



Recursos nº 78/2015 C.A. Illes Balears nº 9/2015

Resolución nº 183/2015

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

En Madrid, a 20 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. B. F., en representación de Servicios de Radiología y Oncología, S.L. Unipersonal y Servicios Integrales de Sanidad, S.L. Unión Temporal de Empresas, contra la resolución, de 22 de enero de 2015, del Director General del Servicio de Salud, por la que se acuerda excluir a la UTE del procedimiento para la contratación de la gestión del servicio público de oncología radioterápica para la población correspondiente a las islas de Menorca, Ibiza y Formentera, número de expediente: SSCC PA 31/14; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Boletín Oficial de las Illes Balears el día 22 de abril de 2014 publicó el Anuncio de licitación del concurso de gestión del servicio público, por concesión, de oncología radioterápica para la población correspondiente a las islas de Menorca, Ibiza y Formentera. El mismo Boletín oficial publicó, el día 24 de mayo de 2014, la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Islas Baleares por la que se amplía el plazo para presentar ofertas relativas a la contratación de referencia.

Consta en el expediente un documento fechado el 22 de abril de 2014 del que resulta publicado el anuncio de la licitación del expediente SSCC PA 31/14.

Segundo. El procedimiento para la celebración del contrato de objeto de este recurso se ajusta al 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 (en adelante, TRLCSP) y del

Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) así como con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, el Decreto 63/2012, de 20 de julio, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servei de Salut de les Illes Balears, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, así como el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Tercero. El pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación prevé, en relación con la solvencia económica:

“F. SOLVENCIA

MEDIOS DE ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA. Art. 75TRLCSF. Los licitadores deberán presentar la siguiente documentación:

- a) Una declaración apropiada de instituciones financieras en las que se ponga de manifiesto que el licitador, o los licitadores, gozan de una situación financiera suficientemente saneada, tal que permita inferir que los licitadores podrán obtener, de acuerdo con las prácticas usuales en los mercados financieros, la financiación suficiente para hacer frente a inversiones de más de seis (6) millones de euros.
- b) Las cuentas anuales del licitador o de cada uno de los licitadores en caso de que concurran agrupados, de los últimos tres (3) años, debidamente aprobadas e inscritas, cuando se trate de personas jurídicas. Estas cuentas habrán de reflejar resultados positivos en al menos uno de los referidos ejercicios.
- c) Informe de una firma de auditoría sobre las citadas cuentas anuales de los licitadores.
- d) La facturación anual global conjunta en los últimos tres años del licitador o la agrupación de licitadores ha de ser superior a tres (3) millones de euros.

e) Compromiso de que en caso de resultar adjudicatario se contratará un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

- La cobertura del mismo deberá incluir todos los pacientes remitidos por el servicio de salud y deberá cubrir una cantidad igual o superior a 1.500.000 €”

Asimismo, en la cláusula 24 del Pliego de condiciones administrativas particulares se establece:

“4.- La justificación de la solvencia económica y financiera de los empresarios individuales o de los grupos de empresarios se realizará presentando la documentación correspondiente que acredite la totalidad de los siguientes medios:

- Declaraciones apropiadas de instituciones financieras en las que se ponga de manifiesto que el licitador, o los licitadores, gozan de una situación financiera suficientemente saneada, tal que permita inferir que los licitadores podrán obtener, de acuerdo con las prácticas usuales en los mercados financieros, la financiación suficiente para hacer frente a inversiones de más de seis (6) millones de euros.

- Las cuentas anuales del licitador o de cada uno de los licitadores en caso de que concurren agrupados, de los últimos tres (3) años, debidamente aprobadas e inscritas, cuando se trate de personas jurídicas. Estas cuentas habrán de reflejar resultados positivos en al menos uno de los referidos ejercicios.

- Informe de una firma de auditoría sobre las citadas cuentas anuales de los licitadores.

- La facturación anual global conjunta en los últimos tres años del licitador o la agrupación de licitadores ha de ser superior a tres (3) millones de euros.

