



Recursos nº 13 y 28/2019 C.A. Región de Murcia 5 y 6/2019

Resolución nº 346/2019

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

En Madrid, a 29 de marzo de 2019.

VISTOS los recursos interpuestos por D. U. X. M. P., en nombre y representación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A., contra el acuerdo por el que se ha declarado desierta la licitación en el lote 4, y D. P. M. F. A., en nombre y representación de ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L., contra el acuerdo por el que se ha declarado desierta la licitación en los lotes 1, 3 y 4, así como contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del procedimiento de contratación convocado por el Servicio Murciano de Salud con relación al *“Servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud ha tramitado el procedimiento para la licitación del servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, expediente: CSP/9999/1100812267/17/PA.

El contrato se compone de cuatro lotes, siendo el presupuesto total del primer lote de 7.625.849,05 €; del segundo lote de 8.845.428,25 €; del tercer lote de 8.647.788,74 €; y del cuarto lote 8.877.049,63 €.

El valor estimado del contrato es de 40.795.338,80 €, IVA excluido.



Segundo. Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el 6 de enero de 2018, en el Boletín Oficial del Estado el día 16 de enero de 2018, y en el perfil del contratante el 9 de enero de 2018.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Cuarto. Según documento emitido por el órgano de contratación, concurrieron al procedimiento de contratación las siguientes empresas:

En el lote 1:

- U.T.E. ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. – ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U.

En el lote 2:

- U.T.E. ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. – ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U.
- CONTSE, S.A.

En el lote 3:

- U.T.E. ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. – ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U.

En el lote 4:

- U.T.E. ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. – ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U.
- U.T.E. FERROVIAL SERVICIOS, S.A. – SANIVIDA, S.L.



Quinto. El presente procedimiento de licitación ya fue objeto de conocimiento por este Tribunal de Contratación, en virtud de los Recursos 427, 428 y 439/2017, que dieron lugar a la Resolución 679/2017, de 27 de julio de 2017.

En dicho recurso fueron objeto de impugnación tanto los anuncios de licitación, como los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, y se estimaron parcialmente los recursos interpuestos, anulando determinados criterios de adjudicación, así como la entonces cláusula 26 del cuadro de características del contrato, que establecía un régimen de transitoriedad.

Sexto. En la presente licitación es objeto de recurso la resolución dictada por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 12 de diciembre de 2018, por la que se acordó:

“Segundo.- Declarar desierta la adjudicación de los LOTES 1, 3 y 4 del SERVICIO DE TERAPIAS RESPIRATORIAS DOMICILIARIAS Y OTRAS TÉCNICAS DE VENTILACIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA, al no reunir las empresas inicialmente propuestas como adjudicatarias, ACCIONA HEALTHCARE SERVICIOS S.L.-ORTHEM (UTE) y FERROVIAL SERVICIOS S.A.-SANIVIDA S.L. (UTE), los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos ni en la normativa aplicable según el objeto contractual, que acrediten suficientemente la habilitación empresarial o profesional precisa para ejecutar el contrato.

Tercero.- Adjudicar la contratación del LOTE 2 del SERVICIO DE TERAPIAS RESPIRATORIAS DOMICILIARIAS Y OTRAS TÉCNICAS DE VENTILACIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA a la siguiente empresa por el importe que se señala, con indicación de las características y ventajas de su proposición que han sido determinantes para ser seleccionada:

Empresa adjudicataria CONTSE S.A. [...]”

Séptimo. De acuerdo con lo previsto en 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 en adelante) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la



remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado de los correspondientes informes.

Octavo. Por la Secretaría del Tribunal se dio plazo al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones, habiéndolo verificado así:

- La mercantil ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L., que solicita que sea desestimado el recurso interpuesto.
- Las mercantiles CONTSE, S.A. y FERROVIAL SERVICIOS, S.A., respecto al recurso 28/2019, solicitando la primera que se desestime el recurso interpuesto, mientras que la segunda únicamente solicita que se la tenga por interesada en el procedimiento.

Noveno. El 18 de enero de 2019 se dictó resolución por la Secretaria General del Tribunal, en ejercicio de competencias delegadas, en la que se acordó denegar la suspensión del procedimiento solicitada por los recurrentes respecto a los lotes 1, 3 y 4 que se habían declarado desiertos, manteniendo la suspensión automática del acuerdo de adjudicación del lote 2, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en la Resolución de 5 de noviembre de 2012, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. El artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (BOE de 25 de septiembre), establece en su apartado 1 que: *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.



De acuerdo con ello, el Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de los recursos número 13 y 28/2019 por referirse a la misma licitación, y encontramos en la situación prevista tanto en el artículo 57 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, como en el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. Nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, es objeto del recurso la resolución en la que se acuerda tanto adjudicación del lote 2, como la declaración de quedar desiertos los lotes 1, 3 y 4, por lo que se trata de actos susceptibles de impugnación conforme a los apartados b) y c) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, los recurrentes han sido partícipes en el procedimiento de licitación por lo que ostentan un interés concreto y preciso conforme al artículo 48 de la LCSP.

Quinto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Sexto. En cuanto al fondo del recurso, comenzaremos por las alegaciones de la recurrente FERROVIAL, contenidas en el recurso 13/2019. FERROVIAL cuestiona la resolución 12 de diciembre de 2018, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se acordó:

“Segundo.- Declarar desierta la adjudicación de los LOTES 1, 3 y 4 del SERVICIO DE TERAPIAS RESPIRATORIAS DOMICILIARIAS Y OTRAS TÉCNICAS DE VENTILACIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA, al no reunir las empresas inicialmente propuestas como adjudicatarias, ACCIONA



HEALTHCARE SERVICIOS S.L.-ORTHEM (UTE) y FERROVIAL SERVICIOS S.A.-SANIVIDA S.L. (UTE), los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos ni en la normativa aplicable según el objeto contractual, que acrediten suficientemente la habilitación empresarial o profesional precisa para ejecutar el contrato."

La UTE compuesta por FERROVIAL y SANIVIDA fue propuesta inicialmente como adjudicataria del lote 4 del procedimiento de licitación. Sin embargo, requeridas las mercantiles anteriores para la aportación de todos los documentos justificativos exigidos en los pliegos y en la normativa de aplicación, la mesa de contratación concluye, tal y como se refleja en el acta de su sesión de 9 de noviembre de 2018, lo siguiente:

"[...] Por su lado, la entidad SANIVIDA SL, incluye en sus Estatutos como fines sociales "La realización directa o indirecta, así como la coordinación, por medio de profesionales propios o concertados, de todo tipo de servicios sociales y sociosanitarios", considerando esta Mesa que tales fines no coinciden con el objeto, fines y ámbito de actividad del contrato, en los términos recogidos en el art.57 TRLCSP.

[...]

En lo que afecta al requisito de disponer de un CERTIFICADO DE CALIDAD ISO 14001 o equivalente, FERROVIAL aporta el mismo con validez hasta julio 2020, mientras que SANIVIDA SL aporta certificado de la entidad CERTIFICACIÓN Y CONFIANZA CÁMARA SLU que indica que aquélla "ha finalizado el proceso de certificación ISO 9001:2015 e iso 14001:2015, habiendo pasado por certificación el 1 de octubre quedando pendiente la emisión de los certificados correspondientes".

Por tanto, se concluye que SANIVIDA SL no dispone de la citada ISO al momento de conclusión de la fase de presentación de ofertas.

