedimiento de licitación, así como la suspensión del procedimiento de contratación, en base a una extensa argumentación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

QUINTO.- El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón solicita el 7 de mayo 2012 al órgano de contratación el expediente completo y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que tienen entrada en el Tribunal el día 10 de mayo de 2012.

Con fecha 14 de mayo de 2012, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Dicho plazo transcurre sin que se reciba alegación alguna.

SEXTO.- Por Resolución 3/2012, de 8 de mayo de 2012, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por STAGO, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, en atención a lo dispuesto en el artículo 43 TRLCSP, valorando las circunstancias que concurren en el expediente, y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa STAGO, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP.

El recuso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 13 de abril de 2012, practicada la notificación el 20 de abril, e interpuesto el recurso el 7 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44. 2 TRLCSP.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso es determinar si fue correcta la actuación de la Mesa de contratación en cuanto a la concreta subsanación requerida a STAGO, relativa a la solvencia económico financiera, si la documentación aportada por la misma para acreditar la solvencia económico financiera cumple con los requisitos exigidos en el PCAP que rige la licitación, y si, en consecuencia, resulta procedente o desproporcionada la exclusión del licitador.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al PCAP que —junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas—, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Con carácter previo al análisis de estas cuestiones, este Tribunal quiere recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición «*sine qua nom*», cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar el adecuado cumplimiento del interés público que es causa de todo contrato público.

TERCERO.- Sentado lo anterior, debe analizarse si fue correcta la actuación de la Mesa de contratación en cuanto a la concreta subsanación requerida a STAGO, relativa a la solvencia económico financiera, si la documentación aportada por la misma para acreditar la solvencia económico financiera cumple con los requisitos exigidos en el PCAP que rige la licitación, y si, en consecuencia, resulta procedente o desproporcionada la exclusión del licitador.

Argumenta la recurrente en este punto que presentaron, tanto en fase de licitación como posteriormente en fase de subsanación, documentación suficiente para acreditar la solvencia económica (con el detalle que se contiene en el antecedente CUARTO de este Acuerdo), que su presentación exclusiva al Lote 2 determina que la solvencia requerida se refiera al presupuesto anual de ese lote única y exclusivamente, y que, en caso de que una empresa no pueda acreditar su solvencia en la forma requerida, lo podrá hacer por



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cualquier otro medio de los recogidos en la propia Ley. Por ello consideran que el acuerdo de la Mesa de contratación infringe los artículos 22 y 84 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Real Decreto 1098/2001, causándoles con ello indefensión material por un literalismo excesivo del PCAP que rige la licitación.

Frente a esta argumentación cabe señalar, en primer lugar, que el PCAP de la licitación recoge de manera adecuada tanto los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica que deben reunir los empresarios participantes, como las condiciones mínimas que deben alcanzar en cada medio seleccionado, y los instrumentos concretos para su acreditación. En el PCAP no se prevé —pese a que este Tribunal pueda considerar esta acción como aconsejable en las licitaciones configuradas por lotes— una solvencia económica y técnica proporcional a los distintos lotes integrados en el mismo, recogiendo su Anexo III como criterio de solvencia económica la cifra de negocio igual o superior al «presupuesto de licitación anual», por lo que no cabe admitir la interpretación del recurrente de ajustar la solvencia requerida al presupuesto de licitación de cada uno de los lotes, ya que la interpretación contraria sí introduciría un trato desigual entre los licitadores, y una alteración a posteriori de las reglas que rigieron la licitación.

El PCAP ha establecido, y los licitadores aceptado, este dimensionamiento de la solvencia económica y su forma de acreditación, y por el principio de seguridad jurídica, en tanto no existe un vicio de nulidad de pleno derecho, no es posible ahora cuestionar la validez jurídica del mismo. Como es sabido, el pliego es *lex contractus* y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tiene sus propias vías de impugnación, por lo que tras participar en un procedimiento no es posible pretender la revisión del contenido del pliego, salvo que concurriera un vicio de nulidad de pleno derecho. Ese es el criterio general con fundamento en el principio de seguridad jurídica y de conformidad con los actos propios, tal y como declara, entre otras, la Resolución 152/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o el Acuerdo 2/2012, de 16 enero de 2012, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Abundando en esta idea ha insistido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al afirmar que carecerá de legitimación activa para impugnar la adjudicación del contrato una persona que, estimando discriminatorias las cláusulas de licitación, no las impugnó (STJUE de 12 de febrero de 2004, C-230/02, Grossmann Air Service, apartados 37 a 40).

Procede analizar, en segundo lugar, cual es el alcance y límites de la posibilidad recogida en el artículo 75.2 TRLCSP, que textualmente determina: *«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»*. Para ello debe señalarse que, a diferencia de lo que ocurre en la solvencia técnica o profesional, la enumeración de los medios para acreditar la solvencia económica y financiera no es cerrada en la ley, sin que ello suponga reconocer al órgano de contratación la facultad de señalar, de manera anticipada, otros posibles medios de acreditación, sino en el sentido de atribuir al empresario la facultad de ofrecer al órgano de contratación otros



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

medios alternativos de acreditación, cuando no pueda hacerlo con los previstos legalmente, correspondiendo al órgano de contratación valorar si es justificada la causa por la que no se aportan los previstos en el artículo 75.1 TRLCSP, y si son apropiados los ofrecidos y aportados por el licitador en sustitución de aquellos.

No parece ser ésta la actuación seguida por STAGO en la presentación de la documentación inicial, ni en la de subsanación de la solvencia económica requerida por la Mesa de contratación. Es ahora, en vía de recurso, cuando se acoge a esta posibilidad excepcional de ofrecer unos medios alternativos para acreditar su solvencia económica, diferentes al exigido por el órgano de contratación en la licitación, medios alternativos que pudieron haberse examinado y autorizado a posteriori por éste ante una petición expresa de STAGO en este sentido, que no se produce. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de enero de 2012 (rec. 5825/2008).

De todo lo anterior puede concluirse que la Mesa de contratación actuó correctamente al no solicitar documentación aclaratoria a la recurrente, más allá de la documentación de subsanación exigida, y que la exclusión acordada fue ajustada al régimen jurídico de la contratación del sector público. De los términos de la exigencia de subsanación considera este Tribunal que no existen dudas acerca de cual era el criterio que la Mesa de contratación estaba sosteniendo al respecto, y el licitador pudo aportar la información que ahora incorpora en el recurso y apoyarla en la documentación que hubiera considerado precisa. Además, la diligencia debida, y exigible a todo licitador, requiere, y más cuando puede estar en juego su admisión en un



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

procedimiento, solicitar las aclaraciones oportunas al órgano de contratación, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y los artículos 2, 17 y siguientes, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, presentado por D. Alfredo Serra Parera, en nombre y representación de DIAGNOSTICA STAGO, S.L.U, frente a su exclusión en la licitación del contrato denominado «Suministro de reactivos para técnicas analíticas de bioquímica-hematología, coagulación y serología para el Hospital Ernest LLuch», convocado por la Gerencia de Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 3/2012, de 8 de mayo de 2012, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.