- Compromiso de que en caso de resultar adjudicatario se contratará un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

- o La cobertura del mismo deberá incluir todos los pacientes remitidos por el servicio de salud y deberá cubrir una cantidad igual o superior a 1.500.000 €”

Cuarto. Interpuesto el recurso ante el órgano de contratación, la Secretaria del Tribunal, por delegación, el día 9 de febrero de 2015, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículo 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.

Quinto. La Secretaría del Tribunal con fecha 5 de febrero de 2015 dio traslado del recurso interpuesto a los interesados para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el Art. 41.4, del TRLCSP, en el marco del Convenio de colaboración suscrito el 29 de noviembre de 2012 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE de 19 de diciembre de 2012).

Segundo. La impugnación de la resolución de exclusión de la UTE recurrente, de acuerdo con el artículo 40.2.b) del TRLCSP, sólo será susceptible del recurso especial en materia de contratación si estos pliegos tienen por objeto la celebración de alguno de los contratos enumerados en el artículo 40.1.c) del TRLCSP.

El artículo 40.1.c) del TRLCSP dispone en relación a los contratos que permitirán acceder al recurso especial en materia de contratación, que serán, entre otros, contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

En este caso, el contrato que se pretende celebrar es un contrato de gestión de servicio público de oncología radioterápica de la población de las áreas de salud de Menorca,

Ibiza y Formentera, contrato no sujeto a regulación armonizada. En el PPT se describe el equipamiento técnico y el personal requerido para la prestación del servicio y que correrá a cargo del contratista, prestación que llevará aparejado un gasto. No obstante, no resulta del expediente administrativo de contratación datos que permitan determinar a este Tribunal cuál será la cuantía de los gastos de primer establecimiento, ya que aunque será necesario para la prestación de los servicios objeto del contrato disponer de elementos técnicos y especialistas no se hace en todo el expediente una cuantificación de su coste. A pesar de esta circunstancia la parte recurrente y el órgano de contratación, tanto en el PCAP –cláusula 22.3- como en el informe al recurso, sin justificar la cuantía de los gastos de primer establecimiento aceptan la procedencia del recurso especial en materia de contratación como medio de impugnación de los actos dictados en este procedimiento por estimar que los estos gastos superan los 500.000 euros.

Tercero. El recurso se interpuso ante el Tribunal el día 29 de enero de 2015. La resolución de exclusión, objeto del recurso, es de 22 de enero de 2015 y fue notificada mediante fax, el mismo día a la UTE recurrente, según se reconoce por ésta en el escrito de interposición del recurso por lo que debe estimarse interpuesto el recurso en el término fijado en el artículo 44.2 del TRLCSP.

El recurso fue anunciado al órgano de contratación, el día 27 de enero de 2015, de acuerdo con el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se interpone por la empresa UTE Servicios de Radiología y Oncología, S.L., Servicios Integrales de Sanidad, S.L., licitadora que resultó excluida del procedimiento de contratación por la resolución que se recurre y que, por ser un acto que perjudica su interés legítimo, debe reconocérsele legitimación para recurrir por esta vía.

Quinto. Entrando en el fondo del recurso, la UTE recurrente funda su impugnación en la falta de fundamento de la resolución de exclusión determinante de indefensión toda vez que, de la literalidad de la resolución, no puede conocerse la causa de la exclusión.

La resolución recurrida del Director General del Servicio de Salud acuerda excluir a la UTE Servicio de Radioterapia y Oncología, S.L. considerando que no dispone de la solvencia económica y financiera exigida en la cláusula 24 y el apartado F del cuadro de

características del PCAP en relación con el criterio a): “Una declaración apropiada de instituciones financieras en las que se ponga de manifiesto que el licitador, o los licitadores, gozan de una situación financiera suficientemente saneada, tal que permita inferir que los licitadores podrán obtener, de acuerdo con las prácticas usuales en los mercados financieros, la financiación suficiente para hacer frente a inversiones de más de seis (6) millones de euros”.

