

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 393/2016

Recurso nº 217/2016

Resolución nº 393/2016

Madrid, 20 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. N. G. H. y D. J. A. G. R. en representación de la entidad BAUSCH & LOMB, S.A., frente a la resolución del Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria de 2 de marzo de 2016 de adjudicación del "Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (implantes intraoculares) para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado" (expediente AM 2015/206), en lo que se refiere al Lote 8 del mismo, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio de licitación publicado en el DOUE de 31 de octubre de 2015 y en el BOE de 7 de noviembre de 2015, así como en la Plataforma de contratación del Estado, se convocó por parte del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) la licitación del "Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (implantes intraoculares) para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado" (expediente AM 2015/206), mediante el procedimiento de adopción de tipo previsto en la Orden Ministerial SSI/1076/2014, de declaración de bienes de contratación centralizada.

El valor estimado del Acuerdo marco es de 13.886.483,17 euros.

Segundo. En el referido procedimiento, la empresa POLYTECH-DOMILENS, SLU, presentó oferta a los lotes 1, 2, 3, 5, 8 y 9, mientras que la aquí recurrente lo hizo respecto de los lotes 2, 2 con dos variantes, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 8 variante y 9.

Tal y como se establece en la cláusula 1.2.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP):

“El presente acuerdo marco establece las condiciones que se aplicarán, durante el plazo de vigencia, para la entrega sucesiva de los bienes enumerados en el ANEXO IV a los participantes anteriormente referidos, fijando un precio unitario, sin que el número total de unidades esté definido, por estar subordinado a las necesidades de los adquirentes y sin que los contratistas puedan exigir cantidades determinadas o importes mínimos como condición de suministro.

El suministro a contratar se fraccionará en los lotes que se detallan en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el ANEXO IV del presente Pliego, constituyendo el objeto de cada lote una unidad funcional susceptible de adjudicación y contratación independiente.

La adjudicación del acuerdo marco determinará los suministradores a quienes se adquirirán los bienes por los anteriormente mencionados órganos de contratación de las entidades participantes mediante los contratos derivados que posteriormente se formalicen”.

Y, conforme a la cláusula 1.2.2, la contratación de estos productos se desarrollará en dos fases:

“A. Primero, mediante la celebración de un acuerdo marco con varios empresarios, por el que se seleccionan las empresas y se fijan los precios unitarios de las unidades a suministrar en cada lote.

B. Segundo, mediante los contratos derivados del acuerdo marco, tramitados posteriormente por las entidades anteriormente referidas para la adquisición efectiva de los bienes, de conformidad con las bases establecidas en los pliegos del acuerdo marco y con el procedimiento establecido en el artículo 198.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Por lo que se refiere al desarrollo de la licitación, y en lo que aquí interesa, cabe indicar que, tras examinar la documentación presentada por los licitadores, la mesa de contratación acordó en sesión celebrada el 18 de enero de 2016 admitir a una y otra empresa a la licitación de, entre otros, el Lote 8 (tan solo quedó excluida POLYTECHDOMILENS, SLU en lo que se refiere a los lotes 1 y 2, y la recurrente del lote 4, por las razones que constan en las actas de las distintas reuniones de la mesa).

Mediante escrito fechado el 15 de febrero de 2016 el licitador aquí recurrente solicitó acceso a la documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional presentada por los licitadores en el sobre A, ante las dudas que manifestaba acerca de que la mercantil POLYTECH DOMILENS, S.L., la hubiera podido acreditar debidamente. Posteriormente se aclara, a requerimiento del órgano de contratación, que la solicitud se refiere exclusivamente a este concreto licitador.

Consta en el expediente, en relación con esta petición, escrito fechado el 4 de marzo de 2016 y suscrito por representante de POLYTECH DOMILENS, S.L. manifestando “que toda la información facilitada a Ingresa en los sobres del expediente AM 2015/2016 es confidencial y únicamente destinada a la mesa de contratación por lo que nos oponemos a que sea facilitada a cualquier otra empresa o persona que la pueda solicitar”.

La petición de acceso es desestimada mediante acuerdo del Organismo contratante de fecha 21 de marzo de 2016, en el que se alude en primer término a la cláusula 8.1 del PCAP, donde se establece la confidencialidad de la información que los empresarios hayan designado, viniendo a reflejar lo establecido tanto en el artículo 140 como en el 153 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Y partiendo de ello se razona como sigue:

“Analizada la documentación acreditativa de solvencia técnica exigida en los Pliegos y la aportada por la empresa POLYTECH DOMILENS, S.L. resulta que dicha comercial aporta relación de los principales suministros con indicación no sólo del importe global anual suministrado, sino que figuran datos sobre nº de unidades y precios unitarios de dichas operaciones de venta. Además todos estos contratos se realizan con entidades privadas.

En sede del procedimiento en tramitación, se tiene que hacer constar igualmente que esas acreditaciones de solvencia técnica fueron analizadas por la Mesa de Contratación del INGESA, y por la misma se consideraron adecuadas a los efectos, en este caso, del Lote nº 8, motivo por el que esta empresa continuó en el procedimiento y llegó a obtener la adjudicación en el Lote citado.

