

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 26 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don C.L.G., en nombre y representación de Docworld ES, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 10 de septiembre de 2014, por el que se le excluye de la licitación del contrato “Suministro de vendas para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, lote 3, nº de expediente: 2014-0-43., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de mayo de 2014 por Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre se aprueban el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP), el de Prescripciones Técnicas, y el expediente de contratación relativo a la licitación para la contratación del Suministro de vendas para el mencionado Hospital, dividido en diez lotes. La licitación se publicó en el DOUE el 18 de julio de 2014, en el BOE y en el BOCM, los días 4 y 8 de agosto de 2014 respectivamente. El valor estimado del contrato asciende a 223.865,87 euros.

Segundo.- El apartado 5 de la Cláusula 1 del PCAP que rige la licitación exigía a las empresas licitadoras la acreditación de la solvencia económica financiera y profesional o técnica o por los siguientes medios:

“ACREDITACION DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA y FINANCIERA:

Se justificará según lo establecido en el Artículo 75.1 del TRLCSP, apartado/s:

e) Mediante la presentación de una “Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios”.

Criterios de selección:

Los licitadores deberán acreditar una cifra de negocios en cada uno de los tres últimos ejercicios fiscales, con un importe igual o superior al doble del presupuesto máximo de licitación del contrato.

Cuando un licitador no se presente a la totalidad de los lotes del procedimiento, se entenderá por presupuesto máximo de licitación la suma total de los presupuestos de los lotes a los que concurra.

ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TECNICA:

Artículo 77.1.a) y e):

Criterios de selección:

5.2.1. Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos ejercicios, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.

Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados de ejecución expedidos o visados preferentemente por Centros de Asistencia Sanitaria o, en su defecto, por el órgano competente cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario. Los certificados de ejecución deberán referirse a suministros de similares características a los que son objeto del contrato del expediente, siendo

necesario que la suma de los importes certificados sea igual o mayor que el presupuesto máximo de licitación, y que alguno de los certificados corresponda a suministros del último ejercicio”.

...

“De conformidad con lo preceptuado en el artículo 64.2 del TRLCSP, los candidatos licitadores, además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, deberán aportar declaración de compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato con el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f) del mismo texto legal”.

Tercero.- Docworld ES, S.L., presentó oferta al lote 3.

La calificación de la documentación administrativa de las ofertas presentadas tiene lugar el día 3 de septiembre de 2014.

La recurrente para acreditar su solvencia, al amparo de lo establecido en el art.63 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aporta una declaración de cesión de solvencia firmada por José Luis Nunes de Bastos Rebelo en representación de la empresa Docworld Lda, con domicilio en Matosinhos, Portugal, y fechada el 22 de agosto de 2014, en la que se hace constar que la cesión de la solvencia exigida, especificando los datos correspondientes, a favor de la empresa Docworld ES, S.L.

La Mesa de contratación acuerda solicitar subsanación a Docworld ES, S.L. en los siguientes términos:

“Para acreditar la solvencia técnica deberán presentar:

- De conformidad con lo preceptuado en el artículo 64.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y con lo exigido en el apartado 5.2.1 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige este*

procedimiento, declaración de compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato con el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223. í) del precitado Texto Legal.

Para acreditar su capacidad de obrar deberán presentar:

- *Conforme previene el artículo 9, Anexo 1, número 2.i) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y la cláusula 12. A).1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige este procedimiento, deberán aportar certificación de inscripción en el «Registro Nacional das Pessoas Colectivas».*

Dicho requerimiento fue notificado por fax, el día 4 de septiembre, concediéndole de plazo hasta el martes día 9 de septiembre a las 14 horas, para presentar la documentación.

En respuesta a tal requerimiento la empresa argumenta que contactó telefónicamente con el órgano de contratación a fin de solicitar aclaraciones sobre la documentación a subsanar. Siguiendo las instrucciones recibidas no envió documentación alguna *“en tanto que se concluyó, conjuntamente, con el criterio transmitido por el organismo, que la capacidad de obrar susceptible de ser acreditada es únicamente la de la empresa que licita. NO habiendo lugar a acreditar la capacidad de obrar de la empresa que cede la solvencia”.*

La Mesa de contratación de la UCM, reunida el día 10 de noviembre de 2014, con carácter previo a la apertura de los sobres que contienen las ofertas técnicas económicas, examina la documentación de las empresas a las que se les ha requerido subsanación y acuerda proponer la exclusión de la recurrente por no haber acreditado suficientemente su solvencia por las siguientes razones:

“Ningún escrito ni documento ha presentado la licitadora para dar cumplimiento al requerimiento practicado, no obstante lo cual esta Mesa de

contratación ha procedido a revisar nuevamente la documentación administrativa aportada en su día, advirtiendo que entre la misma sí consta la declaración de compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, Por lo que, en este concreto punto, el requerimiento se deja sin efecto por estar cumplido.

