

Recurso 33/2013
Resolución 43/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de abril de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ELEKTA MEDICAL, S.A** contra el acuerdo de 21 de enero de 2013 adoptado por la mesa de contratación del Hospital Universitario Virgen de las Nieves perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, por el que se excluye a la citada empresa del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de semillas radioactivas I-125 para los Hospitales Virgen de las Nieves y San Cecilio de Granada” (Expte. 554/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de noviembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, promovida por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves del Servicio Andaluz de Salud para la adjudicación del contrato denominado “Suministro de semillas radioactivas I-125 para los Hospitales Virgen de las Nieves y San Cecilio de Granada”. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 19 de noviembre de 2012 en el Boletín Oficial del Estado número 278, y el 22 de noviembre de 2012 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 1.643.563,63 euros.



SEGUNDO. Según certificación del Registro del Hospital, presentaron proposiciones en el procedimiento de adjudicación dos empresas, una de ellas la recurrente.

En la sesión de la mesa de contratación de 14 de enero de 2013 se procedió al examen y calificación de la documentación contenida en los sobres núm. 1, acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y se acordó conceder a la entidad recurrente un plazo de tres días hábiles para aportar *“originales, copias legalizadas notarialmente o compulsadas de los certificados de buena ejecución correspondientes a servicios análogos realizados en los tres últimos ejercicios que acrediten un total de destinatarios públicos o privados no inferior a tres.”*

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación de 21 de enero de 2013 se acordó por unanimidad excluir a la entidad recurrente *“por no acreditar la solvencia técnica exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, toda vez que los certificados de buena ejecución presentados están referidos a la firma NUCLETRON, S.A., siendo la licitadora ELEKTA MEDICAL, S.A, sin que en la documentación presentada se haga constar vínculo de cualquier naturaleza entre ambas empresas.”*

El 6 de febrero de 2013, se remitió por correo electrónico a la entidad ELEKTA MEDICAL, S.A. el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación y el 12 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Registro del Hospital un escrito de la citada empresa solicitando la revisión de su exclusión e indicando que se presentó a la licitación con la razón social de ELEKTA MEDICAL, S.A., pero aportó los certificados y relación de suministros relativos a NUCLETRON, S.A.U. sin demostrar fehacientemente el vínculo entre ambas empresas. A tal fin, se adjuntó al referido escrito el anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 10 de enero de 2013, sobre la fusión por absorción de ELEKTA MEDICAL, S.A.U. (sociedad absorbente) y de NUCLETRON, S.A.U. (sociedad absorbida), así como escritura pública de cambio de accionista único otorgada el 22 de marzo de 2012, por la que ELEKTA MEDICAL, S.A.U. pasa a ser el nuevo y



único accionista de la entidad NUCLETRON, S.A.U.

CUARTO. El 22 de febrero de 2013, se presentó en el registro del Hospital Universitario Virgen de las Nieves y en el Registro de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación.

El 25 de febrero de 2013, se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación, un informe sobre el recurso y el listado de los licitadores en el procedimiento con los datos precisos a efectos de notificaciones.

El 5 de marzo de 2013, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

SEXTO. El 4 de marzo de 2013, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional solicitada por la entidad recurrente referente a la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.



SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro que, por su valor estimado, se encuentra sujeto a regulación armonizada, ostentando el Servicio Andaluz de Salud la condición de poder adjudicador y Administración Pública. Por tanto, es procedente el recurso especial contra la citada resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1.a) y 2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) (...)

b) *Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”*

Asimismo, el artículo 44.3 del TRLCSP dispone que *“la presentación del escrito*



de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”

En el expediente de contratación consta que el 6 de febrero de 2013 se remitió por correo electrónico a la entidad ELEKTA MEDICAL, S.A. el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación. En consecuencia, habiéndose presentado el recurso especial en materia de contratación en el Registro de este Tribunal el 22 de febrero de 2012, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes indicado.

Asimismo, cabe entender anunciado en plazo el recurso al órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP, con el traslado al mismo por parte de ELEKTA MEDICAL, S.A. del escrito de recurso, el cual tuvo entrada en el Registro del hospital el 22 de febrero de 2012.