Una reciente Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales (Res. 916/2015) ha procedido a analizar la problemática de la confidencialidad de la documentación personal de las empresas y la documentación referida a su solvencia, llegándose a la conclusión de que siempre que se trate de informaciones accesibles al público, esto es, datos que se encuentren disponibles en el Registro Mercantil (por ejemplo, escrituras, objeto social), o bien datos que deben ser publicados por las Administraciones (adjudicaciones y / o formalizaciones de contratos), que incluyen en términos generales la identificación de la empresa contratista, se trata de informaciones sobre las que no existe un deber de sigilo por parte de la Administración.

En cambio, en caso de servicios o suministros prestados a particulares, el propio Tribunal manifiesta sus dudas en cuanto que los datos sobre la clientela, en determinadas circunstancias, se han entendido comprendidas en el secreto de empresa, por ello cabe entender que en el presente supuesto se dan estas circunstancias que implican una especial tutela, en tanto que no se trata de una mera relación de clientes, sino una serie de datos sensibles de protección frente a la posibilidad de que los mismos puedan ser comunicados a un posible competidor.

Por último, se señala por parte del Servicio Jurídico, que el derecho a la legítima defensa por quien solicita estas informaciones no queda perjudicado por lo que indica el artículo 46.5 del Texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público sobre compatibilidad del derecho a confidencialidad, equilibrado con el derecho de protección jurídica efectiva de los demás interesados.”

Tercero. La adjudicación de los distintos lotes del Acuerdo marco se produce mediante resolución de 2 de marzo de 2016 del Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, debiendo reseñarse aquí, a la vista del objeto del recurso, que la mercantil POLYTECH DOMILENS SLU resulta adjudicataria de los Lotes 3, 5, 8 y 9.

Cuarto. Contra dicho acuerdo de adjudicación, notificado el 8 de marzo de 2016, y en lo que respecta exclusivamente a la adjudicación del Lote 8, se interpone por parte de BAUSCH & LOMB, S.A. recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2016, habiéndose formulado asimismo el anuncio previo del recurso el día anterior, 21 de marzo.

Manifiesta el recurrente como, después de haber tenido lugar la fase de apertura de las ofertas económicas del procedimiento, solicitó de la mesa de contratación el acceso al expediente, al dudar sobre la capacidad de la casa comercial POLYTECH-DOMILENS, S.L. para acreditar debidamente la "Solvencia técnica o profesional" conforme a las exigencias establecidas en el punto 2.8.1.10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En dicho escrito, ante la hipotética necesidad de elaborar una argumentación lo bastante rigurosa y fundamentada en caso de realizar una reclamación basada en la duda expuesta anteriormente, se solicitaba el acceso a la documentación acreditativa de la "Solvencia técnica o profesional" presentada por los licitadores en el Sobre A ("CAPACIDAD PARA CONTRATAR"). Tras recibir contestación al citado escrito, solicitando que se aclarara la empresa a cuya documentación se pretendía acceder, se remitió un nuevo escrito indicando que su solicitud de acceso se ceñía a la documentación presentada por la compañía entes referida.

Con fecha 21 de marzo de 2016 el recurrente recibió respuesta denegando la referida solicitud de acceso a la documentación obrante en el expediente, bajo el argumento de la confidencialidad de los documentos aportados para participar en la licitación, lo cual, considera el recurrente que le incapacita para elaborar un recurso debidamente argumentado frente a una resolución de adjudicación que estima posiblemente viciada.

Tras estas consideraciones, y en lo que se refiere a la clasificación de la empresa POLYTECH-DOMILENS, S.L. como adjudicataria del Lote 8, el recurrente se refiere a los requisitos de solvencia económica y financiera, así como de solvencia técnica o profesional, establecidos en el pliego. Así, en cuanto a la solvencia técnica o profesional, se indica en el mismo que se deberán relacionar los principales suministros, de objeto similar al de esta contratación, realizados en los últimos tres años incluyendo, importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. El valor global de estos contratos deberá ser, para cada uno de los lotes, igual o superior al de su correspondiente presupuesto estimado de licitación (impuestos excluidos) y la suma total del importe de estos contratos deberá ser igual o superior a la suma del total de los presupuestos estimados de los lotes en los que participe.

A la vista de ello, y de que tan solo la suma del presupuesto estimado de licitación (impuestos excluidos) del lote 8 asciende a 3.888.637,97 €, el recurrente, quien manifiesta conocer especialmente bien el mercado sanitario de la oftalmología, alberga la duda razonable de que POLYTECH-DOMILENS, S.L. pudiera haber acreditado la solvencia técnica exigida, en base a su percepción de baja presencia en el mercado de esta compañía teniendo en cuenta además su reciente incorporación al mismo, pues, según se afirma, se constituyó en noviembre de 2014.

