



Recurso nº 321/2018 C.A. de Castilla-La Mancha 20/2018

Resolución nº 452/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 4 de mayo de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. Ignacio García Calvo, en nombre y representación de la sociedad ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. (en adelante, ACCIONA), contra la decisión de exclusión, adoptada el 5 de marzo de 2018, por Dirección Gerencia del SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA, en relación con los lotes 1, 3 y 4, en el procedimiento de licitación del “*contrato de gestión de servicio público (modalidad de concesión) de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (6101TO17GSP00001)*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha ha tramitado el procedimiento para la licitación del “*contrato de gestión de servicio público (modalidad de concesión) de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (lotes 1 a 5)*”.

El valor estimado del contrato es de 70.647.238,12 €, estando la actividad exenta de IVA.

Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Boletín Oficial del Estado el 14 de octubre de 2017; en el Diario Oficial de la Unión Europea, en fecha 10 de octubre de 2017; y en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha en fecha 18 de octubre de 2017.

Segundo. La licitación se rige por lo previsto 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.

Tercero. El acto objeto de recurso lo constituye la decisión de exclusión de la empresa recurrente en los lotes 1, 3 y 4, adoptada el 26 de febrero de 2018 y notificada el día 6 de marzo. Contra dicha decisión, se interpuso recurso especial en materia de contratación el día 27 de marzo de 2018, previo el preceptivo anuncio ante el órgano de contratación.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en 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, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe. El Órgano de Contratación ha remitido el informe correspondiente.

Quinto. Asimismo, en fecha 10 de abril de 2018 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al resto de los licitadores, para que, si lo estimaban oportuno, formulasen las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo hecho uso de este trámite la empresa OXIMESA, S.L. el 16 de abril de 2018.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, en fecha 6 de abril de 2018, resolvió conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación en lo relativo a los lotes 1, 3 y 4, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

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 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012, y publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2012.



Segundo. En cuanto al objeto del recurso, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, calificado también por el órgano de contratación como de concesión de servicio público, cuyo valor estimado es igual o superior a 5.225.000 euros. En la Resolución 1111/2017, de 10 de enero, como consecuencia del recurso interpuesto contra los pliegos de esta licitación, este Tribunal declaró que:

“Hemos de recordar la doctrina sentada por este Tribunal respecto a este tipo de contratos, tras el vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DN) y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DSE). Como señala la Resolución 519/2017, de 8 de junio:

“Sobre el ámbito de competencias de este Tribunal ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DN) y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DSE).

Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien que, por diversas normas legales, se ha introducido parte del contenido de dichas Directivas en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.



En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciados con posterioridad al 18 de abril de 2016 -entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1 , del TRLCSP, aquellos procedimientos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha-, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión.

Este es el caso del procedimiento que nos ocupa, cuya convocatoria se publicó con posterioridad a la fecha citada.

A tal efecto, han de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:

- i) La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 15 de marzo (R JCCA de 15 de marzo de 2016).
- ii) Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016.

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

Pues bien, la DC incluye entre la tipología de contratos armonizados, y por tanto bajo el efecto directo de la Directiva, quedando sujetos por ello a recurso especial en materia de contratación, los contratos de concesión como los define la DC en su artículo 5.1, que pueden ser de dos tipos, contratos de concesión de obras y contratos de concesión de



servicios, los cuales hasta que haya una norma interna de transposición se considerarán equivalentes, respectivamente, a los contratos que internamente, de acuerdo con el TRLCSP, se denominan contratos de concesión de obras públicas y contratos de gestión de servicios públicos.

Así, los contratos de concesión de servicios -similares aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios públicos-, están sujetos a regulación armonizada cuando superen el umbral de aplicación que establece la DC, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación. Dicho umbral se fija -artículo 8.1 DC- en el valor estimado de 5.225.000 euros, debiendo seguirse las normas de cálculo establecidas en el artículo 8 DC.

