



Recurso nº 1046/2013 C.A. Región de Murcia 036/2013

Resolución nº 112/2014

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

En Madrid, a 14 de febrero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.A.G., en representación de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A., contra la resolución adoptada por el Servicio Murciano de Salud, de fecha 11 de diciembre de 2013, por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “Suministro de material de Ventilación y Oxigenoterapia, con destino a los distintos centros dependientes del Servicio Murciano de Salud”, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de octubre de 2013 y en el Boletín Oficial del Estado de 5 de noviembre de 2013, la licitación, por procedimiento abierto con pluralidad de criterios de selección, del contrato de suministro de material de ventilación y oxigenoterapia, con destino a los distintos centros dependientes del Servicio Murciano de Salud, correspondiendo a la Junta de Contratación del mencionado Servicio Murciano de Salud la tramitación del expediente.

Segundo. La licitación se ha venido desarrollando de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en lo sucesivo) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. El día 26 de noviembre de 2013, la Junta de Contratación procedió a la apertura del sobre que contenía la documentación administrativa, sobre capacidad y solvencia técnica y económica de los licitadores (documento nº 6 del expediente administrativo), acordándose con respecto al ahora recurrente requerirle de subsanación.

Como documento nº 8 del mencionado expediente administrativo, se encuentra el documento de solicitud de subsanación, en el que consta que en el plazo de seis días hábiles, debería “Aportar dos certificados de institución pública para acreditar la solvencia técnica exigida en el apartado 16.1 del cuadro de características del Pliego de cláusulas citado, relacionados con el objeto del contrato”.

Reunida la Junta de Contratación el 11 de diciembre de 2013, acordó la exclusión, de SANDOZ FARMACEÚTICA S.A., por no haber completado de forma satisfactoria este trámite de subsanación al no haber acreditado suficientemente su solvencia técnica.

Cuarto. Notificada la exclusión, SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A., ha interpuesto frente a la misma el presente recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido, acompañado del correspondiente informe de fecha 8 de enero de 2014.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al otro licitador en fecha 20 de enero de 2014 para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que estimara convenientes en el plazo de cinco días hábiles, no habiendo sido evacuado dicho trámite.

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 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 5 de noviembre de 2012.

Segundo. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de exclusión adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, apartados 1 y 2.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, y a la vista de lo hasta ahora ya expuesto, éste consiste en la determinación de si se puede considerar o no subsanado el defecto inicialmente observado en la documentación administrativa, y a cuya subsanación fue debidamente requerido en su día, el ahora recurrente.

Para el análisis de la cuestión, debemos, en primer lugar, conocer la prescripción contenida en el Cuadro de Características del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares (documento nº 2 del expediente), relativa a la solvencia, y que se expone en el apartado 16 del mencionado cuadro, de la siguiente manera:

“16.- ACREDITACIÓN DE SOLVENCIA DE LAS EMPRESAS LICITADORAS.

16.1. Solvencia exigida:

Económica y financiera: Los licitadores acreditarán la solvencia económica y financiera mediante declaración sobre el volumen global de negocios de los últimos 3 años, referido al objeto del contrato que deberá ser igual o superior al presupuesto del lote o lotes a los que liciten.

Técnica: Se acreditará mediante el siguiente medio: Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicándose su importe, fechas y destino público o privado, a la que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos. Entre ellos deberán figurar al menos 2 certificados de correcta ejecución que hagan referencia al suministro de productos similares a los que se oferte”.

En relación con la empresa SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A., y una vez abierto el sobre que contenía su documentación administrativa, se observa que, si bien contiene dos certificados, emitido uno por el Director Económico del Hospital “Virgen del Rocio” de Sevilla, y el otro por el Jefe de Servicio de Contabilidad del Hospital Universitario “12 de octubre” de Madrid, los mismos solo certificaban los importes de los servicios y suministros efectuados en los últimos años, sin especificar a qué tipo de suministro se refería.

Observado por la Junta de Contratación este defecto, procedió a requerirle la subsanación, habiendo aportado para ello dos certificados de PALEX MEDICAL, S.A (certificado de suministro del Hospital General Universitario del Gregorio Marañón y certificado de los suministros ejecutados por PALEX a Centros Hospitalarios privados), y adjuntando un documento de carácter explicativo en el que se expone que “la empresa PALEX MEDICAL, S.A. efectuó la cesión de esta línea de negocio a SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A”.

Para concluir este breve relato fáctico, la Junta de Contratación en su reunión de 11 de diciembre de 2013 acordó la exclusión por considerar que no había sido subsanado el defecto advertido, y que por tanto SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A. no había acreditado su solvencia técnica.

Sexto. En apoyo de su pretensión anulatoria, la mercantil recurrente SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A., invoca exclusivamente el artículo 63 del TRLCSP, que dispone que *“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”*.