Se abunda en lo anterior indicando que además del Lote 8, POLYTECH-DOMILENS, S.L. presentó oferta para los Lotes 1, 2, 3, 5 y 9, cuyos presupuestos estimados (junto con el del Lote 8) alcanzan la cifra de 9.747.521,37€ en el plazo de ejecución del contrato (2 años). Y, según los Pliegos de la convocatoria, debería haberse acreditado la solvencia técnica mediante certificados referentes a suministros de objeto similar para cada uno de los lotes de forma independiente y dichos suministros debían ser, para cada uno de los lotes, iguales o superiores al de su correspondiente presupuesto estimado de licitación siendo la suma total igual o superior a la suma del total de los presupuestos estimados de los lotes en los que participe.

A renglón seguido, manifiesta el recurrente que, no obstante su sospecha, ante la denegación del acceso a la documentación se ve en la imposibilidad de acreditar tal extremo y centrar su recurso en la incapacidad para contratar resultante de la falta de acreditación de solvencia técnica por parte de aquella compañía. Considera, en este sentido, que la negativa a permitir el acceso a la documentación del expediente, fundamentada únicamente en su carácter confidencial, contradice la normativa de aplicación y la doctrina de este Tribunal acerca de la extensión de la obligación de confidencialidad que afecta con carácter general a los órganos de contratación en relación con las ofertas de los licitadores, la cual, según afirma el recurrente, no podría extenderse en ningún caso a la integridad de la oferta ni tampoco a la totalidad del expediente de contratación.

Cita en apoyo de su postura la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 24/2013, de 13 de febrero, así como el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. También alude a distintas resoluciones en las que se contiene la doctrina de este Tribunal sobre la materia.

Considera el recurrente en este punto que es necesario confirmar si la declaración de confidencialidad de los documentos aportados para acreditar la solvencia técnica en el expediente de referencia se produjo al momento de licitar (esto es, inicialmente) o solo en un momento posterior, que es lo que parece haber ocurrido según el recurrente, dado que, a requerimiento del órgano de contratación, POLYTECH-DOMILENS, S.L. envió un documento fechado el 4 de marzo en tal sentido.

Añade a lo anterior que si las sospechas que alberga acerca de la solvencia técnica o profesional del referido licitador quedasen suficientemente respaldadas, en ningún caso la compañía citada debería haber resultado adjudicataria del procedimiento.

En razón de las consideraciones reseñadas, concluye el recurrente interesando que se resuelva:

“1. La orden al órgano de contratación para que ponga a disposición de esta parte la documentación cuyo acceso ha sido solicitado al objeto de poder comprobar que la fase de admisión de ofertas y, consecuentemente, la posterior clasificación de las mismas y la adjudicación final del procedimiento se han realizado conforme a derecho y, en concreto, según lo establecido en los pliegos de la convocatoria.

2. Otorgar un plazo prudente a esta parte para que, de considerarlo oportuno a la vista de los documentos obrantes en el expediente, pueda ejercer con garantías su derecho de defensa mediante una reclamación debidamente fundamentada y en la que se pueda entrar en cuestiones de fondo. O bien, si el Tribunal decidiera entrar a valorar la documentación y, por tanto, la solvencia técnica exigible a POLYTECH-DOMILENS, S.L., y comprobara que la misma no es suficiente, anular definitivamente la adjudicación del lote 8 y, de acuerdo con lo argumentado en el fundamento de derecho 5º de este recurso, inadmitiera la oferta de POLYTECH-DOMILENS, S.L. respecto del lote 8, valorándose de nuevo con exclusión de la misma y procediendo a adjudicarse a las ofertas que cumplan con lo establecido en los pliegos de la convocatoria”.

Quinto. El órgano de contratación ha evacuado el informe sobre este recurso previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se comienza señalando que, tal y como consta en actas de la mesa de contratación de fechas 18 de diciembre de 2015 (análisis de documentación personal), 18 de enero (análisis de subsanaciones recabadas) y 25 de enero de 2016 (apertura del sobre C), del análisis de la documentación aportada para el procedimiento por parte de la firma POLYTECH DOMILENS, S.L. no surge inconveniente alguno, siendo admitida a trámite y, por tanto procediéndose a la apertura del sobre de oferta económica.

En concreto, se apunta que “esta empresa, en lo referido a la solvencia técnica aportaba relaciones de contrataciones privadas con indicaciones de Cliente, unidades servidas en cada año, precio unitario, producto concreto suministrado e importe total de la operación. Estas relaciones se centraron en los Lotes 1, 2 y 3, 5 y 8 y Lote 9 (tres relaciones)”, suscritas por el Director General de Polytech-Domilens GmbH.

A su vez, consta en la documentación otra declaración de la misma persona en donde se alude que la firma Polytech-Domilens GmbH acredita con sus resultados la solvencia económica y técnica de su filial en España, Polytech-Domilens, S.L., adjuntando un balance de cuentas anuales de 2014 de Polytech GmbH traducido.

En consecuencia, se indica que, teniendo en cuenta la acreditación de solvencia a través de medios externos, esta documentación fue conformada por la mesa de contratación.

En cuanto a la solicitud de acceso al expediente del recurrente, se pone de relieve que se solicitó informe de la asesoría jurídica, del que resultó la negativa a la puesta a disposición de la documentación “cuando estamos hablando de solvencia acreditada a través de relación de clientes privados que cuenta con informaciones como las indicadas que deber ser objeto de especial tutela frente a empresas competidoras”.