Por aplicación del artículo 5.1 DC los contratos de concesión sujetos a regulación armonizada se caracterizan por cumplir los requisitos que establece dicho precepto, y singularmente el requisito de que el contrato implique la transferencia del denominado por la DC riesgo operacional al concesionario en la explotación de los servicios, abarcando: el riesgo de demanda, o el riesgo de suministro, o ambos. Riesgo de demanda es aquél que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato; y riesgo de suministro o de oferta el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (considerando 20 de la DC).

Pues bien, de acuerdo con el segundo párrafo de la letra b) del artículo 5.1 DC deberá considerarse que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario deberá suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.

Cuando no concurra el requisito de la transferencia del riesgo operacional a los efectos de las directivas comunitarias no estaremos ante un contrato de concesión servicios sujeto a la DC, sino ante un contrato de servicios”.

En orden a analizar la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso, partiendo de nuestra doctrina, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se hace necesario determinar si nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios armonizado cuyo procedimiento de adjudicación, en consecuencia, está sujeto al control de este Tribunal, a través del recurso especial en materia de contratación, o si por el contrario se trata de un contrato de servicios, también susceptible de recurso especial.

La concesión de servicios se define por el artículo 5.1.b) de la DC como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

En el supuesto examinado estamos ante prestaciones distintas de la ejecución de obra, que, de acuerdo con la clasificación CPV que se recoge en los pliegos - 85111700-7 - Servicios de oxigenoterapia-, se califican como servicios.

Por su parte, el Informe 34/13, de 21 de marzo de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se pronunció respecto a este tipo de contratos en los que el precio se fija mediante una base capitativa, con actualización de la cálida en función de los tratamientos. Y concluía que:

“A la vista de estas condiciones económicas esta Junta Consultiva considera que de las mismas resulta una forma de pago del servicio que, en principio (esto es, salvo penalización) depende de los resultados de la gestión que haga el contratista del servicio. El precio, se fija tomando en consideración la población potencialmente usuaria del servicio (salvo incremento en el número de pacientes superior a los umbrales que fija el pliego que oscilan entre el 5% y el 12% del volumen medio de pacientes, según el



servicio concreto de que se trate) aunque no varíe en función del uso que la población potencialmente usuaria haga del servicio.

En este mismo sentido recordemos que la Junta Consultiva viene sentando en su doctrina más reciente (vid supra) el principio de que, de conformidad con lo establecido en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del servicio público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura. Esta expresión solo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. (...) se exige que la cuantía de la retribución del contratista esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario. En el presente caso existe un riesgo en la actividad realizada por el contratista, por tal motivo, puede calificarse como contrato de gestión de servicio público, en su modalidad de concurso”.

En consecuencia, asumiendo el riesgo de la actividad el contratista, no cabe duda de que estamos ante un contrato que, aun denominado de acuerdo con la ley nacional aún vigente gestión de servicio público, se corresponde con un contrato de concesión de servicios de acuerdo con la DC.

Pues bien, de conformidad con la citada Directiva los contratos de concesión de servicios, a los que hay que equiparar los de gestión de servicios públicos, según se ha explicado anteriormente, se consideran sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior, según la actualización realizada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, a 5.225.000 euros (según el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE eran 5.186.000 euros). La sujeción a la citada Directiva conlleva entre otros efectos el sometimiento a las garantías jurídicas como la que supone quedar en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratos, conforme al artículo 46 de la propia Directiva 2014/23/UE.

En el presente caso a la vista del valor estimado del contrato, previsto en 70.647.238,12 €, debe entenderse que se supera el umbral ahora previsto en la DC, y que por tanto



procede admitir el presente recurso especial como cauce idóneo para revisar las posibles irregularidades que se denuncien por los interesados.

Por lo demás el acto recurrido, el acto de exclusión, se contempla expresamente por el TRLCSP como un acto de trámite cualificado que es recurrible en esta vía.

En consecuencia el acto es recurrible, conforme a los preceptos señalados de las Directivas, y los artículos 40.1.a) y 40.2.a), y 22.1.3º y 4º 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.