Entre la documentación remitida no se encuentra la presentada por la UTE recurrente para acreditar su solvencia económica y financiera en relación a la declaración de instituciones financieras a la que se refiere la resolución de exclusión, no obstante, de las actas de la mesa de contratación parece ser que esta declaración sólo fue presentada respecto de una de las empresas que pretenden constituir la UTE. Este hecho no se menciona en la resolución recurrida.

La doctrina que sigue este Tribunal en relación con los requisitos de la notificación parte del artículo 151.4 del TRLCSP. Éste artículo dispone: *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*
- b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*
- c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.”*

La Resolución 837/2014, de 7 de noviembre recoge la doctrina del Tribunal sobre la notificación del acto de exclusión de un licitador; así:

<< “Para ello, en primer lugar, se hace preciso distinguir, como hemos dicho reiteradamente (Resoluciones números 362/2011, 18/2012, 198/2012, 254/2012, y 256/2013), entre la motivación de la notificación y la motivación del acto notificado. En efecto, la notificación es un acto distinto del acto notificado que puede actuar como condición de eficacia de aquél cuando para su eficacia es requisito su notificación, de forma que, si de la documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de que se trate está suficientemente motivado, aun cuando la notificación del mismo haya sido realizada incorrectamente, no concurriría por ese hecho causa suficiente para su anulación. Pues bien, los recursos se dirigen en realidad no contra la falta de motivación del informe técnico en que el órgano de contratación funda su decisión de invitar a la subasta electrónica y de exceptuar de dicha invitación a las recurrentes.

Que la notificación realizada a las recurrentes carece de motivación evidente, resulta de la propia notificación, que la difiere a la notificación prevista en el artículo 151.4 del TRLCSP, y es expresamente reconocida por el órgano de contratación en sus informes. Es lo cierto, como afirma el órgano de contratación, que el artículo 148 del TRLCSP no exige una notificación individualizada y motivada de la no invitación de los licitadores cuya oferta se considera no admisible a la subasta electrónica, y que de acuerdo con el artículo 151.4 del TRLCSP es al momento de la adjudicación que es obligado tal notificación individualizada y motivada. Pero el acto de notificación efectuado no es, como pretende el órgano de contratación, una mera comunicación informativa, pues si bien el TRLCSP no impone expresamente la notificación individual al licitador no invitado, la notificación en caso de realizarse no es inocua sino que antes bien produce inmediatos efectos en la esfera jurídica de los interesados. Procede aquí recordar nuestra doctrina sobre los efectos de la notificación separada del acto de exclusión sensu estricto, que como acto de trámite cualificado que impide a los interesados continuar el procedimiento, es sustancialmente idéntico al de no invitación a la subasta electrónica. Así señalamos en nuestra Resolución número 50/2013, de 30 de enero, lo siguiente. “(...) En caso de recurso contra los actos de exclusión del procedimiento el plazo para la interposición del recurso especial es de quince días a partir del día siguiente a aquél en el que el licitador

haya tenido conocimiento de dicha exclusión, si bien en este caso la Ley no impone expresamente la notificación individual al licitador excluido del procedimiento que le permita tener conocimiento de su exclusión. Sin embargo, el artículo 151.4.b) del TRLCSP (artículo 135.4.b) de la LCSP) regula con carácter necesario la notificación de la exclusión con el acuerdo de adjudicación, al disponer que <<la notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular, expresará los siguientes extremos: (...) b) con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también de forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta>>. De lo expuesto se desprende que el TRLCSP (y, con anterioridad, la LCSP, en la redacción dada por la Ley 34/2010) ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado que implica la exclusión acordada por la Mesa (artículo 40.2.b) del TRLCSP y artículo 310.2.b) de la derogada LCSP), que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción (artículo 44.2.b) del TRLCSP y artículo 314.2.b) de la LCSP), y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con el artículo 44.2.b) TRLCSP (artículo 314.2.b) de la LCSP). Pues bien, es doctrina consolidada de este Tribunal (por todas, Resoluciones 274/2012, de 16 de noviembre, 317/2011, de 14 de diciembre o 246/2012, de 7 de noviembre) la que sostiene que estas dos posibilidades de recurso especial no son acumulativas: <<La LCSP permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314.2 de la LCSP. Estas dos posibilidades no son cumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su

exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación, ...>>

Dado que el TRLCSP no impone obligatoriamente al órgano de contratación la notificación de los acuerdos de exclusión de los licitadores adoptados por las Mesas de Contratación (exclusión que sí se ha de notificar necesariamente junto con el acuerdo de adjudicación), la interpretación más ponderada y, a la vez, garantista lleva a concluir, conforme a lo indicado, que si la Mesa no notifica formalmente la exclusión al licitador, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación; y, a contrario sensu, si en su día la Mesa notificó debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo para el recurso especial contra la exclusión contará desde el día siguiente al de la notificación de dicha exclusión (...)" Así las cosas, notificado a los licitadores exceptuados de la invitación dicho acto se inició para ellos la carga de recurrir, sin que puedan esperar a la notificación de la adjudicación, y, en consecuencia, como es doctrina reiterada de este Tribunal, la notificación del acto ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se le estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión. De modo que las notificaciones realizadas son inválidas por falta de motivación suficiente para preparar válidamente el recurso. Ahora bien, volviendo a nuestro punto inicial, el que las notificaciones fuesen inválidas no determina la falta de motivación y, menos aún, la invalidez del acto notificado. En efecto, el informe técnico emitido a requerimiento del órgano de contratación, y cuyos extremos hemos reproducido íntegramente en los antecedentes de esta resolución, y en el que la Junta de contratación fundó su decisión de no invitar a los recurrentes, motiva de forma adecuada y más que suficiente la decisión de considerar que las ofertas formuladas por los recurrentes eran inadmisibles, de manera que el acto notificado se encuentra motivado aun cuando no lo sea su notificación. Además, en el caso que nos ocupa, la eficacia del acto de invitación no resulta condicionada por la notificación a los no invitados, que no viene exigida por el artículo 148 del TRLCSP, por lo que la invalidez de la notificación efectuada no afecta a la eficacia del acto de invitación a la subasta electrónica y de los posteriores que se hayan producido en el procedimiento, actos que permanecen por tanto subsistentes." >>

Considerada la doctrina del Tribunal procede analizar el caso concreto. La resolución recurrida expresa la causa de la exclusión mediante una referencia a un requisito de solvencia económica indicando específicamente el criterio que se estima incumplido: “Una declaración apropiada de instituciones financieras en las que se ponga de manifiesto que el licitador, o los licitadores, gozan de una situación financiera suficientemente saneada, tal que permita inferir que los licitadores podrán obtener, de acuerdo con las prácticas usuales en los mercados financieros, la financiación suficiente para hacer frente a inversiones de más de seis (6) millones de euros.”

Este hecho es determinante de la desestimación del fundamento por ajustarse la notificación a las exigencias del artículo 151.4 del TRLCSP.

Sexto. En cuanto a la cuestión de la motivación de la resolución de exclusión, dado que el segundo de los motivos del recurso se funda en la validez de la declaración de la institución financiera sobre la solvencia de una sola de las empresas que constituyen la UTE, Servicios Integrales de Sanidad, S.L.

Según de la deliberación y votación de la mesa de contratación que resulta del expediente no resulta acreditada la solvencia de la UTE recurrente cuando la declaración requerida en la letra a) del Apartado F del cuadro de características de las empresas licitadoras exige una declaración apropiada de instituciones financieras en las que se ponga de manifiesto que el licitador, o los licitadores, gozan de una situación financiera suficientemente saneada, tal que permita inferir que los licitadores podrán obtener, de acuerdo con las prácticas usuales en los mercados financieros, la financiación suficiente para hacer frente a inversiones de más de seis (6) millones de euros.

La Resolución nº 776/2014, de 15 de octubre recoge la doctrina que el Tribunal mantiene acerca de la solvencia en caso de las UTE, partiendo de la regulación contenida en el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 Octubre.

El artículo 24 del RGLCAP prevé: *“1. En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la*

determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento.