En este punto, se indica que:

“Con independencia de lo indicado en los artículos 140 y 153 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el acuerdo denegatorio citaba una reciente Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales (Res. 916/2015) que analiza la problemática de la confidencialidad de la documentación personal de las empresas y la documentación referida a su solvencia, llegándose a la conclusión de que siempre que se trate de informaciones accesibles al público, esto es, datos que se encuentren disponibles en el Registro Mercantil (por ejemplo, escrituras, objeto social), o bien datos que deben ser publicados por las Administraciones (adjudicaciones y / o formalizaciones de contratos), que incluyen en términos generales la identificación de la empresa contratista, se trata de informaciones sobre las que no existe un deber de sigilo por parte de la Administración.

En cambio, en caso de servicios o suministros prestados a particulares, el propio Tribunal manifiesta sus dudas en cuanto que los datos sobre la clientela, en determinadas circunstancias, se han entendido comprendidos en el secreto de empresa.

La cuestión es que este instituto (con previo asesoramiento jurídico) consideró que en el caso concreto debe entenderse que se producen las circunstancias que implican una especial tutela, en tanto que no se trata de una mera relación de clientes, sino una serie de datos sensibles de protección frente a la posibilidad de que los mismos puedan ser comunicados a un posible competidor.

En el caso concreto, la empresa POLYTECH, en el propio sobre plasmó que su apertura queda reservada a la Mesa de Contratación, lo que supone en cierto modo una voluntad indirecta de indicar que es

documentación confidencial, lo que no impide que el órgano de contratación adopte la decisión que proceda, tal y como consta en los antecedentes que cita el recurrente”.

Se muestra conformidad en que no se puede considerar toda la oferta (o parte de ella) confidencial, sino que debe ser resuelto el posible conflicto de intereses con la adecuada proporcionalidad entre el derecho a la información y el deber de sigilo o protección de secretos comerciales o industriales, estimándose en este informe que, respecto de la información sobre relaciones de clientes privados, que es el caso concreto, se genera la duda de si es información que debe ser tutelada o no, cuestión que se sólo se resuelve a la vista del caso concreto, con los datos concretos que contenga esa información y con el adecuado equilibrio o proporcionalidad, tal y como se estima que ha sido la resolución ofrecida en este caso.

En consecuencia, se solicita la desestimación del recurso presentado en todos sus términos, sin que resulte procedente poner a disposición del interesado la documentación que se ha considerado confidencial.

Sexto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado este trámite.

Séptimo. Con fecha 31 de marzo de 2016 la Secretaría de este Tribunal, por delegación de éste, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación de los Lotes 4, 7 y 8, producida como consecuencia de lo dispuesto en el art. 45 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP (recursos nº 215, 216 y 217/2016).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartado 1, del TRLCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP, al referirse a la adjudicación de un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada. Asimismo, se impugna un acto susceptible de este recurso como es el acuerdo de adjudicación (art. 40.2.c) TRLCSP).

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso. Asimismo, se ha aportado copia del anuncio previo previsto en el art. 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha participado en el Acuerdo marco y ha resultado asimismo adjudicatario del Lote 8 al que se refiere el recurso, disponiendo de interés legítimo en cuestionar la adjudicación a otro de los licitadores vista la mecánica de este procedimiento, con ulterior adjudicación de los contratos derivados a favor de los seleccionados en la adjudicación del Acuerdo marco.

Quinto. Como ya se ha adelantado al reflejar la fundamentación del recurso interpuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, la primera y esencial cuestión que se plantea en el mismo viene referida al reconocimiento del derecho de acceso a la documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional presentada por los licitadores en el sobre A, esto es, relación de los principales suministros de objeto similar al de la contratación realizados en los últimos tres años y certificados expedidos por entes del sector público o sujetos privados acreditativos de los referidos suministros.

No se trata, en definitiva, sino de resolver la tensión existente entre el derecho del licitador recurrente a acceder a la documentación obrante en el expediente de contratación y el derecho del resto de licitadores a mantener el secreto de la información confidencial incorporada a sus ofertas.

En el caso del PCAP del procedimiento que nos ocupa, se establece una cláusula de confidencialidad (cláusula 8.1), indicándose que:

“Los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”.

Puede comprobarse como no se trata sino de la reproducción del inciso final del art. 140.1 del TRLCSP, en cuyo análisis nos detendremos seguidamente.

La petición de acceso formulada por el recurrente y desestimada por el Organismo contratante, y sobre la que se insiste en el presente recurso, a fin de poder fundamentar adecuadamente el mismo, viene referida, como hemos anticipado a la documentación acreditativa de la solvencia técnica, a incluir por los licitadores dentro del sobre A de sus proposiciones. A tal respecto, en la cláusula 2.8.1.10 del PCAP se establece lo siguiente:

“Las empresas licitadoras deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional según lo expresado en los párrafos siguientes. La acreditación de esta solvencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 del TRLCSP, 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.

Solvencia económica y financiera:

Deberá acreditar una cifra global de negocios en cada uno de los dos últimos ejercicios disponibles, en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, igual o superior a la suma del presupuesto estimado de los lotes a los que participe (impuestos excluidos).