3. HABILITACIONES Y AUTORIZACIONES.

Como complemento al análisis de la documentación referente a la capacidad y solvencia de las empresas que conforman ambas UTEs propuestas como adjudicatarias en los diferentes Lotes, se solicitó informe sobre las licencias, permisos y habilitaciones oficiales precisas para



la prestación del objeto del contrato, a cuyos efectos, por la Dirección General de Planificación, Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano de la Consejería de Salud, se emite informe en el que tras analizar la documentación aportada se indica que "no consta en las bases de datos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios que ninguna de ellas tenga autorización como laboratorio farmacéutico, ni como almacén por contrato y únicamente FERROVIAL SERVICIOS S.A. nos consta que tiene autorización como almacén de distribución de medicamentos en la provincia de Cuenca, en relación a esta autorización, el artículo 8.1 del Real Decreto 782/2013, indica que el titular de un almacén mayorista deberá suministrar los medicamentos únicamente a otros almacenes mayoristas o bien a oficinas de farmacia y otros servicios farmacéuticos legalmente establecidos. Por otra parte, no nos consta tampoco que ninguna de estas empresas se encuentra incluida como tercero en la autorización del laboratorio farmacéutico MESSER IBERICA DE GASES, SAU."

En consecuencia, y a la vista de lo regulado en el art. 62 y 63 del TRLCSP, en relación con el art.24 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la doctrina existente sobre la acumulación de capacidades y solvencia para el caso de concurrir varias empresas en UTE, esta Mesa de contratación entiende que del conjunto de la documentación aportada, las empresas aisladamente carecen de solvencia y capacidad e incluso, acumulando las mismas tampoco las UTEs resultantes satisfacen los requisitos y parámetros exigidos, por lo que propone al Órgano de contratación que se declaren desiertos los lotes nº 1, 3 y 4, al no reunir las empresas inicialmente propuestas como adjudicatarias los requisitos exigidos en los Pliegos y la normativa aplicable, y en consecuencia propone igualmente adjudicar el LOTE n22 a la empresa CONTSE SA, de acuerdo con lo dispuesto en el art.151.2 TRLCSP."

La mesa de contratación apreció la falta de capacidad de obrar apreciada de la mercantil SANIVIDA. La recurrente, sin embargo, considera que no existe tal falta de capacidad.

El órgano de contratación en su informe al recurso expone su postura en los siguientes términos:

"En este sentido la Mesa de contratación tuvo en cuenta la abundante doctrina y Resoluciones de Tribunales de Recursos existentes como es, entre otras, la Res. TACRC nº 636/2017, de



14 de julio, que ya indicaba que la finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia de modo que debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa; de este modo y desde esta perspectiva, FERROVIAL incluye como objeto social un abanico de actividades vinculadas a lo que sería prestación de servicios sanitarios en la que aparece de modo expreso y diáfano la concerniente a la realización de todo tipo de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida y que coincide plenamente con el objeto contractual, redacción que precisamente en contraposición al objeto social de SANIVIDA, no hace sino poner aún más de manifiesto la absoluta desvinculación del fin social de esta con el objeto del contrato en la medida que a lo que se dedica es a realizar de forma directa o indirecta, lo que sería servicios sociales y sociosanitarios.

Sobre esta cuestión, varias precisiones:

a) Que siendo el concepto de “actividades sociosanitarias” un asunto nebuloso, no impide afirmar que, en modo alguno sea una actividad sanitaria propiamente dicha o equiparable. Así, siendo cierto que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud configura a la atención sociosanitaria como parte del catálogo de prestaciones del SNS, no es menos cierto que esta misma norma la diferencia claramente del resto de prestaciones existentes como es la atención primaria, la atención especializada, la atención de urgencia, la prestación farmacéutica y ortoprotésica, la de productos dietéticos o la de transporte sanitario, art.7, definiendo este texto legal a la atención sociosanitaria como las prestaciones que comprendan los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

En definitiva, de lo que se está hablando de aquellos servicios que coordinan la asistencia curativa, social y educativa de colectivos en situación de dependencia como la tercera edad, los enfermos crónicos y las personas con alguna discapacidad física, psíquica o sensorial en busca del aumento de la autonomía del usuario, paliar sus limitaciones o sufrimientos y



facilitar, su reinserción social todas ellas ejecutadas por titulados en Formación Profesional en Atención Sociosanitaria que aun pudiendo considerases como complementarias a la prestación sanitaria especializada de las terapias respiratorias a domicilio, nada tiene que ver con ella, sino que más bien estaríamos moviéndonos en el concepto de dependencia, y como muestra podemos incluir una definición científica de aquélla como es la de “un área que combina dos aspectos: la salud y las necesidades sociales. En particular se centra en aquellos colectivos que tienen necesidades especiales, ya sean físicas, psíquicas, sensoriales o sociales. El objetivo de la atención sociosanitaria es mejorar la calidad de vida de colectivos especialmente vulnerables, como las personas mayores, la población reclusa, los discapacitados, los enfermos crónicos o los enfermos mentales”.

<https://www.definicionabc.com/social/atencion-sociosanitaria.php> [...]”

Resolver esta cuestión es fundamental, porque el hecho de que la mercantil SANIVIDA pudiera tener un objeto social no coincidente con el objeto del contrato daría lugar a la falta de aptitud para contratar con la Administración, siendo este defecto insubsanable.

Pues bien, lo primero que debe ponerse en contraste es el objeto contractual con el objeto social de la licitadora. Respecto al objeto social, se determina en la cláusula 3.1 del cuadro de características (en adelante, C.C.):

“3.1. OBJETO DEL CONTRATO:

El objeto del presente contrato es el SERVICIO PARA LA REALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE TERAPIAS RESPIRATORIAS DOMICILIARIAS Y OTRAS TÉCNICAS DE VENTILACIÓN ASISTIDA PARA LOS PACIENTES QUE RESIDAN EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA y a los que el Servicio Murciano de Salud tenga el deber legal de prestar asistencia sanitaria, previa prescripción de sus facultativos autorizados, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Se licitan las siguientes prestaciones, independientemente del dispositivo o fuente de suministro de cada una de ellas.



- *OXIGENOTERAPIA DOMICILIARIA:*

Oxigenoterapia con cilindro o bala de oxígeno

Oxigenoterapia con concentrador estático

Oxigenoterapia con oxígeno líquido

Oxigenoterapia con concentrador portátil

Oxigenoterapia con humidificador y generador de flujo

- *TRATAMIENTO DOMICILIARIO DEL SÍNDROME DE LA APNEA/HIPOAPNEA DEL SUEÑO:*

CPAP: Tratamiento con presión positiva continua en vía aérea

AUTOCPAP

BIPAPS: Tratamiento con presión positiva de dos niveles en la vía aérea. Modalidad espontánea.

Servoventilador

- *VENTILACIÓN MECÁNICA DOMICILIARIA:*

BIPAPC: Ventilación con presión positiva de dos niveles en la vía aérea. Modalidad controlada.

Ventilador / respirador volumétrico o mixto

Ventilador / respirador de presión o mixto

- *AEROSOLTERAPIA DOMICILIARIA:*

Aerosol convencional/bajo flujo



Aerosol de alto flujo

Aerosol ultrasónico

Aerosol electrónico de membrana vibrante o de malla

- MONITORIZACIÓN DE LA APNEA A DOMICILIO:

Monitor de apnea

- EQUIPOS DE APOYO A DOMICILIO:

Aspirador de secreciones

Pulsioxímetro

Asistente de tos

Estudios poligráficos respiratorios nocturnos domiciliarios

Estudios de titulación en domicilio con AUTOCPAP.”

Por su parte, el objeto social de SANIVIDA, recogido en sus estatutos sociales, es el siguiente:

“ARTICULO 2º. - La Sociedad tendrá por objeto:

- La realización directa o indirecta, así como la coordinación, por medio de profesionales propios o concertados, de todo tipo de servicios sociales y sociosanitarios.