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

Tercero. En cuanto a la legitimación, la empresa recurrente está legitimada por participar en la licitación y ser el acto de exclusión objeto de recurso, según dispone el artículo 40 TRLCSP.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP y del artículo 19 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.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso, la empresa recurrente impugna la exclusión acordada, fundamentada en tres motivos que son: i) Falta de aportación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas. ii) Acreditación incorrecta de la solvencia técnica. iii) Falta de habilitación empresarial.

En primer lugar, se impugna la exclusión por no haber acreditado la solvencia económica y financiera sobre la base de que se habría cumplido el requerimiento de subsanación formulado por la Mesa de Contratación, mediante la presentación de las cuentas anuales de la sociedad ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. correspondientes al ejercicio 2016, aunque reconoce, que, en ese momento, las cuentas no habían sido aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil. Se alega que el Tribunal debe considerar el



principio antiformalista del TRLCSP y que la exclusión resulta contraria al principio de la libre concurrencia que inspira su regulación y, aun admitiendo que en el momento de finalización de la presentación de las ofertas no cumplimentaba este requisito, ni tampoco en el momento en que se solicitó la subsanación, ello se debió a causas ajenas a su voluntad, afirmando que dicho requisito fue finalmente cumplimentado el 22 de febrero de 2018, fecha en que el Registrador accedió a efectuar el depósito de las cuentas anuales mencionadas en el Registro Mercantil de Barcelona con el número de archivo 38008893, causando el asiento 1977.

En segundo lugar, se afirma que la Mesa de Contratación considera que ACCIONA no ha acreditado adecuadamente la solvencia técnica o profesional exigida para participar en la licitación del Contrato, por las siguientes razones (cfr. páginas 4 y 5 del Acuerdo impugnado):

"En primer lugar y de acuerdo al PCAP, "los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público". El destinatario es Hospital Reina Sofía, Centro Sanitario Público de la Comunidad Autónoma de Madrid y certifica Sociedad Concesionaria Hospital del Norte, S.A. cuando el certificado debería haber sido expedido por el Hospital Reina Sofía o la Administración competente de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En segundo lugar, los servicios o trabajos realizados que se manifiestan en la documentación tiene por objeto la concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación del citado Hospital. No existe ninguna correspondencia entre el objeto de la licitación de servicios de oxigenoterapia y otras terapias respiratorias con esta concesión de obra pública. (...)

La documentación facilitada por la licitadora no cumple lo estipulado en el PCAP dado que los certificados presentados por la mercantil no especifican código CPV (sólo especifica código CPV una declaración responsable) y no se cumplen de manera evidente e indubitable los criterios de validez dado que no existe ninguna relación por razón de objeto y finalidad entre la certificación aportada relativa a contrato de concesión de obra pública y servicios de oxigenoterapia y otras terapias respiratorias razón de la



presente licitación, no quedando por tanto acreditada la solvencia técnica o profesional de la mercantil".

La empresa recurrente afirma por el contrario que ha acreditado dicho requisito, mediante la presentación de certificados de los servicios prestados la SOCIEDAD CONCESSIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A.

Finalmente, en tercer lugar, la Mesa de Contratación sostiene que la documentación aportada por la empresa recurrente para acreditar su habilitación empresarial o profesional no es suficiente y no se acomoda a lo exigido en el Pliego.

En concreto, afirma el Acuerdo impugnado (*vid. página 5*) que "*la documentación aportada para la subsanación consiste en una Orden de Autorización Sanitaria de Funcionamiento de la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia. (...). La mercantil no ha aportado la documentación que de manera explícita recoge tanto el PCAP en su apartado 12.1) por lo que la Mesa establece que no se ha producido la subsanación requerida*".

El PCAP dispone en su apartado 12.4.1: "*Habilitación empresarial o profesional: Autorización de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios como laboratorio de gases medicinales y/o autorización de comercialización de las especialidades farmacéuticas que comprende la prestación del servicio o la autorización que proceda en cumplimiento de la normativa legal o reglamentaria*".