- Solvencia técnica o profesional:

Se deberán relacionar los principales suministros, de objeto similar al de esta contratación, realizados en los últimos tres años incluyendo, importe, fechas y el destinatario público o privado, de los mismos. El valor global de estos contratos deberá ser, para cada uno de los lotes, igual o superior al de su correspondiente presupuesto estimado de licitación (impuestos excluidos) y la suma total del importe de estos contratos deberá ser igual o superior a la suma del total de los presupuestos estimados de los lotes en los que participe.

Al efecto, los suministros efectuados se acreditarán:

- Cuando el destinatario sea una entidad del sector público mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente

- Cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

Para una mayor concreción en la acreditación de la solvencia, esta deberá efectuarse de la siguiente forma:

1. Se presentará separadamente la documentación relativa a la solvencia técnica de cada lote al que se licita, con expresión del importe de licitación del lote correspondiente y del importe totalizado de los suministros efectuados en los últimos 3 años.
2. Se deberán aportar en relaciones independientes, los suministros cuyos destinatarios sean entidades del sector público y los suministros cuyo destinatario sea un sujeto privado”.

Sexto. Planteada así la controversia a resolver, hemos de partir, de acuerdo con lo expuesto por este Tribunal en la resolución 62/2012, de 29 de febrero, del principio conforme al cual en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

A estos efectos, la obligación de confidencialidad prevista en el artículo 140 TRLCSP no puede afectar a la totalidad de la documentación presentada por los licitadores, habida cuenta de que el propio artículo garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores.

En particular, habremos de valorar si se ha justificado adecuadamente por el órgano de contratación que la documentación cuyo acceso ha sido denegado al recurrente afecte a secretos técnicos o comerciales o se corresponda efectivamente con aspectos confidenciales de la oferta, para lo que habremos de partir de la ya consolidada doctrina que este Tribunal ha sentado acerca de esta materia.

Así, en la Resolución nº 1/2016, de 12 de enero, señalábamos que el principio de transparencia, reconocido en la Directiva 2004/18/CE y en la reciente Directiva 2014/24/UE, y que rige durante todas las fases del procedimiento de licitación (Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99), tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (Sentencia del TJUE, Sala Quinta, de 16 de abril de 2015 –asunto C-278/14-) o, dicho en otros términos, controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 4 de diciembre de 2003 –asunto C448/01-). Desde esta perspectiva, parece claro que el derecho de consultar la documentación obrante en el expediente, y en particular las proposiciones de los licitadores concurrentes a la licitación, o los informes técnicos incorporados al expediente, es consecuencia necesaria del mencionado principio de transparencia.

En cuanto al alcance de la obligación de confidencialidad impuesta a los órganos de contratación respecto de la información proporcionada por los licitadores concurrentes en el procedimiento de licitación, que puede entrar en concurrencia con el principio de transparencia y, en particular, con el derecho de defensa de los licitadores que no han resultado adjudicatarios y que, en tal sentido, opera como límite, según se ha señalado, al derecho de acceso por parte de los licitadores a la información obrante en el expediente, este Tribunal se ha venido pronunciado en reiteradas ocasiones sobre esta cuestión. De nuestra doctrina formulada en relación con las situaciones de conflicto entre ambos derechos –derecho de acceso a la información y derecho a la no divulgación de la información confidencial- cabe destacar las siguientes conclusiones:

- Ante la situación de conflicto entre los dos derechos apuntados, debe buscarse el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 829/2025 o 343/2015).

- La información cuya confidencialidad se preserva se ciñe a aquélla que, dentro de la que haya sido proporcionada por el licitador, haya sido expresamente calificada por éste como confidencial, de manera que las empresas licitadoras quedan vinculadas por la propia declaración de confidencialidad que efectuaron al formular su oferta.

- La vinculación a la declaración de confidencialidad no alcanza al órgano de contratación, que debe examinar las ofertas presentadas y decidir qué partes de las mismas son verdaderamente confidenciales y cuales otras pueden ser revisadas por el resto de licitadores, en orden a la formulación de un recurso fundado. Debe tenerse en cuenta que la materia genuinamente confidencial son los secretos técnicos o comerciales, por ejemplo propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias (en este sentido, JCCA de Aragón, Informe 15/2012, de 19 de septiembre).
- No son admisibles declaraciones de confidencialidad de carácter global, que alcancen a la totalidad de la oferta de manera indiscriminada, pudiendo considerarse las mismas abusivas.

En esta misma línea, en la Resolución nº 19/2016, de 15 de enero, analizábamos la normativa aplicable a esta cuestión así como los distintos pronunciamientos de los tribunales competentes. En primer lugar el artículo 140 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece a este respecto lo siguiente: “1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.”

Este precepto consagra el denominado principio de confidencialidad bidireccional, que en la vertiente relativa a la información suministrada por el contratista garantiza la protección de los secretos técnicos o comerciales y de los aspectos confidenciales de las ofertas, de modo que el órgano de contratación debe respetar esa información y no divulgarla. Sin embargo, como señala el propio precepto, este principio está matizado por las disposiciones relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores a los efectos de poder fundar suficientemente su recurso, de modo que debe existir un equilibrio razonable y prudente entre estos dos principios de la contratación pública.

