



Recurso nº 320/2011

Resolución nº 11/2012

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

En Madrid, a 5 de enero de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.M.A.A, representante legal de BERGÉ INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS LOGÍSTICOS, S.L., administrador único de la entidad 4SHIP LAST MILE SUPPLY (Spain) S.L. (4SHIP) en representación de esta sociedad, contra la resolución de fecha 15 de noviembre de 2011, por la que se excluye a la referida entidad 4SHIP del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato "Suministro de víveres para los buques oceanográficos 'Emma Bardán', 'Miguel Oliver', 'Sarmiento de Gamboa' y 'Ramón Margalef', así como para el buque de cooperación pesquera 'Intermares'", con número de expediente TEC00002960, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante resolución de 29 de agosto de 2011, el órgano de contratación de TECNOLOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. (TRAGSATEC) convocó el procedimiento de licitación para la contratación del suministro de víveres para los buques oceanográficos 'Emma Bardán', 'Miguel Oliver', 'Sarmiento de Gamboa' y 'Ramón Margalef', así como para el buque de cooperación pesquera 'Intermares'", siendo publicado el anuncio en la Plataforma de Contratación del Estado y remitido al Diario Oficial de la Unión Europea el día 30 de agosto de 2011 con valor estimado de 318.048,10 € (IVA excluido), en la que, entre otras, presentó oferta la empresa ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto, de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante) -desde el 16 de diciembre, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de

14 de noviembre, que ha derogado y sustituido a la Ley 30/2007-, procediéndose a la apertura del sobre "A: Documentación administrativa" el día 20 de octubre de 2011.

El día 26 de octubre de 2011 se remitió fax a la sociedad 4SHIP LAST MILE SUPPLY S.L., solicitando la documentación que debía ser aportada como subsanación de la presentada inicialmente, concediéndose hasta las 18:00 horas del 2 de noviembre de 2011 como plazo para realizar la subsanación.

Dentro del plazo establecido al efecto, la licitadora presentó carta fechada en Madrid a 31 de octubre de 2011 y firmada por Doña Alicia Belló Álvarez, Directora Financiera de Bergé Infraestructuras y Servicios Logísticos, en la que se manifiesta literalmente:

"Por la presente, Bergé Infraestructuras y Servicios Logísticos, S.L. único accionista de 4Ship Last Mile Supply, S.L., manifiesta su apoyo financiero a dicha sociedad para permitir el normal funcionamiento de su actividad."

Tercero. Analizada la documentación presentada por la Mesa Central de Contratación fue considerada insuficiente a los efectos de subsanar la solvencia económica de la empresa 4SHIP LAST MILE SUPPLY S.L., notificándosele el acuerdo de exclusión de la licitación el día 15 de noviembre de 2011.

Cuarto. Con fecha 30 de noviembre de 2011 tuvo entrada en la Subdirección de Unidad Central de Contratación escrito por el que se anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación, frente al acto de exclusión de la sociedad 4SHIP MILE SUPPLY S.L. en el procedimiento de licitación

El recurso fue presentado en la oficina de correos el día 2 de diciembre de 2011, teniendo entrada en el registro del grupo TRAGSA el día 9 de diciembre de 2011.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal, el día 19 de diciembre de 2011 se procedió a notificar la interposición del recurso a todos los licitadores para que formularan las alegaciones que a su derecho convinieran, no habiendo hecho uso de su derecho ninguna de las entidades participantes en el procedimiento.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 27 de diciembre de 2011 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba desestimar la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 311.4 de la LCSP (art. 41.4 TRLCSP), habida cuenta de que el órgano de contratación es un poder adjudicador que no ostenta la condición de Administración Pública y está integrado en el sector público estatal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues los ahora recurrentes concurrieron a la licitación. Por tanto, se trata de un licitador excluido de la licitación, con lo que es titular de un interés legítimo que puede verse afectado por la resolución de adjudicación recurrida. Concorre así en los ahora recurrentes la legitimación requerida por el artículo 312 de la LCSP (art. 42 TRLCSP).

Tercero. El acto recurrido es el acto de exclusión del procedimiento de licitación que, conforme al artículo 310.2.b) de la LCSP (art. 40.2.b) TRLCSP) tiene la consideración de acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento.

Por su parte, el procedimiento de licitación en el que ha recaído el acto impugnado versa sobre un contrato de suministro con cuantía superior a 193.000€, por lo que, conforme al artículo 15.b) de la LCSP, tiene la condición de contrato sujeto a regulación armonizada.

En consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratos, conforme al artículo 310.1.a) de la LCSP (art. 40.1.a) TRLCSP).

Cuarto. Respecto al cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, esta cuestión está íntimamente relacionada con la primera de las cuestiones planteadas por la recurrente, a saber, la notificación inadecuada. En efecto, el artículo 314.2.b) de la LCSP (art. 44.2.b) TRLCSP) establece que cuando el recurso se interponga frente a actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, el plazo para la interposición del recurso será de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que se hay tenido conocimiento de la posible infracción.

En el caso que nos ocupa, la recurrente tuvo conocimiento de su exclusión de la licitación mediante la notificación del acto de exclusión. Ahora bien, en la notificación practicada se omitió la designación de los recursos procedentes frente al acto notificado.

