

Recurso nº 442/2023
Resolución nº 016/2024

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 18 de enero de 2024, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Werfen España (anteriormente Inmucor, S.L.) contra la Resolución, de 23 de noviembre de 2023, de la Directora Gerente del Centro de Transfusión de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la determinación de grupo sanguíneo y anticuerpos irregulares en donantes de sangre”, número de expediente P.A.SUM.008-2023-(A/(SUM-028734/2023), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 12 de julio de 2023, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y el 17 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.188.160,00 euros y su plazo de

duración será de 12 meses, con posibilidad de prórroga por cuatro años más.

A la presente licitación se presentaron 2 empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. - Tramitado el procedimiento de licitación, mediante la Resolución de 19 de septiembre de 2023, se adjudican los dos lotes del contrato a Diagast Iberica, S.L. (en adelante Diagast).

El 10 de octubre de 2023, Inmucor, S.L. (en adelante Inmucor) interpuso recurso especial en materia de contratación al considerar que la adjudicataria no tenía la solvencia técnica y económica que requieren los Pliegos. Mediante la Resolución 392/2023, de 2 de noviembre, se resolvió el recurso interpuesto acordando la desestimación del recurso por lo que se refiere a la solvencia económica y estimando en lo relativo a la solvencia técnica en los siguientes términos: *“En consecuencia, procede en este punto estimar parcialmente las alegaciones de la recurrente considerando que se debe acreditar una solvencia técnica por un importe de 306.342 euros en el año de mayor ejecución. Para ello, el órgano de contratación deberá conceder un trámite de subsanación a DIAGAST a los efectos de su acreditación.”*

En cumplimiento de nuestra Resolución, el órgano de contratación solicito a Diagast la subsanación de la documentación presentada y analizada la misma se considera que ha quedado acreditada la solvencia técnica por lo que el 23 de noviembre de 2023, se adjudican nuevamente los dos lotes del contrato a Diagast.

Tercero.- El 18 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Werfen España, en el que solicita que se excluya a la adjudicataria del procedimiento de licitación por no tener la solvencia técnica exigida en los Pliegos.

El 26 de diciembre de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8

de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para ambos lotes por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan*

resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 23 de noviembre de 2023, notificado el mismo día, e interpuesto el recurso el 18 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - Alega la recurrente que como la adjudicataria no tiene la solvencia técnica exigida, lo que pretende ahora en el trámite de subsanación es integrarla con la que posee su matriz y socia única Diagast, S.A.S. en los laboratorios Biogrup y con el Banco de sangre francés.

Destaca que la licitadora Diagast Iberica no es la sociedad dominante, pues se trata de una empresa filial del grupo Diagast cuya empresa matriz es la empresa francesa Diagast S.A.S. por lo que considera que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia la matriz no puede ser considerada un medio propio de la empresa aquí licitadora-filial y, por ende, si esta última pretendía completar su solvencia con la experiencia de la matriz debería así haberlo declarado en el DEUC.

Así considera que aun siendo empresas de un mismo grupo, no resulta de aplicación la doctrina de nuestros tribunales que viene a reconocer que los medios de las filiales pertenecientes a un grupo no son realmente medios externos a la matriz, sino verdaderamente propios, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como hemos avanzado, la solvencia que se pretende integrar no es la de las filiales por la

matriz, sino a la inversa, esto es, la empresa licitadora filial pretende recurrir a la experiencia de la matriz para hacerse con el contrato, cuando lo cierto es que no se puede afirmar que la misma ejerza un control sobre la matriz que pueda reputarse similar al control análogo de los medios propios personificados.

Cita al respecto la Resolución 167/2019, de 22 de febrero, del TACRC, para concluir que a la luz de la citada doctrina se desprende que, para que los medios de las sociedades pertenecientes a un grupo empresarial puedan considerarse medios propios y no externos, es fundamental que la empresa licitadora que pretenda ampararse en la solvencia de una sociedad del grupo ejerza un control sobre la misma, análogo al que ejerce sobre su actividad.

En este sentido, cuando existe dicho control, lo que defienden nuestros Tribunales es que, en la relación sociedad dominante o matriz y sociedades dominadas-filiales, si bien los medios de las dominadas o subordinadas son formalmente externos a la dominante-matriz, en realidad esta última al ejercer una influencia directa decisiva sobre las decisiones significativas de sus dominadas, dispone de los medios de las filiales como si fueran propios, de modo que, las filiales no se consideran terceros ajenos a la ejecución del contrato.

Sin embargo esta influencia y en consecuencia, control no puede predicarse a la inversa entre entidades de un mismo grupo, por cuanto, como es obvio, las empresas dominadas o filiales no ejercen una influencia significativa sobre las decisiones y comportamientos de las dominantes-matriz.

Por ello al tratarse de medios externos, de conformidad con lo exigido en la Cláusula 12, apartado A) del PCAP, concretamente en su página 31, la adjudicataria debería haber aportado un DEUC separado de dicha entidad. Sin embargo, la adjudicataria no solo omitió el DEUC de la sociedad matriz, sino que en su DEUC manifestó expresamente que no recurría a la capacidad de otras entidades para

satisfacer los criterios de solvencia técnica, extremo que no puede subsanarse en este momento procedimental.