En segundo lugar el artículo 153 de la Ley, que hace referencia a la Información no publicable, establece lo siguiente: “El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el art. 13.2.d).”

Este precepto es plenamente congruente con el mencionado artículo 140, e incluso alcanza más allá en la determinación de las condiciones bajo las cuales debe darse acceso a la información de las ofertas pues, por una parte, al decir que el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación, está partiendo de una suerte de regla general y básica que es que debe darse información suficiente a los demás licitadores en aras a mantener incólume el principio de transparencia; y por otro lado, al exigirse una justificación suficiente en el expediente, está positivamente exigiendo al órgano de contratación que manifieste su opinión acerca del carácter de la documentación en cuestión.

Estas disposiciones son también congruentes con el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

Tal y como concluíamos en la resolución que venimos citando, a la vista de estas consideraciones resulta evidente que será menester acudir a cada caso concreto y a la documentación declarada confidencial por el licitador para determinar si se ha guardado un prudente equilibrio en la fijación de la documentación cuyo acceso estará vedado para el resto de los licitadores.

Y, dado que en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario, deberá existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitador, el que solicita el acceso y el que se opone al mismo, pues ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad. En esta línea la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010 relativo a la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140.1 Texto

Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) señaló que este precepto había que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: 1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado preferir una oferta y descartar las restantes. 2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso. 3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad, a lo que debe añadirse, a juicio de este Tribunal, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación, tal y como ha sucedido en el caso que aquí nos ocupa.

En todo caso, el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración del licitador sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores, de forma motivada. Tal y como señalábamos en la Resolución 19/2016, cuyos argumentos venimos reiterando, se debe identificar qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente. A esta razón se añade que la puesta de manifiesto del expediente está prevista expresamente en la actualidad en la regulación del trámite del recurso especial (artículo 19 del RD 814/2015) y también en el art. 35 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, evidentemente aplicable con carácter general. Además, el principio de publicidad y transparencia propio la contratación administrativa exige que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea, como antes concluimos, la regla general y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción. Por ello, el órgano de contratación que asume la restricción del principio de publicidad ha de poner especial cuidado y énfasis en aplicar la confidencialidad como excepción y en justificar adecuadamente la limitación del acceso.

Por esta razón, este Tribunal ha declarado repetidamente, por ejemplo, en su resolución nº 592/2014, que esta obligación de confidencialidad no puede ser tan genérica que afecte a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, y ello es así porque el propio artículo 140.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público garantiza que este deber de confidencialidad no perjudique el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores. En la Resolución 45/2013, de 30 de enero entendió este Tribunal que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo

6.4 del Código Civil. Y en la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que “puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado.” Esta tesis se ve ratificada, entre otras, por la

Sentencia del TJCE (Sala 3ª) de 14 febrero 2008 en la que se declara que la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes y, en particular, la entidad adjudicadora. Igualmente afirma que “Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.”

Esta doctrina debe ser aplicable a los supuestos en que se haya impedido el acceso a cualquier documento, incluidos los elaborados por la Administración, en que se haga referencia, aunque sea indirecta, a cualquier aspecto de la oferta técnica del licitador. Siendo evidente que dentro de la oferta técnica puede haber elementos protegidos por la excepción de confidencialidad, no lo es menos que asimismo puede y debe haber otros que no lo estén.

Teniendo en cuenta esta doctrina, ya recogida con detalle en la resolución que venimos citando, el órgano de contratación debe realizar un esfuerzo suficiente para delimitar qué partes de la documentación técnica del licitador era realmente confidencial. De no hacerlo, se vulneraría el derecho de acceso a información suficiente para interponer un recurso especial debidamente fundado, limitando el derecho de defensa del licitador y causándole una patente y evidente indefensión.

Séptimo. Si trasladamos estas consideraciones a las circunstancias que son objeto del presente recurso, donde se ha denegado el acceso a la documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional de uno de los adjudicatarios del Lote 8, habremos pues de valorar si, de una parte, la justificación ofrecida por el órgano de contratación resulta suficiente, en los términos previamente apuntados, para sustentar la denegación del acceso a dicha documentación, y, de otra, y en íntima conexión, si realmente la documentación en controversia reviste la confidencialidad impeditiva del acceso.