Es decir, el Pliego prevé tres formas diferentes de acreditar este requisito:

- La autorización de la AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS como laboratorio de gases medicinales.
- La autorización de comercialización de las especialidades farmacéuticas que comprende la prestación del servicio.
- La autorización que proceda en cumplimiento de la normativa legal o reglamentaria.



Según afirma la empresa recurrente, optó por esta tercera modalidad de acreditación y aportó en fase de subsanación la autorización sanitaria de funcionamiento correspondiente al centro sanitario "Oximedical", cuya titularidad corresponde a ACCIONA, expedida por la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA REGIÓN DE MURCIA.

En dicha autorización se especifican como servicios autorizados en el centro los siguientes: "*U.2 Enfermería, U.16 Neumología y U.66 Atención sanitaria domiciliaria*": es decir alude expresamente a la parte de la medicina que se ocupa del tratamiento de las enfermedades de los pulmones y de las vías respiratorias, así como al tratamiento a domicilio de los pacientes.

En consecuencia, se afirma, esta autorización debe resultar suficiente para acreditar la habilitación empresarial o profesional de ACCIONA para la ejecución de las prestaciones a que se refiere el Contrato, toda vez que su objeto, de acuerdo con la cláusula 5 del PCAP, consiste en "*la prestación de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (...) para el tratamiento a domicilio de pacientes afectados por enfermedades del aparato respiratorio*".

La empresa recurrente insiste en que la interpretación realizada para acordar su exclusión por todos los motivos invocados incurre en un carácter desproporcionado, y vulnera los principios de libre concurrencia y antiformalista que debe regir la actuación del órgano de contratación, invocando la doctrina que estima procedente.

Sexto. Por su parte, tanto el órgano de contratación, como la empresa personada en este procedimiento OXIMESA S.L., solicitan la desestimación del recurso.

Séptimo. Pues bien, en primer lugar, respecto del primero de los motivos invocados, debe partirse de que la Cláusula 12.4 c) del PCAP, que dispone: "Medio de acreditación: Los licitadores deberán acreditar su solvencia económica y financiera mediante la presentación de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil".



Como se afirma en las alegaciones de la empresa que se ha personado en el procedimiento, este Tribunal viene reiteradamente señalando, entre otras en Resoluciones 315/2017, 1086/2016, 466/2016 o 747/2016, que es preciso acreditar la solvencia económica y financiera por medio del depósito de las cuentas anuales, señalando la última de las Resoluciones citadas al respecto lo siguiente:

"No cabe duda de que la entidad recurrente debió acreditar el cumplimiento del requisito legal en términos jurídicos, no simplemente fácticos. La documentación que se ha aportado en el presente caso no acredita en modo alguno la existencia de la actuación calificadora del Registrador ni el cumplimiento de los requisitos sustantivos establecidos en la norma que regula el depósito de las cuentas anuales.

Y esta exigencia no es baladí. Ciertamente cuando el legislador establece este procedimiento de calificación jurídica de los títulos presentados no lo hace pensando en que tienen un efecto puramente formal. Por el contrario, la actuación del Registrador acredita el cumplimiento de las condiciones de acceso al Registro Mercantil y, lo que es más importante, la certificación del contenido del Registro, en sus diferentes formas, es la única vía posible para acreditar que las cuentas anuales que se presentan a verificación por parte de la Administración son las que legalmente figuran depositadas en el Registro. Si el legislador no hubiera considerado este requisito como fundamental no habría establecido este sistema de constancia registral y tampoco hubiera exigido en el Reglamento de la LCAP que las cuentas que se presentasen fueran las depositadas en el Registro Mercantil." Es claro, pues, que la razón por la que este Tribunal ha declarado con reiteración que la exigencia de acreditar el depósito de las cuentas no es una mera formalidad radica en que el registro y depósito de las cuentas anuales se produce tras una labor, de carácter material, de calificación de la documentación presentada al Registrador, que permite diferenciar como situaciones jurídicas no equiparables la presentación de las cuentas anuales para su inscripción en el registro, por un lado, de la inscripción propiamente dicha de las cuentas, por otro. En efecto, el registro de las cuentas anuales de una Sociedad en el Registro Mercantil requiere la previa calificación de las cuentas presentadas para comprobar su adecuación a la legalidad vigente, de modo que solo cuando las cuentas son examinadas a conformidad del Registrador se



proceda a su registro, distinguiéndose así el acto de registro de la mera presentación de las cuentas al Registro, este último de carácter meramente formal".