Por su parte, el artículo 135.4 de la LCSP (art. 151.4 TRLCSP) establece que la notificación practicada habrá de contener, respecto de los licitadores excluidos, exposición resumida de las razones por las que no haya sido admitida su oferta; respecto de los licitadores descartados, exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

En consecuencia, la notificación practicada carece de los requisitos legalmente exigidos para la misma, por lo que debe ser considerada defectuosa. No obstante lo cual, la notificación practicada contiene los extremos requeridos en el artículo 135.4. b) de la LCSP (art. 151.4 TRLCSP). Se trata por tanto de una notificación que contiene el texto íntegro del acto, que cumple los requisitos exigidos por la legislación de contratos, pero que carece de la expresión de los recursos procedentes, plazo para su interposición y órgano ante el que deben interponerse. Por tanto, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 58.2 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de forma que el cómputo del plazo para la interposición del recurso, ha de entenderse que la notificación defectuosa practicada no surte efecto sino desde el momento de la interposición del recurso.

Resulta del expediente que el recurso tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el día 9 de diciembre de 2011.

En consecuencia, se han cumplido los requisitos de plazo para anuncio e interposición de la reclamación, previstos en el artículo 314 de la LCSP (art. 44 TRLCSP).

Quinto. Sobre el fondo, el reproche que se hace por la recurrente al acto recurrido estriba en que, a su juicio, tal acto incumple el artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP). En concreto el citado artículo dispone 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”.*

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe a que se refiere el artículo 316.2 de la LCSP (art. 46.2 TRLCSP), señala que el artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) no resulta de aplicación a los efectos de acreditar la solvencia económica y financiera y que el documento aportado no resulta suficiente para vincular a la sociedad que lo presentó.

Para el análisis de esta cuestión debe partirse de la configuración en nuestro derecho de la posibilidad de acreditar la solvencia exigida para la celebración de un contrato mediante las condiciones de solvencia y medios de otras entidades.

Esta posibilidad ha sido una construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, elaborada a través de 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), sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-176/98, Holst Italia) y 18 de marzo de 2004 (Siemens AG). Esta doctrina jurisprudencial ha sido recogida en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 47.2 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia económica y financiera por medios externos y cuyo artículo 48.3 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional por estos medios.

El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que las directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En el caso de la Directiva 2004/18/CE, la trasposición se lleva a cabo mediante la promulgación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

El artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) recoge el principio general establecido en los artículos mencionados más arriba, desarrollándose en los artículos 65 y siguientes (arts. 76 y ss. TRLCSP) para cada modalidad contractual. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional mediante medios externos, que aparece recogida en el artículo 66.1.b) de la LCSP (art. 77.1.b) TRLCSP) para el contrato de suministros (al igual que sucede para los demás contratos administrativos típicos en los preceptos correspondientes), no sucede lo mismo con la solvencia económica y financiera, al no contenerse ninguna referencia expresa a esta posibilidad en el artículo 64 de la LCSP (art. 75 TRLCSP).

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se manifestó en contra de la posibilidad de acreditación de la solvencia económica y financiera mediante medios externos en el informe 45/02, ampliamente citado por el órgano de contratación en el informe a que se refiere el artículo 316.2 de la LCSP (art. 46.2 TRLCSP). Ahora bien, el referido informe fue evacuado en un momento en el que se encontraba en vigor el texto refundido de la ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por real

decreto legislativo 2/2000, en el cual no se contemplaba una disposición equivalente al artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) y no había entrado en vigor la Directiva 2004/18/CE.

A la vista de lo expuesto y 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 aquélla acreditación podrá llevarse a cabo.

Sexto. Sin perjuicio de lo expuesto, tiene razón el órgano de contratación al afirmar que *“corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados”*.

El resultado del referido examen es una valoración negativa de la misma en cuanto a la acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora, basándose en que la misma no supone la asunción de ningún tipo de obligación concreta por parte de la sociedad matriz en la que se materialice el apoyo financiero.

En este sentido apuntar que este Tribunal entiende que no puede admitirse una mera carta de apoyo financiero de BERGÉ INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS LOGÍSTICOS, S.L., aún cuando ésta sea el único accionista de 4SHIP LAST MILE SUPPLY, S.L, empresa recurrente, como medio para acreditar la disponibilidad de sus medios financieros por parte de ésta última.

A la vista de lo expuesto, la licitadora recurrente no ha acreditado que dispone efectivamente de los medios de la sociedad matriz, tal como exige el último inciso del artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP), de forma que su exclusión resulta ajustada a derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por Don J.M.A.A, representante legal de BERGÉ INFRAESTRUCTURS Y SERVICIOS LOGÍSTICOS, S.L., administrador único de la entidad 4SHIP LAST MILE SUPPLY (Spain) S.L., en nombre de esta entidad contra la resolución de fecha 15 de noviembre de 2011, por la que se excluye a la referida entidad 4SHIP del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato “Suministro de víveres para los buques oceanográficos ‘Emma Bardán’, ‘Miguel Oliver’, ‘Sarmiento de Gamboa’ y ‘Ramón Margalef’, así como para el buque de cooperación pesquera ‘Intermares’”, con número de expediente TEC00002960.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la LCSP (art. 47.5 TRLCSP).

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.