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada. El recurso se sustenta en los siguientes argumentos:

1. La mesa de contratación requirió a ELEKTA MEDICAL, S.A la subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia técnica a fin de que aportara certificados de suministros análogos a los que constituían el objeto del contrato. Los certificados aportados por ELEKTA MEDICAL, S.A. figuraban a nombre de NUCLETRON, S.A.U. y con ellos quedaba probada la solvencia técnica exigida. No obstante, la mesa de contratación acordó la exclusión de ELEKTA MEDICAL, S.A. por estar los certificados referidos a NUCLETRON, S.A.U., sin que en la documentación presentada se hiciera constar la existencia de vínculo alguno entre ambas entidades.

Inmediatamente después de conocer las razones de la exclusión, se puso en conocimiento de la mesa que ELEKTA MEDICAL, S.A. era la única accionista de NUCLETRON, S.A.U. desde el mes de marzo de 2012 y se aportó documentación acreditativa de este extremo. Por tanto, el vínculo entre ambas entidades ya



existía con anterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas y posteriormente, se produjo la fusión por absorción de NUCLETRON, S.A.U. (absorbida) en ELEKTA MEDICAL, S.A. (absorbente).

La razón de la exclusión no obedece a que no se aportara en el plazo de subsanación la documentación requerida, sino a que en ésta figuraba nominalmente NUCLETRON, S.A.U. en lugar de ELEKTA MEDICAL, S.A, por lo que la mesa no debió excluir y en su lugar, pudo pedir aclaración de conformidad con lo previsto en el artículo 82 del TRLCSP.

2. La toma en consideración de la oferta de ELEKTA MEDICAL, S.A. no supondría trato discriminatorio ni desigual respecto a los demás licitadores, pues cumplía los requisitos de solvencia antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

3. La exclusión de ELEKTA MEDICAL, S.A. está basada en un rigor formalista y en un automatismo contrarios al criterio antiformalista seguido por la jurisprudencia.

En consecuencia, la empresa recurrente solicita su readmisión a la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe sobre el recurso, manifiesta que la fusión por absorción de NUCLETRON, S.A.U. se publicó el 10 de enero de 2013, desconociendo la mesa que el 1 de marzo de 2012 ELEKTA MEDICAL, S.A. había adquirido el 100% de las acciones de NUCLETRON S.A.U.

Expuestas las argumentaciones de las partes procede analizar las cuestiones suscitadas que, en realidad, se constriñen a una sola, a saber, si debía haberse solicitado a la recurrente, tras el plazo de subsanación concedido, aclaraciones a la documentación acreditativa de la solvencia técnica presentada en dicho plazo.

En el supuesto examinado, el apartado 6.3.2.1 letra e) del PCAP establece lo



siguiente respecto a la documentación a aportar que acredite la solvencia económica, financiera y técnica de los licitadores: *“Los documentos que, conforme a lo previsto en los artículos 75, 77, 80 y 81 del TRLCSP, acrediten la solvencia económica, financiera y técnica del licitador. Los requisitos mínimos de solvencia que han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo, se establecen en el apartado 18.1 del Cuadro Resumen.”*

El apartado 18.1 del citado Cuadro Resumen señala que para acreditar la solvencia técnica *“se presentará una relación de los principales suministros análogos, realizados en los tres últimos ejercicios, debiendo acompañarse los certificados de buena ejecución correspondientes sobre los mismos de acuerdo con el art. 77 del TRLCSP que acredite un total de destinatarios públicos o privados no inferior a tres.”*

Por su parte, el artículo 77.1 a) del TRLCSP dispone que *“En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:*

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados 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. (...)”

Pues bien, la recurrente presentó en el sobre número 1 (documentación general acreditativa de capacidad y solvencia) una relación de suministros similares ejecutados en los tres últimos años indicando para cada ejercicio, destinatario, equipo suministrado e importe. No obstante, no acompañó los certificados de buena ejecución correspondientes a los suministros en los términos exigidos en el



artículo 77.1 a) del TRLCSP y apartado 18.1 del Cuadro Resumen, razón por la que se le concedió un plazo de subsanación de tres días hábiles para su aportación.