Las actividades enumeradas podrán también ser desarrolladas por la Sociedad total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otra sociedad con objeto análogo.”

Pues bien, este Tribunal se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre la interpretación que ha de otorgarse al artículo 5.1 del TRLCSP, según el cual: “1. Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los



finés, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.”

En la Resolución 483/2013, de 30 octubre del 2013, ya sentamos las bases sobre esta cuestión: *“La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia. En este sentido, son numerosos los informes de los órganos consultivos en materia de contratación sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata. Sobre tal necesidad ha sido reiterada la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informes 4/99, 20/00 y 32/03) y también de otras Juntas Consultivas. En consecuencia, la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social, por lo que habrá que atender a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos de la sociedad. En este punto, como señalan los órganos consultivos, entre los que citamos expresamente los informes 2/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña y 11/08, de 30 de abril de 2009 de la Junta Consultiva de Baleares, así como las resoluciones de este Tribunal, por ejemplo, la Resolución 174/2013, de 18 de abril, por referencia a la 148/2011, de 26 de octubre, la Ley no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, entendiendo que la interpretación del artículo 57.1 del TRLCSP debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa.”*

Dicho esto, la discrepancia entre el objeto social de la licitadora y el objeto contractual, radica en que la actividad sociosanitaria (objeto social) no coincide con la actividad sanitaria (objeto del contrato). Lo cierto es que, en un caso como el presente, la interpretación amplia o flexible del objeto social ha de vencer frente a la especialización y profesionalización de los sectores relacionados con la atención médica y social que se encuentran presentes en el objeto del contrato. En este sentido, la atención sanitaria y la atención sociosanitaria son actividades

diferentes, y los profesionales que desarrollan este tipo de actividades requieren una formación específica y distinta para cada actividad.

El artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispone:

“1. La atención sociosanitaria comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social.

2. En el ámbito sanitario, la atención sociosanitaria se llevará a cabo en los niveles de atención que cada comunidad autónoma determine y en cualquier caso comprenderá:

- a) Los cuidados sanitarios de larga duración.*
- b) La atención sanitaria a la convalecencia.*
- c) La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.*

3. La continuidad del servicio será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes.”

El apartado 2 del precepto transcrito, como puede verse, señala que la atención sociosanitaria se refiere a: los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia o la rehabilitación. A juicio de este Tribunal existe una diferencia técnica entre los cuidados sanitarios de larga duración y la aplicación de terapias sanitarias.

En un campo profesional tan técnico, especializado y complejo como es el de la medicina, no pueden interpretarse de forma laxa los requerimientos técnicos y profesionales, de modo que no puede interpretarse con flexibilidad el objeto social de la mercantil SANIVIDA, pues el mismo se refiere a un concreto ámbito de actividad, la sociosanitaria, diferente de las actividades sanitarias stricto sensu.

No se puede justificar en el presente caso que estemos ante ninguno de los supuestos descritos genéricamente en las letras a) a c), motivo por el cual no se puede entender que el

objeto social de SANIVIDA sea coincidente, siquiera sea indirectamente, con el objeto contractual.

Téngase en cuenta que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone en su artículo 18.3:

“Las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones:

[..]

3. La asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación.”

Concluido que el objeto del contrato es la atención sanitaria especializada a domicilio, resulta imposible admitir como coincidentes la atención sanitaria especializada y la prestación sociosanitaria, pues si bien son actividades cercanas, son diferentes en múltiples aspectos que no pueden ser obviados.

Como criterio interpretativo para reforzar la conclusión alcanzada nos encontramos la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), que al referirse a los recursos humanos que deben ser destinados a la ejecución del contrato, se pronuncia del siguiente modo (la negrita es nuestra):

*“a) La empresa dispondrá en todo momento de personal técnico, personal administrativo y **personal sanitario** (a los efectos de este contrato se tratará de **fisioterapeutas y/o enfermeras/os**) debidamente formados y en número suficiente para mantener los mínimos de calidad exigidos en los pliegos, para la adecuada prestación del servicio y atención domiciliaria.*

[...]

*d) **Debe contar como mínimo para la gestión del servicio con un profesional sanitario (fisioterapeuta y/o enfermera/o)** a jornada completa, por cada 2000 pacientes, con formación relacionada con el manejo de pacientes respiratorios y experiencia acreditada en*



la materia. El dimensionamiento del resto de profesionales quedará reflejado en el proyecto de distribución de recursos que presentará cada empresa a cada lote al que licite.”

Si pudiera interpretarse de forma flexible que aun cuando el objeto del contrato es nominalmente de prestaciones sanitarias, podría en realidad haberse catalogado como de actividades sociosanitarias, habría sido razonable que el PPT permitiera prestar el contrato mediante técnicos sociosanitarios y no sólo mediante enfermeros o fisioterapeutas. Sin embargo, lo cierto y verdad, es que existen diferencias profesionales significativas entre estos tres grupos profesionales, motivo por el cual se ha de ser escrupuloso en la interpretación del objeto social y contractual.

El hecho de que la mercantil SANIVIDA concurra en UTE con FERROVIAL no altera las conclusiones alcanzadas, pues la acumulación de características de cada miembro de la UTE solo procede para la acreditación de la solvencia, pero no para acreditar la aptitud para contratar, que deberá concurrir en todos los empresarios que forman parte de la UTE.

Es por ello, que confirmada la falta de capacidad de obrar de una las sociedades concurrentes en UTE al procedimiento de licitación, la decisión del órgano de contratación al respecto debe ser confirmada, resultando ocioso el examen del resto de alegaciones contenidas en el recurso de la mercantil FERROVIAL.

Séptimo. Respecto al recurso formulado por ACCIONA, el primer motivo que se alega es similar al examinado en el fundamento anterior, es decir, que el objeto social de la mercantil ORTHEM, con la que concurrió en UTE, es coincidente con el objeto del contrato. No obstante, el órgano de contratación no ha objeto nada en cuanto a la falta de coincidencia del objeto social de ORTHEM con el objeto del contrato.

El acta de la mesa de contratación de 9 de noviembre de 2018, cuando analizó este aspecto respecto de la mercantil ORTHEM, se pronunció como sigue (el subrayado es nuestro): *“La empresa ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES MEDIOAMBIENTALES SAU (que concurre en UTE con la empresa ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, SL) incluye entre sus fines sociales toda clase de servicios médicos o sanitarios, especialmente los relativos a la actividad de radiología convencional en cualquiera de sus aplicaciones médico-sanitarias, así como en general, diagnósticos por imagen y tratamiento con radiaciones, fin social este*



de servicios sanitarios, que entiende esta Mesa coinciden aunque de una manera tangencial e indirecta con el objeto, fines y ámbito de actividad del contrato, en los términos recogidos en el art.57 TRLCSP.”

Por tanto, este aspecto no es objeto de debate por no haber motivado la exclusión de la oferta de ACCIONA-ORTHEM.

Octavo. A continuación, ACCIONA cuestiona el tratamiento de la solvencia que ha realizado el órgano de contratación.

En el informe elaborado por el órgano de contratación se aclara que los únicos aspectos que se tuvieron en cuenta como desfavorables eran los relativos a la solvencia técnica, no a la económica. Siendo ello así, a la vista del expediente administrativo, omitiremos las alegaciones realizadas por ACCIONA en relación con la solvencia económica, pues las mismas carecen de utilidad.

Entrando en el fondo de la cuestión, la mesa de contratación indicó, respecto a ORTHEM, lo siguiente:

“ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES MEDIOAMBIENTALES SAU no aporta documentación alguna respecto a la solvencia técnica y profesional prevista en la Cláusula 16.1 del PCAP, esto es, que no incorpora una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que sean de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, ni un certificado acreditativo de tal solvencia.

