



EB 2016/133

Resolución 130/2016, de 30 de noviembre de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. (ACCIONA) contra los pliegos y el anuncio del contrato de “Servicios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi”, tramitado por el departamento de Salud de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de octubre de 2016 la empresa ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. (en adelante, ACCIONA) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato de “Servicios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi”, tramitado por el departamento de Salud de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El 27 de octubre se remitió el recurso al poder adjudicador y se solicitó el envío de una copia del expediente de contratación y del informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron el día 28 de octubre.

TERCERO: Por Resolución B-BN 21/2016, de 4 de noviembre, este órgano resolutorio acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.



CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de don E.F. V.R. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los «Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros»; según el apartado 21 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el valor estimado del contrato impugnado es de 87.841.348 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.» Debe señalarse que, como se explicará más adelante, el objeto de la impugnación no es solo un apartado de la carátula del PCAP, sino también, y muy especialmente, la respuesta que el poder adjudicador ha dado a una consulta formulada por una empresa interesada sobre el alcance de dicho apartado y que se ha publicado en el perfil del contratante; tales respuestas pueden ser objeto de recurso porque se incluyen en la amplia definición de “pliego de contratación” recogida en el artículo 2.1.13) de 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, que comprende «todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional». A juicio de este OARC / KEAO, las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante,



en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se va a ajustar a su contenido (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público), son “documentos adicionales” que fijan los términos de dicho procedimiento. Consecuentemente, su adecuación a la legalidad debe poder ser evaluada, en su caso, por los órganos encargados de resolver el recurso especial para que éste cumpla con el efecto útil querido por la legislación europea en materia de recursos, que es, entre otros, conceder a los interesados la posibilidad de depurar las bases de la licitación contrarias a Derecho (artículo 2.1 b) de la Directiva 1989/665/CEE, que es la norma que se transpone en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP). Debe tenerse en cuenta que el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE reúne los requisitos para desplegar efecto directo a falta de transposición (ver, por ejemplo, el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales y disponible en la web del OARC / KEAO).

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SÉXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El apartado 29.3 de la carátula del PCAP establece que será exigible, como habilitación empresarial o profesional, la 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. En relación con este requisito, el recurrente formuló una consulta al órgano de contratación preguntando si se entendería cumplido, en el caso de licitar varias empresas en forma de Unión Temporal de Empresas (en adelante, UTE), cuando una de las empresas dispusiera de la citada habilitación. La respuesta de la Administración fue la siguiente:



«en los casos en los que se licita con compromiso de constituir la UTE, la habilitación empresarial no es acumulativa como la solvencia. Como ya hemos adelantado, la habilitación empresarial es un requisito relativo a la capacidad de obrar de cada licitador, y por lo tanto, cada miembro de la UTE debe tener la suya»

b) El recurrente estima que esta interpretación perjudica a dos empresas que pretendan presentarse en UTE, una con la autorización señalada en el PCAP y otra que no disponga de ella pero que vaya a destinar sus esfuerzos al transporte sanitario que precisa el cumplimiento del objeto del contrato y no a la actividad que precisa de la citada autorización. En este sentido, se alega que no puede exigirse la habilitación a una empresa miembro de la UTE que no va a realizar la actividad sujeta a ella, lo que no implica que la exigencia de autorización deba eliminarse, sino que no tenga que aplicarse individualmente a todos los miembros que presenten su oferta conjuntamente en UTE, como se deduce de la literalidad del PCAP y de la respuesta a la consulta.

c) El recurrente alega que la carátula del PCAP establecía en su versión inicial una serie de condiciones referentes al objeto del contrato (solvencia económica y técnica) que luego se modificaron (rebajando los requisitos), a pesar de lo cual no se amplió el plazo de presentación de las ofertas, lo que produce desigualdad entre los posibles licitadores.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Teniendo en cuenta las características del servicio, el transporte no es una prestación autónoma, sino que va incluido en el suministro, por lo que las empresas deben estar habilitadas para ejecutarlo.

b) La acumulación de la solvencia es adecuada porque permite que las empresas pequeñas unan sus esfuerzos para aspirar a contratos de gran volumen a los que, en caso contrario, no podrían aspirar, pero no cabe la acumulación de la habilitación, pues permitiría que llevaran a cabo servicios para los que carecen de capacidad de



obrar, con el peligro que ello implica; se alega que el artículo 54.2 TRLCSP no hace excepciones a la regla de la habilitación.

c) El anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) se publicó el día 1 de octubre (sábado), y no hace mención ni a la solvencia ni a sus cuantías. Los pliegos sí se publicaron el perfil del contratante el día 4 de octubre, y la modificación fue publicada en dicho perfil también el día 4 de octubre. Por ello, el poder adjudicador entendió que no era necesario ampliar el plazo de presentación de ofertas.

OCTAVO: Por lo que se refiere a la habilitación de las UTEs, se trata de una cuestión que este OARC / KEAO ya trató en su Resolución 69/2015, siendo el criterio utilizado entonces plenamente aplicable al caso presente. En la citada Resolución se señalaba que la habilitación «es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el poder adjudicador contrata con un operador económico que desempeñe legalmente dicha actividad y que, por lo tanto, puede ejecutarla (ver la Resolución 99/2014 del OARC / KEAO). Su fundamento jurídico último no radica en la legislación contractual, pues el artículo 54.2 TRLCSP se limita a exigir la habilitación que sea precisa de acuerdo con la normativa que regula la actividad contratada»; para el caso concreto de las UTEs «debe entenderse que la Unión está habilitada si lo está aquél o aquéllos de sus componentes que, efectivamente, van a realizar la actividad que precisa de la autorización. Consecuentemente, la autorización no es exigible a los componentes que no van a desarrollar dicha actividad, pero tampoco es posible suplir la falta de habilitación del componente que vaya a realizar la actividad con la habilitación que posee otro componente de la Unión que, sin embargo, no vaya a desarrollarla». Consecuentemente, la respuesta a la consulta, que sigue la tesis contraria, debe anularse. Hay que señalar que, en cambio, el apartado 29.3 de la carátula del PCAP, que se limita a concretar el mandato del artículo 54.2 del TRLCSP, no está afectada de invalidez.

NOVENO: La anulación de la respuesta conlleva la retroacción de actuaciones para que se conceda un nuevo plazo de presentación de ofertas, debiendo previamente constar dicha anulación en el perfil del contratante con la misma publicidad que tuvo el acto anulado. A la vista de ello, no es preciso entrar en el segundo motivo de impugnación, cuya pretensión es precisamente la ampliación de dicho plazo.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por ACCIONA HEALTH CARE SERVICES, S.L. (ACCIONA) contra los pliegos y el anuncio del contrato de “Servicios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi”, tramitado por el departamento de Salud de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, anulando la respuesta a la consulta a la que se refiere el Fundamento de Derecho Octavo y la apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas, previa constancia de la anulación en el perfil del contratante con la misma publicidad que tuvo dicha respuesta.

SEGUNDO: Levantar la suspensión acordada por Resolución B-BN 21/2016, de 4 de noviembre de 2016.

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.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1



LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.