A este respecto, cabe aludir a las consideraciones realizadas por este Tribunal en la Resolución nº 916/2015, de 9 de octubre de 2015, en la que, tras recoger la doctrina que hemos venido sentando sobre esta cuestión, y en el concreto aspecto relativo a la documentación a la que, a priori, pueda alcanzar por su propia naturaleza la condición de confidencial, señalábamos que el deber de sigilo o reserva sólo puede predicarse respecto de aquellas informaciones que no son accesibles al público (cfr.: artículo 39 del Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 15 de abril de 1994, relativo a los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio), de manera que no es posible negar el acceso a documentos que de otra forma pueden ser consultados por terceros. Desde esta perspectiva, afirmábamos allí, ninguna de la documentación exigida en los Pliegos en orden a la acreditación de la capacidad o de la solvencia puede beneficiarse de las restricciones que contempla el artículo 140.1 TRLCSP, pues toda ella es pública, lo que impide, según hemos visto, que pueda ampararse en el secreto comercial o técnico. Ello es desde luego claro con respecto a la escritura de constitución o a sus modificaciones desde el momento en que el Registro Mercantil (en el que una y otra deben inscribirse) es público. Y, seguíamos razonando, lo mismo debe decirse respecto de la cifra del volumen de negocios, que es un dato que consta en las cuentas anuales de las sociedades mercantiles, que han de ser depositadas en el Registro Mercantil y que son objeto de publicidad a instancia de cualquier persona mediante certificación o mediante copia de los documentos depositados.

Llegamos así al punto clave de nuestra controversia, esto es, lo relativo a la relación de servicios prestados que se contempla como medio para justificar la solvencia técnica. Decíamos en la referida Resolución 916/2015 que “es criterio de este Tribunal el que aquella tampoco, al menos en principio, cabe sustraerla al conocimiento de los interesados que concurrieron al procedimiento de licitación. Desde luego, ello es evidente cuando se trata de trabajos que hayan tenido como destinatarias a Administraciones Públicas o a otras entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del TRLCSP, pues, aunque se pueda restringir la difusión de información relativa a la adjudicación (artículos 153 y 154 TRLCSP), ello no afecta nunca al sentido en que aquella se ha dictado, esto es, a la identidad del adjudicatario, que debe ser siempre publicada (artículos 1, 53.2, 140.1, 154, 190.1.b), 334.1 TRLCSP), al margen, huelga decir, de los casos excepcionales comprendidos en la legislación de secretos oficiales. La única duda podría suscitarse respecto de los servicios prestados a particulares, pues los datos sobre la clientela, en determinadas circunstancias,

se han entendido comprendida en el secreto de empresa (cfr.: Auto TJCE de 30 de marzo de 1982 –C-236/81-). Con todo, y como quiera que el listado de clientes no merece, en principio, dicha calificación (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 29 de octubre de 1999 –Roj STS 6775/1999-), el mantenimiento de la reserva sobre dicha información habría exigido algo más que la simple declaración de confidencialidad formulada por el licitador –que aquí no consta, se insiste-, precisando la justificación ya de que, por razón del contexto, debe ser comprendido en el concepto de secreto empresarial, ya de que concurre un interés que legitime la restricción de los derechos de defensa que tal medida lleva consigo.”

En nuestro caso, y conforme pone de manifiesto el informe del órgano de contratación, la denegación del acceso a la información solicitada viene sustentada en la referencia a que, en caso de servicios o suministros prestados a particulares, cabe entender que los datos sobre la clientela, en determinadas circunstancias, pueden estimarse comprendidos en el secreto de empresa. Sobre tal base, se consideró que en el caso concreto debe entenderse que se producen las circunstancias que implican una especial tutela, en tanto que no se trata de una mera relación de clientes, sino una serie de datos sensibles de protección frente a la posibilidad de que los mismos puedan ser comunicados a un posible competidor.

Más en concreto, se tiene especialmente en cuenta que el licitador en cuestión aporta relación de los principales suministros (realizados por su empresa matriz, según veremos) con indicación no sólo del importe global anual suministrado, sino que figuran datos sobre número de unidades y precios unitarios de dichas operaciones de venta, tratándose además de contratos se realizan con entidades privadas.

Advertimos así, en primer término, como el órgano de contratación, efectivamente, no ha acogido sin más la genérica declaración de confidencialidad del conjunto de su oferta manifestada por dicho licitador en el escrito de 4 de marzo de 2016, razonando el motivo de considerar como confidencial la concreta documentación respecto de la que se solicitó el acceso por parte del licitador aquí recurrente.

Nos corresponde aquí determinar, por tanto, si efectivamente cabe calificar como confidencial la información a la que se refiere la controversia, analizando su contenido. Se trata, conforme apunta el órgano de contratación, de relación de suministros efectuados a entidades privadas por parte de la empresa Polytech Domilens, GmbH. Tal y como apuntábamos en la previamente citada Resolución 916/2015, los datos sobre la clientela, en determinadas circunstancias, se han entendido comprendida en el secreto de empresa, debiendo analizarse si aquí concurren efectivamente circunstancias que hagan merecedora de tal consideración a la relación de suministros en cuestión.

Ciertamente, en este caso la relación de suministros aportada (relativa a Polytech Domilens, GmbH, cuyo representante manifiesta tratarse de la matriz de la empresa licitadora) incluye datos que deben calificarse como sensibles, cuales son los precios unitarios aplicados en cada contrato, lo que otorga sentido a la apreciación de confidencialidad del órgano de contratación.

En efecto, se trata de información de un evidente valor económico para la empresa, pudiendo suponer una ventaja competitiva frente a los competidores que desconocen su política de precios, la cual lógicamente es de conocimiento interno, no teniendo carácter público. Debe pues considerarse esa información relativa a los precios unitarios aplicados para cada uno de los distintos suministros, a los efectos que nos ocupan, como información amparada por el secreto comercial, y, por tanto, confidencial frente al resto de licitadores.