En lo relativo a la aportación del CERTIFICADO DE CALIDAD ISO 14001 o equivalente, ORTHEM sí lo aporta, con una validez hasta diciembre del año 2020.”

En el informe al recurso, el órgano de contratación reitera que la mercantil ORTHEM no aportó ninguna documentación que justificara la solvencia técnica, con excepción del certificado ISO, y que no procedía otorgarle plazo de subsanación por no contemplarlo así el TRLCSP, invocando al efecto la Resolución 640/2016, de 5 de agosto.

El cuadro de características que establece el régimen del procedimiento de licitación regula la solvencia en el apartado 16.1, en los siguientes términos:

“16.1. SOLVENCIA ECÓNOMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL, EXIGIDA:

[...]

- *Solvencia técnica o profesional: Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que sean de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto a los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV y que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante al menos un certificado expedido o visado 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 éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.*

En el año de mayor ejecución de los últimos 5 años, el importe anual de las relaciones de los servicios ejecutados será, al menos, igual al presupuesto de licitación del lote al que licite en servicios iguales o de similar naturaleza que los del contrato.

- *Acreditación de certificado de calidad ISO 14001 o equivalente.”*

Vistos los anteriores antecedentes, no asiste la razón al órgano de contratación, y es que la doctrina de este Tribunal que es citada se ha visto superada, debiendo tomar como ejemplo la Resolución 747/2018, de 31 de julio, en la que este Tribunal acepta el trámite de subsanación respecto del licitador que ha sido propuesto como adjudicatario a fin de que aporte la documentación exigida. Manifestamos en dicha resolución:

“2. La segunda cuestión es la posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa.



La posibilidad indicada no puede negada, especialmente si el propio interesado pone de manifiesto su voluntad de subsanar los defectos u omisiones apreciados, bien directamente porque los detecte él, bien porque se le pongan de manifiesto.

Esa posibilidad debe admitirse por las siguientes dos razones: la primera es de estricta lógica, ya que si frecuentemente los órganos de contratación exigen aportar en el sobre de la documentación administrativa una declaración responsable de que cumplen los requisitos previos o el DEUC, y que el propuesto como adjudicatario acredite antes de la adjudicación que cumple esos requisitos (artículo 146 del TRLCSP) es razonable pensar que su calificación se hará en ese momento, y si sus defectos y omisiones son subsanables si esa documentación se presenta antes, también habrá de serlo si se aprecian cuando se le requiere la documentación relativa a esos requisitos previos para adjudicarle el contrato, con la única particularidad de que ese plazo será el especial de la legislación de contratación pública, de tres días hábiles. Y la segunda razón consiste en que el artículo 151 no dice nada al respecto, pues ni autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación. Por tanto, a partir de la interpretación del artículo 151.2 del TRLCSP que hemos expuesto en el apartado 1 anterior, entendemos que es aplicable la Disposición Final Tercera.1, del TRLCSP, que somete supletoriamente los procedimientos regulados en dicha Ley a lo previsto en la Ley 39/2015. En nuestro caso, sería aplicable supletoriamente el artículo 73 de dicha Ley que determina:

“Artículo 73. Cumplimiento de trámites.

1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

2. En cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.

Como puede apreciarse, es coincidente el plazo inicial de 10 días para cumplimentar el trámite en el TRLCSP y en la LPAC. Lo que ocurre es que el apartado 2 del artículo 73 de la LPAC sí establece un trámite general de subsanación, trámite que, a falta de prohibición expresa en el TRLCSP, es aplicable en el caso de cumplimentación defectuosa o con omisiones, del requerimiento hecho al interesado. La única especialidad admisible, a falta de prohibición, es la del número de días para subsanar los defectos que, en el ámbito de la contratación pública, por el principio de celeridad en la tramitación y por analogía, sería el de tres días hábiles del artículo 81 del RGLCSP.

En el sentido indicado en los apartados anteriores nos hemos pronunciado en la Resolución 439/2018, del Recurso 234/2018, en la que se dice que:

“La incautación de la garantía en el supuesto debatido no es procedente. El precepto citado invocado por el Órgano de contratación determina dicha incautación para el supuesto de retirada injustificada de la oferta por el licitador. Deben, pues, concurrir dos requisitos, a saber: que el licitador retire su oferta, lo que exige voluntariedad, y que ello no esté justificado por alguna causa suficiente. En nuestro caso, el licitador no ha retirado su oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después. La garantía provisional responde del mantenimiento de la oferta hasta la adjudicación, y eso es lo que ha hecho el licitador, pues se le ha adjudicado el contrato, pero después se ha revocado esa decisión. Luego no ha existido retirada voluntaria de la oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después, sino que, valga la expresión, se la han retirado.

Por otra parte, el solo hecho de que el licitador propuesto como adjudicatario que, requerido para acreditar los requisitos pertinentes para efectuar a su favor la adjudicación, no cumplimente debidamente lo requerido, determine que se considere que ha retirado su oferta, lo es a los efectos de continuar el procedimiento y proponer y seleccionar como adjudicatario a otro licitador sin paralizar el procedimiento. El efecto de incautación de la garantía o de imposición de penalidad (como prevé la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público), se limita a los casos en que efectivamente el licitador retire su oferta u observe un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, es decir, implique voluntariedad en el incumplimiento del requerimiento, circunstancia que en modo alguno es apreciable en casos como el que nos ocupa, en el que el licitador cumple pero el órgano de contratación no lo



considera así, e incluso aquél insiste acudiendo a esta vía de recurso especial, es decir: no solo no ha retirado su oferta sino que insiste en la adjudicación a su favor en cuanto ha presentado la oferta mejor valorada y por ello, en el mantenimiento de aquélla. Más aun en nuestro caso, no existe retirada de la oferta en cuanto que el Órgano de contratación llega a adjudicar el contrato al licitador recurrente.

Por tanto, procede estimar la pretensión subsidiaria de la recurrente de que se proceda a la devolución de su garantía provisional para el caso de que no se estime su pretensión de anulación del acto de exclusión”.

*En análogo sentido no hemos pronunciado en la **Resolución nº 582/2018, de 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413.**”*

En consecuencia, habría sido posible la subsanación del trámite correspondiente, sin embargo, no puede estimarse el recurso por las razones que más adelante se verán.

Noveno. En lo atinente a la solvencia técnica de ACCIONA, la mesa de contratación indicó:

“Respecto a la acreditación de la solvencia técnica y profesional exigida en los Pliegos, ACCIONA no aporta relación alguna de principales servicios de los últimos 5 años sino un certificado de CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE SA sobre servicios llevados a cabo en este Hospital al amparo del código CPV 85100000-0.

Igualmente, no aporta certificados a su nombre. Incorpora un certificado de la Directora Gerente del Hospital del Norte (ahora Hospital Infanta Sofía) a nombre de CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE SA. El certificado se refiere y cuantifica la inversión y equipamiento del Hospital por 94mm€. En cuanto a servicios, no los cuantifica y se refiere a prestaciones de limpieza, seguridad, restauración, residuos urbanos y sanitarios, mantenimiento, conservación de viales y jardines, lavandería, esterilización, transporte, almacenes, gestión de personal administrativo y centralita; gestión de locales comerciales y tiendas, máquinas expendedoras, cafetería, aparcamiento y TV en habitaciones.

La Mesa de contratación constata que la total ejecución del contrato por medio de esta entidad se corresponde con un contrato de concesión de obra y servicios auxiliares que en modo



alguno, están vinculados ni directa ni indirectamente con la prestación básica objeto del contrato.