Tercero.- Respecto de la exigencia de inscripción de la entidad DOCWORLD, LDA., en cuya solvencia y medios pretende basarse DOCWORLD ES, S.L., en el Registro que previene el artículo 9, Anexo 1, número 2,i) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, denominado “Registro Nacional das Pessoas Colectivas” resulta incuestionable para todos los miembros de esta Mesa que cuando los licitadores deciden acudir a la vía del art. 63 TRLCSP para integrar su solvencia con medios extremos, como es el caso, resulta obligatorio que acrediten que la entidad en la que pretenden apoyarse ostenta la capacidad de obrar necesaria para contratar con este Hospital, mediante la acreditación de la inscripción en el Registro antes mencionado, lo que no ha hecho”.

Con fecha 26 de septiembre de 2014, mediante Resolución de la Directora Gerente se acepta la propuesta de la Mesa y se acuerda excluir a DOCWORLD ES, S.L. del procedimiento, notificándosele el día 16 de de octubre, notificación que fue recibida el día 20 de octubre de 2014.

Cuarto.- Con fecha 5 de noviembre de 2014, la mencionada empresa presenta por correo, ante el órgano de contratación, escrito anunciando la interposición de recurso especial.

El 6 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Docworld ES, S.L., contra la Resolución de 26 de septiembre de 2014, por la que se excluye a la mercantil del procedimiento de contratación por el motivo ya indicado.

El recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

“El requisito legal se limita a exigir que el licitador que recurre a solvencia ajena, pruebe la disponibilidad de medios ajenos, pero en ningún caso la capacidad jurídica y de obrar de la compañía que le cede la solvencia.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha regido la presente licitación, transcribe en su Cláusula 12, la literalidad del ya mencionado artículo 63 del Texto refundido.

Por su parte, el artículo 9.1 del Real Decreto 1098/2011 de 12 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre la “Capacidad de obrar de las empresas no españolas de Estados Miembros de la Comunidad Europea”, se engloba dentro del Capítulo 1 del Título II “De los requisitos para contratar con la Administración”. Resultando aplicable a las empresas que directamente contratan con la Administración, si bien no se deduce su aplicabilidad a aquellas terceras empresas a las que un licitador recurre puntualmente, a los solos efectos de solicitar la solvencia necesaria para licitar.

En consecuencia, el Organismo no debió excluir a nuestra oferta del procedimiento de licitación mencionado. Por tanto, y conforme a lo expuesto en los apartados anteriores, se concluye que el Organismo ha excluido una proposición formulada siguiendo la literalidad de la normativa vigente. La decisión del organismo conlleva la gravísima consecuencia para la recurrente de resultar excluida del presente expediente de licitación, sin llegar a ser valorados”.

Solicita, en consecuencia, que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la calificación de las ofertas admitiendo a Docworld, S.L., en el procedimiento y que se proceda a realizar la valoración de su oferta.

Quinto.- El 13 de noviembre de 2014 el órgano de contratación remite una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

El informe se ratifica en los argumentos considerados por la Mesa para fundamentar la exclusión que reproduce íntegramente.

Sexto.- Con fecha 19 de Noviembre de 2014, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se concedido trámite de alegaciones a los interesados y transcurrido el plazo no se ha presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Docworld, S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 26 de septiembre de 2014,

recibida la notificación el 20 de octubre e interpuesto el recurso ante este Tribunal el 6 de noviembre de 2014, dentro del plazo de quince días hábiles.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar la suficiencia de la documentación presentada para subsanar los defectos apreciados por la Mesa de contratación, en cuanto a la acreditación de la solvencia requerida en el PCAP y que se integra con medios externos.

Tal como consta en los antecedentes de hecho, la recurrente aportó una declaración de cesión de solvencia que realizó una empresa portuguesa, Docworld Lda, a su favor.

La posibilidad de referirse a capacidades de otras sociedades fue reconocida por la jurisprudencia europea. Así la Sentencia del TJCE, de 2 de diciembre de 1999 (C-176/1998), Holst Italia SpA, manifiesta que: *“Procede señalar que el objetivo de las Directivas consiste en evitar las trabas a la libre circulación de servicios en la adjudicación de contratos públicos. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones, se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el mero hecho de que para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas a él. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato”*.