Pues bien, como la empresa recurrente reconoce, no presentó, en el plazo otorgado para ello, es decir, en el plazo de subsanación, la documentación requerida por la Mesa de contratación para subsanar el defecto apreciado y acreditar su solvencia económico financiera de conformidad con lo exigido en el PCAP, aportando unas cuentas anuales del ejercicio 2016 de la sociedad ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. que no estaban, en ese momento, aprobadas ni depositadas en el Registro Mercantil, no siendo suficiente para ello la aportación del informe de auditoría de las cuentas anuales.

La subsanación, por su propia definición, consiste en acreditar adecuadamente los requisitos que deben concurrir en el momento de la presentación de las ofertas, evitando que por un error meramente formal en la presentación de la documentación, se llegue a excluir una empresa. La comprensión que realiza la empresa recurrente no es correcta porque lo que en realidad pretende, con el argumento del principio antiformalista, es que un requisito que no concurría en el día final del plazo de presentación de la oferta, ni en el momento de la subsanación, sino después de ella, esto es, el depósito en el registro mercantil de la cuentas, sea admitido como debidamente cumplimentado.

El hecho, como se acredita ahora en este recurso especial, de que el 27 de febrero se haya cumplimentado este requisito no enerva la conclusión de que la exclusión ha sido conforme a Derecho.

Como se ha afirmado, no puede invocarse aquí, ni en los motivos que se van a analizar a continuación, el principio antiformalista ni el principio de concurrencia. Es indudable el uso abusivo que se hace de esta doctrina cuando lo que se oculta es un incumplimiento de los requisitos. Al contrario, si el Tribunal aceptara las alegaciones de la recurrente estaría causando un verdadero perjuicio a las empresas licitadoras que han cumplido en tiempo y forma con sus requisitos. Y no puede olvidarse, en fin, que el órgano de contratación permitió subsanar los defectos alegados y redactó una sólida y fundamentada decisión para concluir en la decisión de exclusión.

Por ello, este motivo debe ser desestimado.



Octavo. En segundo lugar, se alega que la causa de exclusión por la falta de acreditación por parte de la empresa recurrente de la solvencia técnica o profesional no es conforme a Derecho y vulnera los principios antes expuestos de antiformalismo y proporcionalidad.

La impugnación del acuerdo de exclusión se fundamenta en que la empresa recurrente ha acreditado este requisito, cuya subsanación también le solicitó el órgano de contratación, mediante la presentación de un certificado de la entidad privada SOCIEDAD CONCESSIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A. correspondiente a la realización de unos trabajos que se corresponderían con servicios incluidos en los dos primeros dígitos del CPV de los servicios que constituyen el objeto del contrato 85110000-3 (servicios hospitalarios y servicios conexos).

La cláusula 12.4 c) del PCAP dispone que el medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional se acreditará:

“Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados 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. A efectos de determinar la correspondencia entre los trabajos acreditados y los que constituyen e objeto del contrato, se atenderá a la coincidencia entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV Criterios de validez: Servicios de oxigenoterapia y otras terapias respiratorias (...)”

El Artículo 78.1 del TRLCSP dispone:

“La solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) *Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los*



servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados 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 (...).