En lo relativo a la aportación del CERTIFICADO DE CALIDAD ISO 14001 o equivalente, ACCIONA incorpora certificado ISO 14001:2015 pero nuevamente emitido a nombre de CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE SA.”

Como puede apreciarse, son varios los reproches que se reflejan por la mesa de contratación, y que hizo suyos el órgano de contratación:

- A. No justificar el licitador ningún servicio en los últimos cinco años similar al que es objeto de contrato, sino recurrir en su totalidad a servicios prestados por una tercera empresa.
- B. No incorporar ningún certificado a su nombre, sino solo a favor de CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A.
- C. Que los certificados no cuantifican las cuantías de los servicios prestados y se refieren a objetos que no están vinculados con el objeto del contrato.
- D. Que el certificado ISO requerido como solvencia está emitido a favor de la empresa CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A.

Pues bien, antes de dar respuesta a las diferentes cuestiones planteadas, podemos traer aquí algunas de las últimas resoluciones dictadas por este Tribunal que tratan la cuestión objeto de controversia, como son las Resoluciones 515/2018, de 1 de junio, o 668/2018, de 12 de julio, en las que dijimos:

“El segundo aspecto es el relativo a la doctrina del TJUE sobre la integración de la solvencia con medios de terceros, en general, y su aplicación por este Tribunal en particular. Esa doctrina es creación jurisprudencial del TJUE, que configura la facultad de los operadores económicos de integrar su solvencia acudiendo a las capacidades y medios de terceros como un auténtico derecho, que se consagró normativamente en los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18. Esa doctrina se concretó en las sentencias de 14 de abril de 1994 y 18 de diciembre de 1997 (Asuntos C-389/92 y C-5/97, Ballast Nedam Groep NV) y otras posteriores. Esa doctrina se recoge en nuestra Resolución 525/2016, de 1 de julio de 2016 (Rec. no 448/2016)
()



Dicha doctrina jurisprudencial sobre la integración de la solvencia con medios ajenos se reproduce y se aplica en nuestra Resolución no 1090/2017, de 17 de noviembre de 2017, Rec. no 810/2017, en la que se recoge lo siguiente “Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”. Como puede observarse, el citado precepto permite que la solvencia sea acreditada por cualquier medio, pudiendo a estos efectos utilizar la otorgada por otras entidades, con independencia del vínculo que se tenga, siempre y cuando se acredite la disposición efectiva de tales medios. En relación con esta cuestión, la doctrina reiterada de este Tribunal puede resumirse en los siguientes puntos: a) La posibilidad de integrar la solvencia con medios externos es válida, tanto para la solvencia técnica o profesional, como en relación con la solvencia económica y financiera. A este respecto, este Tribunal ha señalado, en su Resolución 11/2012, que, a la vista del tenor literal del artículo 47.2 de la Directiva 2004/18/CE, parece que la interpretación que ha de darse al artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) es que el mismo permite la acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora mediante medios externos, debiendo interpretarse la ausencia de referencia en el artículo 64 de la LCSP (art. 75 TRLCSP) en el sentido de que no existe limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo (Resolución no4/2015) b) La cuestión relativa al recurso por un licitador a las capacidades de otras entidades venía regulado en la Directiva 2004/18, artículo 47.2 para la capacidad económica y financiera, y en el artículo 48.3 para la capacidad técnica y profesional. Por su parte, la actual Directiva 2014/24 regula esa materia en su artículo 63. Este último precepto, en lo que aquí interesa dice: “Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias



dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria " De ese texto este Tribunal no deduce restricción alguna, sin perjuicio de que, lo que no ocurre en nuestro caso, en ciertos casos cabe que el órgano de contratación establezca ciertas restricciones en los Pliegos. Por el contrario, sí apreciamos que la norma faculta a que el Poder adjudicador, antes de la adjudicación, compruebe las capacidades de dichas entidades a las que acude el licitador, al que puede exigir que sustituya a alguna de dichas entidades, y que distingue entre el deseo presente del licitador de acudir a las capacidades de terceros y su obligación futura anterior a la adjudicación de demostrar que dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución del contrato. c) Ese precepto y, en especial, sus precedentes en la Directiva 2004/18 han sido interpretados por el TJUE en su sentencia en el asunto C-324/14, de 7 de abril de 2016, que, a su vez, cita su jurisprudencia al respecto, en concreto, la contenida en su Sentencia de 10 de octubre de 2013, asunto C-84/12. De ellas resulta que: 33. Según jurisprudencia reiterada, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 reconocen a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, 94/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33). () d). El criterio indicado ha sido aplicado por la Audiencia Nacional en su Sentencia 4164/2012, de 10 de octubre de 2012, recaída en el recurso no 32/2010. e) Aquel criterio también ha sido aplicado por este TACRC en su Resolución 1157/2015 (Rec. No



1198/205,)), de 18 de diciembre de 2015, para lo que se basó en esencia en las conclusiones del Abogado General en el citado Asunto C-324/14 " En dicha Resolución no 1090/2017 concluíamos lo siguiente: "f). Por las razones y criterios expuestos, concluimos que: Todo licitador tiene derecho a integrar su solvencia con medios de otras entidades. Corresponde al licitador que acude a los medios de terceros para integrar su solvencia la libertad de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos, uno de los cuales es el compromiso suscrito por los terceros titulares de los medios. Los poderes adjudicadores no pueden, en principio, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades. No se establece en ningún sitio que el licitador deba ejecutar necesariamente una parte de la prestación del contrato con medios propios que no sean de tercero, entre otras razones, porque cara al órgano de contratación, los medios de terceros a disposición del licitador son medios propios del mismo. En su caso, tal exigencia debe establecerse previamente en los Pliegos del contrato. Una cosa es la solvencia, sea la propia o la de los terceros, cuya existencia debe existir a la fecha límite de presentación de proposiciones, y otra muy distinta la acreditación por el licitador de que dispondrá de esos medios de terceros, que ha de acreditarse antes de la adjudicación por el propuesto como adjudicatario. g). Todo lo anterior se corresponde con lo determinado en el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos Públicos, de 25 de junio de 2008, facilidad de acceso que, a su vez, se pretende en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Como puede apreciarse en el caso resuelto en la citada Resolución 1.090/2017 se distingue entre la existencia de los medios de solvencia propios y los de terceros a la fecha límite de presentación de ofertas, y la de la acreditación de la disponibilidad de tales medios por el propuesto como adjudicatario durante toda la duración de la ejecución del contrato, que se admite que el medio de prueba haya sido expedido con fecha posterior a aquella otra de presentación de proposiciones que sirve para acreditar la existencia de la capacidades y medios propios y del tercero, todo ello de acuerdo con la jurisprudencia expuesta del TJUE.() Lo que tiene que existir a la fecha límite de presentación de proposiciones son las condiciones