A la vista de los certificados de buena ejecución aportados durante el plazo concedido, los cuales no iban referidos a la recurrente sino a otra entidad - NUCLETRON, S.A.U.- la mesa de contratación acordó por unanimidad la exclusión de aquélla al no constarle la existencia de ningún vínculo entre ambas empresas.

Al respecto, procede indicar que fue correcta la actuación de la mesa de contratación al conceder a la recurrente un plazo de subsanación de tres días hábiles para que acreditara la solvencia técnica exigida.

El citado plazo de subsanación resultaba procedente en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público conforme al cual siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación administrativa, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior a siete días a contar desde la apertura de aquélla. Asimismo, el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que *“si la mesa observase defectos u omisiones en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.”*

Finalmente, también el apartado 7.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) prevé la subsanación de errores u omisiones en la documentación administrativa en los siguientes términos: *“La Mesa examinará*



la documentación contenida en el sobre nº1 de “Documentación general acreditativa de capacidad y solvencia” en función de los requisitos exigidos y si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, podrá conceder un plazo no superior a siete días para que los licitadores los corrijan o subsanen”.

Ahora bien, el objeto de discusión en este recurso no se refiere al plazo de subsanación previsto en los anteriores preceptos reglamentarios y en el propio PCAP, que sí fue respetado por la mesa de contratación, sino a la decisión de dicho órgano de excluir a la recurrente por aportar en aquel plazo unos certificados a nombre de otra entidad, sin acreditar la existencia de vínculo alguno entre ambas que permitiera integrar la solvencia de aquélla con los medios de ésta.

A juicio de la recurrente, la mesa de contratación no discute la suficiencia de su solvencia técnica a la vista de los certificados aportados, sino solo que nominalmente los certificados fuesen referidos a otra empresa, por lo que pudo haberle solicitado una aclaración al respecto al amparo de lo dispuesto en el artículo 82 del TRLCSP, en lugar de excluirla sin permitirle clarificar la situación.

Para el análisis de esta cuestión debe partirse de lo dispuesto en el artículo 82 del TRLCSP conforme al cual *“el órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios”.*

El precedente normativo inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuyo tenor es el siguiente *“A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para*



la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días, sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6.”

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su **Recomendación 2/2002, de 5 de junio, sobre el funcionamiento de las mesas de contratación previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**, analiza la distinta finalidad de los plazos previstos en los artículos 22 y 81.2 del RGLCAP concluyendo que ambos plazos no son excluyentes y que se pueden presentar supuestos en que hayan de aplicarse los dos plazos en un mismo procedimiento, bien sea de forma simultánea o sucesiva. En este sentido, manifiesta que mientras el plazo de tres días hábiles previsto en el artículo 81.2 del RGLCAP se concederá para la subsanación de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos éstos como los que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación, el artículo 22 se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de capacidad y solvencia y no estar incurso en prohibición de contratar, pudiendo la Administración en este caso hacer uso del plazo de cinco días cuando considere que dicho cumplimiento debe ser aclarado.

En el supuesto analizado, se observa que la recurrente, para acreditar la solvencia técnica exigida en el pliego, se limitó a presentar una relación de suministros realizados durante los tres últimos años, sin acompañar certificados de buena ejecución sobre los mismos (tres como mínimo), ni especificar que se estaba basando en la solvencia de otra entidad para acreditar la suya.

Al respecto, se ha de indicar que la integración de la solvencia con medios externos resulta posible al amparo de lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP, pero para ello el licitador debe demostrar, a través de la documentación aportada en el sobre 1 “Documentación general acreditativa de capacidad y solvencia”, la existencia de un vínculo de naturaleza jurídica con la empresa en cuya solvencia



se basa. Al no hacerlo así el recurrente y presentar en el citado sobre 1 un mero listado de suministros como si de la propia empresa se trataran, la mesa de contratación se limitó a concederle un plazo de tres días hábiles para que acreditara, conforme al apartado 18.1 del cuadro resumen del PCAP, los citados suministros a través de tres certificados de buena ejecución.

En dicho plazo de subsanación, la recurrente aportó los certificados exigidos pero a nombre de otra empresa (NUCLETRON, S.A.U), sin informar tampoco en este momento, siquiera mínimamente, a la mesa de la existencia de un vínculo jurídico con NUCLETRON, S.A.U. que le permitiera basarse en la solvencia de ésta.