A mayor abundamiento señala que la adjudicataria acredita la disponibilidad de los recursos necesarios para la ejecución del contrato mediante la mera declaración conjunta suscrita por su Administrador Único O.S.B y a la vez socio único Diagast S.A.S. y que una simple declaración del representante de la empresa matriz no basta para tener suficientemente justificada la efectiva disponibilidad de los medios por la licitadora.

En el presente supuesto en el que los medios personales y materiales que Diagast Iberica pretende destinar a la ejecución del contrato son medios de una sociedad que opera fuera de España, esto es, en Francia y que, además, son titularidad de una empresa propiedad en un 80% del Banco de Sangre francés, resulta cuanto menos dudosa la posibilidad real que Diagast Iberica pueda utilizar esos medios durante la ejecución del contrato.

Por su parte el órgano de contratación considera que la documentación aportada en trámite de subsanación acredita la solvencia exigida por medios externos, de acuerdo con el artículo 75 de la LCSP. Apela al principio antiformalista y considera que no estamos ante una modificación de la oferta, límite doctrinal para la subsanación, sino ante la subsanación de la documentación acreditativa de un elemento del licitador, como es la solvencia, y no de un elemento de la oferta, como pueden ser sus características técnicas o económicas.

Por tanto, la omisión de los acuerdos con la empresa matriz no supone, como sugiere la recurrente, que dicha experiencia no exista o sea falsa, sino que, simplemente, no se había acreditado suficientemente. Las características del licitador (capacidad y solvencia) preexisten.

En la documentación presentada inicialmente Diagast Iberica, S.L. declara que es filial española de la empresa francesa Diagast, a cuyo grupo pertenece, y en

la documentación justificativa de la solvencia técnica, se adjunta una relación de los principales suministros realizados por el grupo empresarial a nivel internacional (Bosnia, Botswana, Burkina Faso, China, France, Gabón, Grecia, India, etc.). En este sentido, la subsanación presentada corrobora esta información, cumpliendo con la solvencia exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas, de acuerdo con el artículo 75 de la LCSP *"integración de la solvencia con medios externos"*.

Por su parte el adjudicatario cita los artículos 140.3 y 150.2. de la LCSP, así como diversas resoluciones para concluir que el Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid estaba legitimado para requerir a Diagast mayor evidencia de la solvencia técnica una vez acreditado que Diagast había remitido la mejor oferta. Por su parte, Diagast estaba legitimada para aportar información sobre la solvencia técnica de un tercero (su matriz) en respuesta al requerimiento de subsanación referido, habida cuenta de que los medios de la matriz serían puestos a disposición de la ejecución del contrato que nos ocupa.

Sobre la declaración de disponibilidad de medios externos, cita diversas resoluciones y sentencias para concluir que la declaración conjunta aportada de Diagast Ibérica S.L. y Diagast S.A.S., por la cual el administrador de ambas sociedades garantizaba la dedicación de medios técnicos suficientes para la correcta ejecución del contrato que nos ocupa, es correcta y suficiente.

Por último, sobre las alegaciones de Werfen en cuanto a la supuesta dificultad de que Diagast destine los medios de su matriz a la ejecución del presente contrato, opone que son simples conjeturas de la recurrente sin aportar evidencia alguna.

Vistas las posiciones de las partes la cuestión se centra en determinar si Diagas Ibérica puede recurrir a la solvencia técnica de su matriz Diagast, S.A.S, sin haber indicado en el DEUC que recurría para integrar su solvencia técnica a medios externos. Al respecto precisar que no era un hecho desconocido para el órgano de

contratación que Diagast Iberica, S.L. es la filial española de la empresa francesa a cuyo grupo pertenece, por haberlo declarado en su oferta.

La recurrente pretende la exclusión por no haber declarado la adjudicataria en el DEUC que recurría a la solvencia técnica de medios externos, en concreto , a medios de la empresa matriz basándose en la Resolución 167/2019, de 22 de febrero, del TACRC en la que se analizaba un supuesto similar al aquí planteado, con la diferencia que el supuesto analizado allí era que la empresa matriz utilizada la solvencia de la entidad filial y consideraba que es un medio propio, por lo que no había que hacer referencia al cumplimiento de solvencia con medios externos. No obstante, de dicha Resolución no se puede desprender como pretende la recurrente que “*a sensu contrario*” la integración de solvencia con la matriz implique recurrir a un medio externo, por lo menos a los efectos que aquí nos ocupa.

Precisamente en esta resolución se cita la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 10 octubre de 2012 (Roj: SAN 4164/2012), dónde analiza el supuesto de acreditación de la solvencia técnica de la filial que deriva de la posesión por la empresa matriz de la certificación de Gestión de Calidad ISO 9001-2000:

“En el caso de autos, la empresa recurrente se configura como una sociedad instrumental de la matriz, bajo la existencia de personalidades jurídicas distintas, se desprende de forma indubitada la existencia de unidad de negocio, y una unidad económica para actuar en el mercado.