Esta circunstancia fue recogida en las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

El artículo 47.2 de la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios,

establece en cuanto a la capacidad económica y financiera de los operadores económicos la posibilidad de que la misma se integre con medios externos, en los siguientes términos: *“En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto”*. En el mismo sentido el artículo 48.3 para la capacidad técnica o profesional.

Por su parte el artículo 63 del TRLCSP transpone el precepto anteriormente citado, bajo la rúbrica *“Integración de la solvencia con medios externos”*, y establece 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”*.

La actual legislación de contratos del sector público, debe interpretarse a la luz de Directiva 2004/18. Esta, en su considerando 45, prevé que los operadores económicos que formen parte de un grupo empresarial, puedan utilizar la capacidad económica, financiera y técnica de otras sociedades del mismo grupo. Corresponde en este caso al operador económico probar que dispondrá efectivamente de estos medios durante toda la duración de ocupación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP es posible que los licitadores puedan acreditar con medios externos su solvencia sin que sea necesaria su pertenencia a ningún grupo empresarial e independientemente del vínculo jurídico existente entre las distintas entidades. La vinculación puede ser indirecta a través de agrupaciones de empresarios, subcontratación, etc.

Admitida la posibilidad de acreditar la solvencia del licitador con medios externos, debemos concretar lo argumentado a la documentación aportada por Docworld Lda.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite tanto la acreditación de los requisitos de solvencia basándose en la solvencia y medios de una o varias entidades de forma acumulativa en la Sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Construzioni y Mannocchi Luigino (asunto C-94/12).

Se ha requerido la acreditación de la capacidad de obrar, entendemos que de la empresa cedente, aunque no se especifica en el requerimiento, ya que se cita un registro de empresas portugués, procede por tanto analizar la procedencia o no de tal exigencia.

Hay que partir de la distinción entre capacidad de obrar y solvencia.

La capacidad de obrar se refiere a la aptitud para contratar, artículo 72 del TRLCSP, exigible por tanto a quien vaya a firmar un contrato y se acredita por los medios del art.72.1, cuando se trate de personas jurídicas españolas, inscripción de la escritura y estatutos en el Registro correspondiente, y cuando se trate de empresas no españolas de países comunitarios, por la inscripción en los registros que determina el Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre que aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por el contrario, la solvencia se refiere a la idoneidad para ejecutar un determinado contrato y su forma de acreditación se regula en los artículos 74 y siguientes del TRLCSP.

En este caso, estamos en el ámbito de la solvencia, de la integración de la solvencia con medios ajenos y no procede exigir acreditación de la capacidad de obrar puesto que no se va a contratar con la empresa extranjera.

De manera que debemos concluir que no habiéndose recogido en los Pliegos como requisito tal acreditación, la Mesa no podía solicitarla en base al artículo 63 del TRLCSP y no cabe por tanto excluir a la licitadora por no haberlo presentado.

Por lo tanto, el recurso debe admitirse en este punto, anulando el requerimiento de acreditación de la capacidad de obrar de la empresa cedente y de igual modo la exclusión acordada por este motivo.

No obstante lo anterior, conviene recordar que si bien es posible integrar la clasificación con medios externos, la valoración como suficiente de esta fórmula de integración de solvencia queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, correspondiendo a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 29/2008, de 10 de diciembre señala que la *“Directiva indica expresamente que la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido la jurisprudencia del TJCE hace hincapié en 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”*.

No es eso lo que se ha discutido aquí, la Mesa ha aceptado la declaración presentada como suficiente, en cuanto a la disposición de medios, ya que nada se

ha advertido sobre ello y por tanto debe admitir que se ha acreditado la solvencia sin añadir requerimiento posterior, que no contemple el texto legal.

Sin perjuicio de las comprobaciones que pueda realizar el órgano de contratación, al amparo de lo previsto en el artículo 82 del TRLCSP, sobre el contenido de la declaración de cesión realizada y la documentación complementaria que proceda requerir, en el caso de resultar la licitadora propuesta como adjudicataria.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don C.L.G., en nombre y representación de Docworld ES, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 10 de septiembre de 2014, por el que se le excluye de la licitación del contrato “Suministro de vendas para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, lote 3, nº de expediente: 2014-0-43, anulando la exclusión y retrotrayendo las actuaciones al momento de apertura de la documentación administrativa, admitiéndole en la licitación.

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

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.