Es por ello que la actuación de la recurrente durante el procedimiento de adjudicación denota falta de diligencia, pues la solvencia empresarial se configura legalmente como condición indispensable para contratar con el sector público (artículos 54 y 62 del TRLCSP) y su acreditación efectiva se erige en elemento esencial para determinar la aptitud empresarial en orden a la ejecución del contrato y por ende, para decidir la admisión o no de los licitadores en el procedimiento; de ahí que tales extremos no puedan en modo alguno quedar relegados a su conocimiento por la Administración en un residual plazo de aclaración, como pretende la recurrente invocando el artículo 82 del TRLCSP, y menos aún cuando, como en el supuesto analizado, lo que había de probarse no era la solvencia propia sino la de otra empresa en cuyos medios se basaba el licitador recurrente.

Es más, el citado artículo 82 del TRLCSP, como ya se ha señalado, está previsto para la comprobación o aclaración de algún extremo de la documentación aportada que plantee dudas a la mesa de contratación, pero no para acreditar requisitos de aptitud y solvencia técnica empresarial que ni siquiera se habían puesto en conocimiento de la mesa de contratación con anterioridad y tampoco se deducían mínimamente de la documentación aportada por la recurrente en el sobre número 1. Ello sería tanto como admitir que la Ley permite dos plazos de



subsanación sucesivos para la corrección de errores u omisiones advertidos en la documentación presentada, finalidad que, como se ha expuesto, no es la que se pretende con el precepto legal referido.

Asimismo, si bien la doctrina del Tribunal Supremo preconiza el principio antiformalista en el ámbito de la contratación pública y considera contrarias al principio de concurrencia interpretaciones literalistas de las condiciones exigidas para tomar parte en las licitaciones que conduzcan a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales fácilmente subsanables, no es esto lo que acontece en el supuesto examinado pues el plazo de subsanación fue otorgado a la recurrente para la aportación de la documentación omitida, y es en ese plazo cuando la recurrente debió, ya que no lo hizo en un primer momento, acreditar el vínculo que tenía con NUCLETRON, S.A.U. a la hora de aportar certificados de buena ejecución correspondientes a dicha empresa. Al no hacerlo la recurrente de este modo, este Tribunal considera correcta la decisión de la mesa de contratación al excluir a aquélla de la licitación por no hacer constar ni acreditar la existencia del mencionado vínculo.

A mayor abundamiento, aún admitiendo que tal vínculo pudiera existir, el recurso habría de ser igualmente desestimado pues, como indica el Acuerdo 8/2009, de 10 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y reitera la Resolución 117/2012, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –criterio que comparte este Tribunal–, si bien el artículo 52 de la LCSP (actualmente, artículo 63 del TRLCSP) no parece establecer limitación a la acreditación de la solvencia con medios externos, debe tenerse en cuenta que la acreditación de la solvencia es una de las condiciones de aptitud que ha de poseer el empresario para poder contratar con el sector público conforme al artículo 43.1 de la LCSP (actual artículo 54.1 del TRLCSP) y de la interpretación conjunta de ambos preceptos debe considerarse que, aunque un empresario pueda acogerse a la integración de su solvencia con medios externos, es requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia con medios propios, pues



de lo contrario no se le podría considerar apto para contratar con el sector público, al incumplirse lo dispuesto en el actual artículo 54.1 del TRLCSP.

En el caso de la recurrente, los certificados de buena ejecución aportados para acreditar el requisito mínimo de solvencia técnica exigido en el PCAP van referidos a los suministros realizados por NUCLETRON, S.A.U., por lo que con independencia del vínculo jurídico con esta empresa, lo que está claro es que la recurrente tampoco habría acreditado un mínimo de solvencia con medios propios.

Por tanto, vistos los preceptos legales de aplicación, **este Tribunal**

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ELEKTA MEDICAL, S.A** contra el acuerdo de 21 de enero de 2013 adoptado por la mesa de contratación del Hospital Universitario Virgen de las Nieves perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, por el que se excluye a la citada empresa del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de semillas radioactivas I-125 para los Hospitales Virgen de las Nieves y San Cecilio de Granada”.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión acordada por este Tribunal en Resolución de 4 de marzo de 2013.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

LA PRESIDENTA