El Artículo 62.2 del TRLCSP, por su parte, dispone:

“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

Pues bien, sin entrar, porque no es necesario para resolver esta cuestión, si el certificado debe de ser aportado, en este caso, por una entidad pública o privada, lo cierto es que la empresa recurrente aporta un certificado de la entidad privada SOCIEDAD CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A, que nada tiene que ver con los servicios exigidos en el objeto del contrato. En efecto, como se expone con detalle en el acto de exclusión, el certificado de la SOCIEDAD CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A. aportado por la empresa recurrente se corresponde a la realización de unos trabajos que no guardan relación alguna con el objeto de la licitación, que, no se olvide, son los servicios de oxigenoterapia y otras terapias respiratorias,

En efecto, el certificado que aporta de la SOCIEDAD CONCESIONARIA HOSPITAL DEL NORTE, S.A. se refiere a la concesión de obra pública y servicios de mantenimiento de un hospital, que no tienen ninguna relación con el objeto del contrato, como son los servicios de cafetería, limpieza, mantenimiento y similares, alejados a los requisitos previstos en la cláusula 12.4 c) del PCAP que se refiere a servicios de oxigenoterapia y otras terapias respiratorias.

Como este Tribunal ha afirmado en la Resolución 888/2017, de 5 de octubre, F.D. sexto “los criterios de selección relativos a requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados al mismo (art. 58.1 de la Directiva2014/24/UE y art. 62.2 TRLCSP)”.

Por lo tanto este motivo debe ser también desestimado.



Noveno. Finalmente, se recurre la exclusión de la empresa recurrente por la falta de acreditación de la habilitación empresarial o profesional, dentro del plazo de subsanación otorgado para ello por la mesa de contratación. Según la empresa recurrente, este requisito ha sido cumplido mediante la aportación la autorización de funcionamiento y de la correspondiente inscripción, emitida por la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia para el centro OXIMÉDICAL así como por una declaración responsable.

Pues bien, la Cláusula 12.4 i) del PCAP dispone que el medio de acreditación de la habilitación empresarial debe realizarse mediante:

“Autorización de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios como laboratorio de gases medicinales y/o autorización de comercialización de las especialidades farmacéuticas que comprende la prestación del servicio o la autorización que proceda en cumplimiento de la normativa legal o reglamentaria”.

La empresa recurrente entiende que la mención final de la cláusula “o la autorización que proceda en cumplimiento de la normativa legal o reglamentaria”, permite que este requisito pueda entenderse cumplido mediante la presentación de la certificación mencionada. Sin embargo, este Tribunal considera que esta comprensión del pliego no es correcta. En efecto, la empresa aporta la autorización de funcionamiento y de la correspondiente inscripción, emitida por la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia para el centro OXIMÉDICAL circunscrita a los siguientes “Servicios autorizados y Código”: U.2 ENFERMERÍA, U.16 NEUMOLOGÍA, U.66 ATENCIÓN SANITARIA DOMICILIARIA”.

Ahora bien, ello no implica, el cumplimiento de lo previsto en el pliego, ni puede entenderse que la normativa aplicable le permita acreditar este requisito mediante, exclusivamente, de dicho documento. De lo que se trata, como afirma correctamente, tanto el órgano de contratación, como por la empresa que se ha personado en el recurso es acreditar que el laboratorio farmacéutico titular de los medicamentos que van a emplear para dar cumplimiento al contrato objeto de la licitación disponga de autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, según lo establecido en el Artículo 9 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. Dicho precepto establece que:

"Ningún medicamento elaborado industrialmente podrá ser puesto en el mercado sin la previa autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios e inscripción en el Registro de Medicamentos".

Pues bien, dicha autorización no ha sido presentada por la empresa recurrente, pese a haber sido requerida para ello.

Por ello, este motivo debe ser desestimado y con él, la totalidad del recurso interpuesto.

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. Ignacio García Calvo, en nombre y representación de la sociedad ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L., contra la decisión de exclusión, adoptada el 5 de marzo de 2018, por la Dirección Gerencia del SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA, en relación con los lotes 1, 3 y 4, en el procedimiento de licitación del “*contrato de gestión de servicio público (modalidad de concesión) de terapias respiratorias a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida (6101TO17GSP00001)*”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 47.5 del 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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

redacción médica