de capacidad, representación, solvencia y habilitación y cumplimiento de obligaciones tributarias exigidas en el PCAP. Si el licitador tiene que acudir a un tercero para completar o integrar su solvencia es que no reúne esa solvencia en la fecha límite antes indicada, por lo que ha de acudir a los de un tercero, que ha de tener esa solvencia en dicha fecha. Son pues las capacidades y solvencias respectivas de ambos, licitador y tercero, las que deben existir a la fecha indicada. Cuestión distinta es la existencia del acuerdo o pacto del tipo y forma que sea, por el que el tercero pone sus medios y capacidades a disposición del licitador. Sobre este extremo, lo único que tiene que acreditar el interesado es que tiene esa disposición durante toda la ejecución del contrato, y ha de hacerlo a requerimiento del OC. Pues bien, sobre este aspecto, ya hemos expuesto que la jurisprudencia del TJUE no admite limitaciones a esos pactos ni a su forma, y solo admite que el órgano de contratación pueda exigir la acreditación de la disponibilidad por el licitador cuando lo exija el órgano de contratación, disponibilidad que se refiere al periodo de duración del contrato, es decir, a la ejecución del mismo. () Pues bien, el pacto o acuerdo entre el licitador y el tercero puede adoptar la forma que deseen y ser de cualquier tipo, por ello no puede exigirse que sea anterior a la fecha límite de presentación de proposiciones, en especial porque es un derecho del licitador, y menos aún, que se pruebe su existencia anterior. Y, por otra parte, solo se le puede requerir que acredite que tiene esa disposición en el momento del requerimiento, disposición que se refiere al periodo de ejecución del contrato, con arreglo a lo que determina dicha doctrina, la Directiva 2004/18, la Directiva 2014/24, y en fin, el artículo 63 del TRLSP, y como claramente exige también el artículo 75.1 de la Ley 9/2017, de CSP, que determina lo siguiente: “Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar”. Es decir, lo que tiene que acreditar el licitador no es la existencia del vínculo con el tercero, sino que dispondrá efectivamente de los medios del tercero durante toda la duración de la ejecución del contrato, es decir, en el futuro, y lo que ha de acreditar es esa disponibilidad, que es distinto que la existencia de las condiciones de solvencia, por lo que la fecha del documento de compromiso puede ser perfectamente posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones, lo que por otra parte, es congruente y similar con lo que venimos sosteniendo respecto de la



acreditación de la disposición efectiva de los medios que el licitador se haya comprometido adscribir a la ejecución del contrato, que se acredita tras la fecha del requerimiento para el futuro constituido por el tiempo de ejecución del contrato, y por tanto, en fecha de expedición de los documentos de acreditación que, por supuesto, pueden ser de fecha posterior al requerimiento de su aportación. En este sentido nos hemos manifestado en las Resoluciones de este Tribunal citadas más arriba, números 525/2016 y 1090/2017, con apoyo, además, en la jurisprudencia citada del TJUE, que configura la integración de la solvencia con medios ajenos como un auténtico derecho de los operadores económicos, que no admite restricciones a priori, salvo excepciones, por el OC, y solo exige aportar la acreditación de su disponibilidad a requerimiento del OC, de futuro durante la ejecución del contrato, sin exigir la existencia del acuerdo entre el licitador y el tercero a una fecha determinada, ni tampoco que la prueba de la disposición de los medios exista un fecha determinada. “

A la vista de las anteriores resoluciones, de la evolución de la configuración legal y de la interpretación que judicialmente se ha venido efectuando tanto por el TJUE como por los tribunales españoles, es posible integrar la solvencia con medios externos sin limitación; configurándose como un derecho del operador económico, si no existen restricciones o condicionamientos en el PCAP.

Pues bien, la extrapolación de la doctrina anterior al caso que nos ocupa se traduciría en las siguientes conclusiones:

- A. El hecho de que el licitador integre su solvencia acudiendo a las capacidades, medios y recursos de un tercero, determina que se traslade la justificación de la solvencia relativa a dichas capacidades y medios del tercero a este mismo, lo que no constituye per se ninguna infracción o práctica inadmisibles, siempre que, como ocurre en el caso de los pliegos reguladores de la licitación objeto de recurso, en los pliegos no se haya determinado ninguna limitación a esta posibilidad de integración de la solvencia de aquél.
- B. Respecto al reproche atinente a que el licitador no incorpora ningún certificado de servicios o trabajos realizados a su nombre, sino a favor de la CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A., cabría indicar que no existe ninguna objeción por las mismas razones que concurren en la letra A anterior.

C. El órgano de contratación objeta también que los certificados presentados no cuantifican las cuantías de los servicios prestados y se refieren a objetos que no están vinculados con el del contrato, ni siquiera indirectamente.

Pues bien, hay que aclarar que hay diferentes documentos obrantes en el expediente cuya naturaleza y finalidad es distinta.

Entre los documentos que aparecen en el expediente dentro del archivo numerado como 11.4, existe una declaración emitida por el Director General de CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A., de 29 de septiembre de 2018, que se expide a los efectos de dar cumplimiento al artículo 63 del TRLCSP. En el mismo figura una declaración de compromiso por la que la entidad declarante manifiesta que pone a disposición de ACCIONA HEALTHCARE SERVICIOS, S.L., sus medios y su solvencia técnica para la prestación del concreto contrato objeto de licitación.

Mediante dicha declaración se cumple la formalidad necesaria para la integración de la solvencia, pues se indica con claridad la empresa para la cual se pone a disposición su solvencia técnica y el contrato específico para el que se podrá servir de sus capacidades.

Por otro lado, obra un documento de 2 de octubre de 2018, expedido por el mismo Director General de CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A., en el que se indica cuáles han sido las actividades llevadas a cabo por dicha entidad en ejecución del contrato de concesión de obra pública del hospital de San Sebastián de los Reyes, y los importes a los que ha ascendido el mismo. Dicho documento se incorporaría a los efectos de justificar la solvencia técnica.

Por último, entre los documentos que figuran en el expediente administrativo dentro del archivo numerado como 11.5, consta un certificado emitido por la Directora Gerente del Hospital Universitario Infanta Sofía, en el que la Administración competente certifica los trabajos realizados por la entidad CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A., sirviendo tal documento también para la acreditación de la solvencia técnica.

Pues bien, en este punto asiste la razón al órgano de contratación. Respecto a los documentos descritos, sólo sería válido a efectos de acreditar la solvencia técnica, conforme a la cláusula 16 del PCAP, el documento emitido por la Directora Gerente del Hospital Universitario Infanta Sofía, pues el certificado se refiere a la ejecución de



un contrato para un organismo público, por lo que a efectos de justificar la solvencia técnica debía aportarse un *“certificado expedido o visado por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público”*.

Examinado el certificado en cuestión, no se indican efectivamente las cuantías de servicios prestados similares al que es objeto de licitación, y por otro lado, las actividades certificadas no se asemejan a las actividades incluidas en el contrato.

Por un lado, las cuantías se refieren a inversiones en equipamiento. Y por otro, en el documento se certifica haber prestado los siguientes servicios: *“: i) servicio de limpieza; ii) servicio integral de seguridad; iii) servicio de gestión de restauración; iv) servicio de residuos urbanos y sanitarios; y) servicio de gestión de mantenimiento; vi) conservación de viales y jardines; vii) servicio integral de lavandería; viii) servicio integral de esterilización; ix) servicio de desinsectación y desratización; x) servicio de transporte interno-externo y gestión auxiliar; xi) servicio de gestión de almacenes y distribución; y xii) servicio de gestión de personal administrativo de recepción e información y centralita telefónica.”*

Ninguno de los servicios relacionados encuentra encaje en el objeto del contrato relativo a prestaciones sanitarias de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida. Y no debemos olvidar que la facultad del operador económico a acudir a las capacidades, medios y recursos de un tercero para integrar su solvencia existirá solo *“...cuando proceda y en relación con un contrato determinado...”* (artículo 63 1 De la Directiva 2014/24/UE. Por tanto, no procede tener por acreditado el requisito de solvencia técnica exigida al licitador, referido a haber realizado trabajos o servicios de naturaleza igual o similar a los que son objeto del contrato licitado, mediante el expediente de acudir a los realizados por un tercero empleado para integrar su solvencia si los trabajos o servicios que este acredita no son similares, y menos aún, iguales, a los que son el objeto del contrato licitado.

Por tanto, dicho certificado, siendo el único presentado, no es eficaz para acreditar la solvencia técnica.