Pues bien, en relación con esta posibilidad de acreditar la solvencia exigida para la celebración de un contrato mediante las condiciones de solvencia y medios de otras entidades, el precedente de nuestra legislación se encuentra en la jurisprudencia 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.

Ahondando también en el contenido de este precepto, es posible encontrar importantes pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación administrativa, destacando en particular, su informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, en el que se señala:

*“La sentencia Holst Italia, que recoge en sus fundamentos jurídicos los expresados en la sentencia Ballast Nedam Groep, realiza también una valiosa aportación en esta materia al referir por una parte, que la competencia para definir las reglas de apreciación objetiva de los licitadores en materia financiera, económica y técnica corresponde al órgano de contratación a quien compete también comprobar la aptitud de los candidatos con arreglo a tales criterios, toda vez que el objeto de dicha comprobación es brindar a la entidad adjudicadora la garantía de que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios aducidos durante la ejecución del contrato. Por otra, advierte que un candidato no puede ser excluido porque, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él, pudiendo referirse a las capacidades (medios) de organismos o empresas a los que está unido por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, **viniendo en tal caso obligado a probar que puede efectivamente disponer de tales medios que no son de su propiedad, pero que son necesarios para la ejecución del contrato.***

(...)

4. *Al trasladar las consideraciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su labor interpretativa de las Directivas sobre contratación pública, a la interpretación de las normas que las transponen es evidente que deben mantenerse tales criterios y, en tal sentido, considerar que una empresa que prueba que, para ejecutar un contrato, dispone, como se reitera, de manera efectiva de los medios que son necesarios y que pertenecen a otra empresa u organismo con la que mantiene vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe ser admitida para concurrir a la adjudicación. No obstante, cabe señalar una importante previsión, en el sentido de especificar que medios son susceptibles de tal valoración, toda vez que aquellos que se refieren a aspectos propios de esos organismos o empresas distintos es evidente que no pueden ser admitidos a tal fin. Tal es el caso de la acreditación de la solvencia financiera mediante referencia a empresas u organismos distintos, pues se trata de una referencia inequívocamente unida a la empresa no sustituible por referencias externas. Así, el informe de instituciones financieras o el seguro de riesgos profesionales o las cuentas anuales, que en todo caso estarán referidas a elementos o partidas consignadas en las mismas, a que se refiere los apartados a) y b) del artículo 16 de la Ley, por tratarse de medios directamente relacionados con una empresa y que carecen de valor para acreditar la solvencia de empresas distintas. Sin embargo, la disponibilidad de personal técnico cualificado, de medios materiales tales como maquinaria, material, instalaciones y equipo técnico, de la experiencia exigida pueden ser acreditadas mediante las citadas referencias a medios de otras empresas.”.*

Sexto. Sin perjuicio de lo expuesto, tiene razón el órgano de contratación al afirmar para fundamentar la exclusión de SANDOZ FARMACÉUTICA,S.A. que “no tenemos más datos ni se aporta más elementos sobre la justificación de esta disposición efectiva de los medios entre empresas, puesto que desconocemos el alcance de la cesión, el momento real en que se produce ¿es anterior a la licitación?; documentos que lo justifiquen, ni tan siquiera si es una cesión o una transmisión de actividades con un reflejo en los Registros mercantiles. En definitiva, el hecho de que el documento fuera confeccionado con posterioridad a la presentación de la documentación inicial por el licitador excluido, y que en él se declare la existencia de un acuerdo para poner a disposición los medios de PALEX no implica que ese acuerdo fuese específico para el presente contrato que es lo que debió haber acreditado la ahora recurrente”.

En este sentido, apuntar que este Tribunal entiende que no puede admitirse como medio para acreditar la solvencia técnica una mera carta en la que, previa presentación de los dos certificados de PALEX MEDICAL, S.A. antes referidos, sobre dos contratos de suministro de material de ventilación y oxigenoterapia, denominados en este caso Aerochamber, SANDOZ expone simplemente que, la empresa PALEX MEDICAL efectuó la cesión de esta línea de negocio a SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A., como medio de acreditar y subsanar la solvencia técnica exigida en el pliego de cláusulas administrativas que rige este proceso de licitación.

A la vista de lo expuesto, la licitadora recurrente no ha probado ni acreditado de manera ninguna que dispone efectivamente de los medios de la sociedad PALEX MEDICAL que alega, tal y como exige el último inciso del mencionado artículo 63 del 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 D. C.A.G., en representación de SANDOZ FARMACEUTICA, S.A., contra la resolución adoptada por el Servicio Murciano de Salud, de fecha 11 de diciembre de 2013, por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del “Suministro de Material de Ventilación y Oxigenoterapia, con destino a los distintos centros dependientes del Servicio Murciano de Salud”, por ser ajustada a derecho.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Murcia, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.