2. Para que en la fase previa a la adjudicación sea eficaz la unión temporal frente a la Administración será necesario que los empresarios que deseen concurrir integrados en ella indiquen los nombres y circunstancias de los que la constituyan, la participación de cada uno de ellos y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal, caso de resultar adjudicatarios.”

En la Resolución 776/2014 dijimos: “Este Tribunal, empero, no comparte tal razonamiento, toda vez que, por un lado, la regla de la acumulación prevista en el artículo 24 RGLCAP sólo puede admitirse en los casos en los que el medio elegido para acreditar la solvencia no va referido a aspectos propios e intrínsecos de la organización de las empresas y, por otro, aquélla exige, en todo caso, que todas y cada una de las entidades integradas en una UTE demuestren tener un mínimo de solvencia propia. En este sentido, es conveniente recordar aquí nuestra Resolución 281/2014 (reiterada por las Resoluciones 607/2014 y 686/2014), en la que señalamos: <<**B.- Planteado en estos términos el debate, se trata de determinar de qué modo las empresas integradas en una UTE han de acreditar su solvencia. A estos efectos, ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 24.1 RGLCAP, en el que se lee: “En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento.”** Con arreglo al precepto citado, por tanto, es claro que todos y cada uno de los integrantes de la UTE han de acreditar poseer los requisitos de solvencia que exija la licitación. Ello no obstante, junto a este principio general, ha de tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, el artículo 63 TRLCSP, en línea con los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE, permite servirse de los medios de otras empresas para justificar la solvencia requerida, con tal de que, efectivamente, acredite contar con aquéllos. Reza en concreto el artículo 63 TRLCSP: “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.” Huelga decir que si el recurso a medios externos es posible cuando éstos pertenecen a terceros extraños a la licitación, con más razón habrá de admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas de la UTE (Resoluciones de este Tribunal 558/2013, 205/2012, 304/2011, entre otras), extremo que, por lo demás, es reconocido por los artículos 47.3 y 48.4 de la Directiva 2004/18/CE. Ahora bien, este principio general ha de ser matizado en un doble sentido: a.- De un lado, porque todo licitador, aunque se valga de medios externos, ha de acreditar un mínimo de solvencia propia (Resoluciones de este Tribunal 117/2012 y 560/2013, entre otras), tal y como se infiere, además del artículo 24.1 RGLCAP, de los artículos 54.1 (que considera como requisito de aptitud para contratar con el sector público la acreditación de la solvencia económica y técnica o de la clasificación cuando sea exigible) 62.1 (que alude a que los empresarios deberán estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia), 66.1 (que, aun dispensando de la clasificación a los empresarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea, les exige acreditar la solvencia, ya concurran aisladamente, ya lo hagan en una Unión) y 227.2 e) (que impone límites al porcentaje que puede ser objeto de subcontratación, fórmula por excelencia, aunque no única, del recurso a medios externos), todos ellos del TRLCSP. b.- De otro lado, porque el recurso a medios de otras empresas ha de entenderse limitado por la naturaleza del medio elegido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia, de manera que no será posible invocar el artículo 63 TRLCSP cuando dicho medio se refiera a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de las empresas (Resoluciones de este Tribunal 254/2011, 238/2013, 531/2013). c.- Conviene advertir que la interpretación aquí mantenida -que, en todo caso, debe entenderse sin perjuicio de lo que dispongan los pliegos de la concreta licitación, en la medida en que no hayan sido impugnados y hayan devenido por ello firmes (cfr.: Resolución de este Tribunal 276/2013)- es escrupulosamente respetuosa con el Ordenamiento comunitario y, en particular, con los artículos 47.2 y 48.3 de la tantas veces citada Directiva 2004/18/CE. En efecto, éstos no autorizan a que se prescinda de la acreditación de toda solvencia propia del licitador que se valga de medios de terceros (integrados o no en una UTE), sino tan sólo a que pueda “basarse en las capacidades de otras entidades”, lo que da a entender