- D. Por último, respecto a la observación realizada en cuanto a que el certificado ISO exigido en los pliegos como requisito de solvencia se había emitido a favor de CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A., no existiría objeción solo respecto de la parte del contrato que el tercero, cuyas capacidades integran la solvencia técnica

del operador económico licitado, vaya a ejecutar directamente; pero sí, en el caso de que se trate de simple puesta a disposición por el tercero de medios y recursos materiales y técnicos para que el operador económico pueda ejecutar las prestaciones del contrato con un cierto nivel de calidad, como determina el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE (art. 58.4: *“Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad”*), supuesto en el que ya no podemos afirmar que el requisito de solvencia consistente en que el operador económico cumpla determinadas medidas de control de la calidad o de gestión medioambiental a acreditar mediante la posesión de un determinado tipo de certificados ISO o equivalente, pueda integrarse mediante la puesta a su disposición del certificado de un tercero, ya que el certificado es prueba de sujetarse y cumplir esas normas, pero lo requerido al licitador es la adopción de medidas de aseguramiento de la calidad que cumplan dichas normas, medidas que no pueden ponerse a disposición o entregarse como si fuera un medio material o recurso técnico. Motivo por el que, en ese caso, el operador económico sí debe cumplir el requisito de solvencia por sí mismo, ya que es él el que va a ejecutar la prestación con medios propios y/o ajenos. No obstante, debe exceptuarse el caso, en su momento ya admitido, de que quepa la posibilidad en el caso concreto, de que se acumulen las capacidades de las empresas integrantes de una UTE licitadora relativas a las medidas adoptadas por cada una de ellas para controlar la calidad o de gestión medioambiental durante la ejecución de la prestación, que se ajusten a determinadas normas de aseguramiento de la calidad o de gestión medioambiental, que se acrediten por medio de certificados, supuesto en el que sería admisible según los casos, que las medidas adoptadas por una o varios de los integrantes de la UTE para controlar la calidad o de gestión medioambiental se apliquen también a las prestaciones o parte de las mismas a realizar por los otros los miembros de la UTE.

A la vista de las conclusiones anteriores, asistiría la razón a la recurrente parcialmente, de modo que podría justificar la solvencia por una tercera empresa integrándola como propia, si bien, en el presente caso no se ha aportado documentación hábil para



acreditar la solvencia técnica exigida. Reiteramos que debería haberse concedido plazo para subsanar tal deficiencia, sin embargo, a la vista del fundamento de derecho siguiente, la subsanación no es posible, porque no se cumplen las condiciones de aptitud necesarias para concurrir al procedimiento de licitación.

Décimo. El último punto a tratar se refiere a las habilitaciones y autorizaciones exigidas para la prestación del contrato, de las cuales, a juicio de la mesa de contratación, tal y como consta en el acta de 9 de noviembre de 2018, no se disponía por los licitadores propuestos para la adjudicación del contrato.

Se indicaba en el acta lo siguiente:

“3. HABILITACIONES Y AUTORIZACIONES.

Como complemento al análisis de la documentación referente a la capacidad y solvencia de las empresas que conforman ambas UTEs propuestas como adjudicatarias en los diferentes Lotes, se solicitó informe sobre las licencias, permisos y habilitaciones oficiales precisas para la prestación del objeto del contrato, a cuyos efectos, por la Dirección General de Planificación, Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano de la Consejería de Salud, se emite informe en el que tras analizar la documentación aportada se indica que “no consta en las bases de datos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios que ninguna de ellas tenga autorización como laboratorio farmacéutico, ni como almacén por contrato y únicamente FERROVIAL SERVICIOS S.A. nos consta que tiene autorización como almacén de distribución de medicamentos en la provincia de Cuenca, en relación a esta autorización, el artículo 8.1 del Real Decreto 782/2013, indica que el titular de un almacén mayorista deberá suministrar los medicamentos únicamente a otros almacenes mayoristas o bien a oficinas de farmacia y otros servicios farmacéuticos legalmente establecidos. Por otra parte, no nos consta tampoco que ninguna de estas empresas se encuentra incluida como tercero en la autorización del laboratorio farmacéutico MESSER IBERICA DE GASES, SAU.”

En consecuencia, y a la vista de lo regulado en el art. 62 y 63 del TRLCSP, en relación con el art.24 del RO 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la doctrina existente sobre la acumulación de capacidades y solvencia para el caso de concurrir varias empresas en UTE,



esta Mesa de contratación entiende que del conjunto de la documentación aportada, las empresas aisladamente carecen de solvencia y capacidad e incluso, acumulando las mismas tampoco las UTEs resultantes satisfacen los requisitos y parámetros exigidos, por lo que propone al Órgano de contratación que se declaren desiertos los Lotes nº 1, 3 y 4, al no reunir las empresas inicialmente propuestas como adjudicatarias los requisitos exigidos en los Pliegos y la normativa aplicable, y en consecuencia propone igualmente adjudicar el LOTE 02 a la empresa CONTSE SA, de acuerdo con lo dispuesto en el art.151.2 TRLCSP.”

Dicho esto, se deberán analizar tres escalones diferentes: la exigencia de las autorizaciones en el pliego; la exigibilidad de las autorizaciones a la vista de la normativa sectorial correspondiente; y la acreditación, en su caso, de las autorizaciones exigibles.

Respecto al primer escalón, asiste la razón a la recurrente en cuanto a que no se especifica en el PCAP qué autorizaciones o habilitaciones en particular son las exigibles para la realización de la prestación contractual, aunque sí existen ciertas previsiones en pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT). Aun cuando no se hubiera previsto nada en ninguno de los documentos contractuales, ello no tendría ninguna consecuencia en cuanto a la posibilidad de exigir la autorización o habilitación, siempre, eso sí, que por la naturaleza de la prestación éstas fueran exigibles al contratista.

Como señalamos en nuestra Resolución 727/2016, de 16 de septiembre: “*Por lo que se refiere al requisito de habilitación empresarial o profesional exigible a los licitadores, conforme al artículo 54.2 del TRLCSP, que establece que “los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”, tenemos declarado lo siguiente. En cuanto a la naturaleza de la habilitación empresarial y profesional, el Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala que “la habilitación empresarial o profesional (...) hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del*



Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal.

En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 [hoy 54.2 del TRLCSP] citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.”

En el mismo sentido, nuestra Resolución núm. 116/2015, de 6 de febrero, señala la distinta naturaleza de la capacidad de obrar, la habilitación profesional exigida como parte de aquella, y la solvencia técnica que deben acreditar los licitadores para ser adjudicatarios.

También hemos declarado el carácter de requisito de legalidad sustancialmente distinto de la solvencia técnica o profesional de la habilitación, requisito de legalidad que resulta exigible a todos los licitadores se recoja o no en el pliego (Resoluciones números 384/2014, de 19 de mayo, 465/2014, de 13 de junio, 391/2015, de 24 de abril, y 555/2014, de 18 de julio), y por ello, en nuestra Resolución núm. 1172/2015, de 22 de diciembre de 2015, dijimos que la relación jurídica entre el fabricante y la empresa que permite a esta el uso de derechos de propiedad industrial exclusivos de aquella, o partner autorizado, no es un requisito de habilitación profesional al no serlo de legalidad, pues no deviene de una norma dictada con carácter imperativo por los poderes públicos, sino antes bien, un negocio jurídico bilateral de naturaleza privada.

En la cláusula 3.1 el PPT, respecto a la exigencia de autorizaciones o habilitaciones, se establece:

“3.1 OXIGENOTERAPIA DOMICILIARIA.