En su consecuencia, la decisión administrativa sujeta a revisión jurisdiccional, se configura a juicio de este Tribunal como no conforme al ordenamiento jurídico.

Ello es así, por cuanto, que el acreditamiento de la disponibilidad de los medios de ejecución del objeto del contrato y su compromiso para llevarlo a cabo, dimana de la forma jurídica en que están constituidas, por cuanto de las formas jurídicas adoptadas se desprende de manera clara y meridiana en la existencia de una unidad económica de actuación en el mundo empresarial, que implica su actuación en el

tráfico jurídico con una unidad de propósito a la cual se proyecta la totalidad de los recursos de toda naturaleza que el grupo empresarial detenta.

Junto a ello, el principio general de la libre concurrencia en materia de contratación impide la realización de interpretaciones, que, bajo la apariencia meramente formal y externa, de las formas societarias adoptadas por el grupo de empresas, se limite la participación en licitaciones públicas a sujetos en que la unidad de gestión o negocio es clara y meridiana y ha sido puesta en conocimiento del órgano administrativo decisor, y en todo caso, el carácter no formalista de la actuación administrativa exige para no tener en cuenta este hecho notorio, o bien, en su caso, como medio de asegurar la constancia formal de la efectiva disponibilidad de los medios para la ejecución de la tercera sociedad, que la Administración otorgue la posibilidad de subsanación, mediante la solicitud del requerimiento de la expresión formal de dicha garantía.

No es interpretación acorde a derecho, la denegación de la posibilidad de licitar a una sociedad mercantil por falta de solvencia técnica, cuando la Administración tiene constancia de su integración en un grupo empresarial con unidad de gestión y negocio, la tenencia acreditada de dicha solvencia técnica, declarada por el órgano competente, por otra de las sociedades integrantes del grupo empresarial con unidad de negocio, por cuanto independientemente de las formas jurídicas societarias adoptadas por el grupo empresarial, la realidad económica del objeto del contrato conlleva que la finalidad económica perseguida es unitaria y, por tanto, la aportación de los recursos a la obtención material del fin económico perseguido implica la actuación de todos los medios de que dispone dicho grupo empresarial, y por ello, la aportación de la total solvencia técnica que el grupo empresarial ostente. Y, en todo caso, ante la existencia de una posible duda del órgano de contratación, el principio de libre concurrencia y de buena fe en los contratos exige que antes de pronunciarse sobre la carencia del acreditamiento de dicha solvencia técnica, que la entidad licitadora pueda subsanar la declaración de voluntad no expresa, que dimanara de su único fin económico del grupo empresarial, mediante la declaración de voluntad expresa de la sociedad del grupo, detentora de la titulación formal de

solvencia técnica, de la aportación de su efectiva disponibilidad de los medios con los que cuenta para el cumplimiento del contrato”.

Al respecto el artículo 79.3. de la LCSP señala que: *“en el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el apartado 2 del artículo 82, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos”*

En el presente supuesto consta en la oferta que Diagas Ibérica, S.L., que es la licitadora, pertenece al mismo grupo de sociedad de la matriz Diagast S.A.S. En la escritura de constitución de Diagas Ibérica, S.L. se expone: *“Que DIAGAST, S.A.S. ha decidido constituir una sociedad limitada unipersonal de nacionalidad española, bajo la denominación DIAGAST IBÉRICA, S.L.”* siendo aquélla el socio único de ésta. El presidente de la sociedad matriz es el administrador único de la filial.

A juicio de este Tribunal, todas estas circunstancias hacen que no se pueda considerar la sociedad matriz un medio externo a la sociedad filial a los efectos de integrar la solvencia.

En cuanto a las dudas planteadas por la recurrente sobre la posibilidad real de que la adjudicataria pueda utilizar los medios materiales y personales de su matriz, por operar ésta en Francia y ser propiedad en un 80% del Banco de Sangre de Francia, decir que son meras manifestaciones de Werfen, sin ningún fundamento sólido que lo respalden.

Consta en expediente la siguiente declaración: *“Que durante toda la vida del contrato de suministro (PA SUM 008-2023) (A/SUM-028734/2023) los recursos de DIAGAST IBERICA S.L. y DIAGAST S.A.S. estarán a plena disposición para la*

correcta ejecución del contrato referido en los términos exigidos por el órgano de contratación y por la normativa aplicable.” El hecho de que esta declaración esté suscrita por la misma persona física, no invalida el acuerdo pues lo hace en calidad de presidente de Diagast S.A.S. y de administrador único de Diagast Ibérica, S.L., dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 79.3. de la LCSP.

En consecuencia, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Werfen España (anteriormente Inmucor, S.L.) contra la Resolución, de 23 de noviembre de 2023, de la Directora Gerente del Centro de Transfusión de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos necesarios para la determinación de grupo sanguíneo y anticuerpos irregulares en donantes de sangre”, número de expediente P.A.SUM.008-2023-(A/(SUM-028734/2023).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática, para ambos lotes del contrato, prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2024.01.23 10:16