que posee cierta capacidad propia. Así parece darlo por sentado la Sentencia del TJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto C-94/12) cuando sostiene en su apartado 30: “Con más razón, dichas disposiciones [los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva] no establecen ninguna prohibición de principio en cuanto a la posibilidad de que un candidato o un licitador recurra a las capacidades de una o varias entidades terceras junto con sus propias capacidades, para cumplir los requisitos fijados por la entidad adjudicadora.” De igual modo, los citados artículos 47.2 y 48.3 no reconocen un derecho absoluto a servirse de esas capacidades ajenas, sino tan sólo “en su caso” o, como inequívocamente señala la versión inglesa “where appropriate”, es decir, cuando proceda o sea procedente, lo cual es tanto como admitir que no siempre será viable. En este sentido, resulta elocuente la cita de las conclusiones formuladas por el Abogado General el 28 de febrero de 2013 en el asunto C-94/12: “En determinadas situaciones la capacidad técnica o profesional necesaria debe estar en manos de una única entidad. Por ejemplo, mientras que dos empresas con una capacidad de 50.000 toneladas de asfalto pueden cumplir juntas la capacidad requerida de 100.000 toneladas necesarias para la renovación de una autopista, dos empresas que poseen cada una de ellas el nivel de experiencia requerido para el mantenimiento y la reparación de relojes en estaciones de tren no cumplen automáticamente el criterio de capacidad requerida para las obras de reparación de relojes antiguos en iglesias medievales.” Reflexiones expresamente aceptadas por la Sentencia del TJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto C-94/12), que en su apartado 35 indicó: “Ciertamente, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate. >>”

En la Resolución nº 607/2014, de 8 de septiembre, aunque utilizando la misma argumentación que en la Resolución nº 766/2014 de 15 de octubre, se estimó el recurso toda vez que las empresas en UTE habían acreditado un mínimo de solvencia sin llegar cada una de ellas individualmente a completar la solvencia económica sino mediante la

suma de la solvencia de cada una de ellas, pero siempre bajo el presupuesto de acreditar cada una un mínimo.

En consideración con la doctrina expuesta y la previsión del PCAP en relación con la solvencia económica y financiera exigida, es cierto que en el caso presente no ha sido acreditada por una de las empresas de la UTE la declaración apropiada de instituciones financieras en las que se ponga de manifiesto que dicha empresa goza de una situación financiera suficientemente saneada tal que permita inferir que la UTE podrá obtener, de acuerdo con las prácticas usuales en los mercados financieros, la financiación suficiente para hacer frente a inversiones de más de seis (6) millones de euros, habiendo presentado esta declaración sólo una de las empresas de la UTE. Pero, en cambio, sí se han acreditado por las dos empresas que constituyen la UTE el resto de los medios que permiten acreditar la solvencia económica y financiera de la UTE para las dos empresas de conformidad con la doctrina expuesta. Por lo expuesto debe llegarse a la conclusión que ambas empresas de la UTE tienen el mínimo de solvencia económica exigible para que pueda complementarse la solvencia de la UTE en relación con el requisito relativo a la declaración apropiada y en consecuencia concluir que la resolución de exclusión infringe el artículo 24 Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 Octubre, debiéndose por ello anular la resolución recurrida de acuerdo con el artículo 33 del texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre y el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, procediendo la retroacción del procedimiento de contratación hasta el momento anterior a la resolución de exclusión para que el órgano de contratación revise ésta de conformidad con los argumentos de esta resolución.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F. B. F. , en representación de Servicios de Radiología y Oncología, S.L. Unipersonal y Servicios Integrales de

Sanidad, S.L. Unión Temporal de Empresas, contra la resolución, de 22 de enero de 2015, del Director General del Servicio de Salud, por la que se excluye a la UTE del procedimiento para la contratación de la gestión del servicio público de oncología radioterápica para la población correspondiente a las islas de Menorca, Ibiza y Formentera toda vez que la solvencia económica y financiera de la UTE ha sido acreditada, resultando contraria a derecho la exclusión de la recurrente.

En consecuencia, se ha de retrotraer el procedimiento para que el órgano de contratación proceda a dictar una resolución de conformidad con los argumentos de esta resolución.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento de contratación de acuerdo con 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 las Illes Balears, 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.