Consiste en la administración de oxígeno a pacientes estables en situación de insuficiencia respiratoria crónica mediante diversas fuentes de suministro.



a) Los equipos utilizados para el suministro de oxígeno deberán cumplir los requisitos establecidos en el Real Decreto 2060/2008 por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias, así como la normativa de aplicación en cada momento.

b) El oxígeno medicinal deberá estar registrado como especialidad farmacéutica para su comercialización y deberán dispensarlo laboratorios titulares autorizados, según lo establecido con la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, el Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación y los requerimientos de la Farmacopea Europea y en la normativa que les sea de aplicación en cada momento, lo que se asegurará mediante un procedimiento documentado y en el caso de los cilindros a presión o balas de oxígeno (botellas), deberá estar reflejado en el etiquetado de cada uno, garantizándose que durante la fase de envasado:

- 1. Se hace un vacío previo a todas las botellas antes de su llenado.*
- 2. Se identifica cada botella con el lote de envasado correspondiente.*
- 3. Se analiza cada lote y se precinta cada botella al finalizar el proceso."*

Descritos los antecedentes, como hemos visto, aun cuando no se hubiera previsto nada en los pliegos, no siendo este el caso, ello no habilita a prescindir de determinadas autorizaciones o habilitaciones por la normativa de aplicación, pues no puede ocurrir que se permita el desarrollo de una actividad de una forma irregular por no haber previsto estos extremos en la documentación contractual.

En cuanto a la exigibilidad de la autorización, el órgano de contratación, en su informe al recurso, se manifiesta del siguiente modo: *"Por tanto cabe concluir que la normativa general sobre medicamentos en España no permite a los laboratorios farmacéuticos o a los almacenes de distribución de medicamentos la entrega directa de los medicamentos a los pacientes, puesto que esta función está indicada, en exclusiva, a las oficinas de farmacia, a los servicios*



de farmacia hospitalaria, a los botiquines farmacéuticos y a los depósitos de medicamentos, por tanto, la dispensación o la administración de medicamentos, en ningún caso pueden realizarla entidades como laboratorios o almacenes si bien el art.52 del RDL 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios habilita expresamente a los Laboratorios farmacéuticos al suministro de gases medicinales directamente a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, por tanto, solo estas empresas, además de las ya autorizadas (Oficinas de Farmacia y Servicios de Farmacia) pueden realizar esta función, circunstancia en la que las empresas licitadoras en modo alguno concurren.

Queda como cierre lo informado en su momento por la Subdirección General de Farmacia e Investigación de la Consejería de Salud de la Región de Murcia la cual, a instancias del órgano de contratación, emitió informe sobre las autorizaciones y permisos que debería estar disponibles a los efectos que nos ocupan y, en su caso, si estas empresas disponía de las misma; sin ánimo de ser reiterativos, nos remitimos a tal informe que consta como nº12 del expediente enviado al TACRC (conformado a raíz de este recurso) y que concluye indicando que “En relación a las empresas que forman las dos UTEs que nos indica en su escrito, no consta en las bases de datos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios que ninguna de ellas tenga autorización como laboratorio farmacéutico, ni como almacén por contrato...”, finalizando con un pronunciamiento demoledor, en el sentido de que “si MESSER IBERICA DE GASES, SAU, decidiera suministrar medicamentos a una entidad no autorizada estaría cometiendo la infracción grave tipificada en el artículo 111.2b) 17ª del Real Decreto Legislativo 1/2015”.

La ejecución del contrato implica la utilización de oxígeno medicinal en el tratamiento de los pacientes. El oxígeno medicinal está catalogado en el vademécum en la categoría “V03AN - Gases medicinales”, siendo un medicamento.

El artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, preceptúa:

“Artículo 52. Gases medicinales.



1. Los gases medicinales se consideran medicamentos y están sujetos al régimen previsto en esta ley, con las particularidades que reglamentariamente se establezcan.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.6, las empresas titulares, fabricantes, importadoras y comercializadoras de gases medicinales licuados podrán suministrarlos, conforme determinen las autoridades sanitarias competentes, a los centros de asistencia sanitaria, de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, así como a los establecimientos clínicos veterinarios legalmente autorizados. A tales efectos, se entenderá por gases medicinales licuados el oxígeno líquido, nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno líquido así como cualesquiera otros que, con similares características y utilización, puedan fabricarse en el futuro.”

El artículo 3.6, al que se remite el precepto anterior, y que se refiere a las garantías de abastecimiento y dispensación, añade:

“6. La custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponderá exclusivamente:

a) A las oficinas de farmacia abiertas al público, legalmente autorizadas.

b) A los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud, de conformidad con la calificación otorgada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para tales medicamentos.

c) En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, además de los medicamentos especificados en el párrafo b), corresponderá a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano en los que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad acuerde establecer reservas singulares, limitando su dispensación sin necesidad de visado a los pacientes no hospitalizados.



No obstante, en el caso de ensayos clínicos que se realicen en centros de investigación que no posean servicios de farmacia será posible el envío de los medicamentos en investigación por el promotor al centro de investigación, asumiendo el investigador de dicho centro las responsabilidades relativas a la correcta administración, custodia y entrega de dichos medicamentos de acuerdo con lo especificado en el protocolo del estudio.”

Según se hace constar en el expediente, y no se contradice por la recurrente, ninguna de las dos empresas concurrentes en UTE figuran inscritas como empresas titulares, fabricantes, importadoras y comercializadoras de gases medicinales licuados, ni tampoco como laboratorios autorizados.

Pues bien, vistos los antecedentes, es cierto que el artículo 52.2 del Real Decreto Legislativo 1/2015 permite que las empresas titulares, fabricantes, importadoras o comercializadoras de gases medicinales licuados puedan suministrarlo, conforme determinen las autoridades sanitarias competentes, a los centros de asistencia sanitaria, de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, así como a los establecimientos clínicos veterinarios legalmente autorizados. Sin embargo, la dispensación deberá seguir realizándose por alguna de las entidades a que se refiere el artículo 3.6 de la norma, no ostentando tal naturaleza ninguna de las entidades excluidas de la licitación.

La dispensación es el paso previo a la administración o toma del medicamento, y el PPT es claro al indicar que *“El oxígeno medicinal deberá estar registrado como especialidad farmacéutica para su comercialización y deberán dispensarlo laboratorios titulares autorizados”*.

Por tanto, la exclusión de la UTE recurrente se ajustaría a los pliegos y a la normativa de aplicación, por no disponer de la aptitud necesaria para la adjudicación del contrato, siendo este requisito insubsanable.

Dicho todo lo anterior, debe apuntarse a modo de cierre que el marco normativo de aplicación es significativamente técnico y complejo, y en consecuencia, la labor de las Administraciones Públicas debe ser singularmente cuidadosa, debiendo conciliar tanto los fines y principios de la normativa técnica aplicable, en la que prevalece la protección de la vida y la salud pública, con los principios de la contratación administrativa. Ello se traduce en que los pliegos deberán



aportar claridad, facilitando a empresas y terceros su conocimiento e interpretación, y los actos dictados en el desarrollo del procedimiento de contratación deberán preservar todos los intereses en juego, debiendo además introducir un plus de motivación que permite a todos los interesados conocer las razonamientos y argumentaciones latentes en las decisiones adoptadas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar íntegramente los recursos interpuestos por D. U. X. M. P., en nombre y representación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A., contra el acuerdo por el que se ha declarado desierta la licitación en el lote 4, y D. P. M. F. A., en nombre y representación de ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L., contra el acuerdo por el que se ha declarado desierta la licitación en los lotes 1, 3 y 4, así como contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del procedimiento de contratación convocado por el Servicio Murciano de Salud con relación al *“Servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

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 la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.