En este primer aspecto del recurso, por tanto, y sin perjuicio de lo que seguidamente se matizará, este Tribunal se muestra conforme con la apreciación del Organismo contratante en cuanto a la confidencialidad de la información recogida en la documentación relativa a la solvencia técnica del licitador en cuestión.

Octavo. En todo caso, y visto que en el recurso se solicita en última instancia una valoración de este Tribunal acerca de la efectiva acreditación de la solvencia técnica que se discute, hemos de avanzar en nuestros razonamientos hacia el análisis de esta cuestión.

A tal respecto, se advierte una circunstancia que, omitida por el órgano de contratación en su acuerdo desestimatorio del acceso a la documentación, permite un adecuado enfoque de la controversia acerca de la suficiencia de la solvencia técnica del licitador cuestionado. Se trata, como hemos anticipado, de que la relación de suministros no venga referida al propio adjudicatario, POLYTECH DOMILENS, S.L., sino a la empresa que afirma ser la matriz de ésta, POLYTECH DOMILENS GMBH, manifestando en su informe el órgano de contratación que se tuvo ello por suficiente para acreditar la solvencia atendiendo a la posibilidad de justificarla por medios externos, como permite el pliego y el art. 63 del TRLCSP.

Obviamente, si este dato se hubiera puesto en conocimiento del licitador aquí recurrente (junto con los importes globales de los suministros incluidos en la relación aportada, puesto que, según hemos apuntado, la confidencialidad se justifica por la inclusión allí de los precios unitarios de cada suministro) en la respuesta denegatoria ofrecida a su petición de acceso a esta documentación, ello hubiera permitido una más adecuada fundamentación de su recurso. No olvidemos, en este sentido, que el derecho de acceso al

expediente se encuentra íntimamente ligado con el derecho del licitador recurrente a conocer los datos precisos para poder fundar adecuadamente su recurso, y, que, al margen de la confidencialidad advertida respecto de las circunstancias concretas en cuanto a precios unitarios aplicados a los suministros incluidos en la relación aportada, el órgano de contratación pudo y debió facilitar al licitador aquí recurrente, que había pedido conocer las circunstancias de la documentación acreditativa de la solvencia técnica, la información acerca de los importes totales de los suministros referidos en dicha documentación y, muy especialmente, comunicar el hecho de que vinieran referidos a otra empresa distinta del licitador cuestionado, con expresión, al igual que ahora ha hecho en el informe emitido con ocasión de este recurso, de las circunstancias de la relación entre ambas mercantiles.

Ello no obstante, y en cualquier caso, lo cierto es que a la vista del expediente este Tribunal dispone de datos suficientes para resolver la controversia de fondo, esto es, la que gira en torno a la efectiva acreditación de la solvencia técnica, sin merma del principio de congruencia, al venir ya cuestionada en el recurso interpuesto, donde se solicita que, para el caso de que el Tribunal decidiera entrar a valorar la documentación y, por tanto, la solvencia técnica exigible a POLYTECH-DOMILENS, S.L., se anule la adjudicación del Lote 8 de no ser suficiente dicha solvencia, inadmitiendo la oferta de POLYTECH-DOMILENS, S.L. respecto del Lote 8.

Tampoco se estima preciso acordar una retroacción del expediente para poner en conocimiento del recurrente este concreto dato acerca de la empresa a la que se refiere la relación de suministros presentada, puesto que el mismo enlaza en realidad con las sospechas manifestadas por el mismo acerca de que la reciente incorporación al mercado del licitador cuestionado le impediría justificar su solvencia, y, en todo caso, ello conllevaría una innecesaria demora en la resolución del asunto, lo que a nadie favorecería.

Noveno. Aclarado lo anterior, nos corresponde pues valorar si la documentación aportada por Polytech Domilens S.L. resulta suficiente para acreditar su solvencia. Partimos para ello de que, efectivamente, en el Pliego de cláusulas administrativas particulares se permite la acreditación de esta solvencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 del TRLCSP, con base 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.

Tal y como indicábamos en nuestra Resolución nº 152/2013, de 18 de abril:

“La posibilidad de acreditar la solvencia exigida para la celebración de un contrato mediante las condiciones de solvencia y medios de otras entidades es una posibilidad resultante de una novedosa construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, elaborada a través de las sentencias de 14 de abril de 1994 y 18 de diciembre de 1997 (asuntos C-389/92 y C-5/97, Ballast Nedam Groep NV), sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-176/98, Holst Italia) y 18 de marzo de 2004 (Siemens AG). Esta doctrina jurisprudencial ha sido recogida en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 47.2 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia económica y financiera por medios externos y cuyo artículo 48.3 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional por estos medios.

El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que las directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En el caso de la Directiva 2004/18/CE, la transposición se lleva a cabo mediante la promulgación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

El artículo 63 TRLCSP recoge el principio general establecido en los artículos mencionados más arriba, desarrollándose en los artículos 76 y siguientes del TRLCSP para cada modalidad contractual. Por ello, a la vista de lo expuesto y del tenor literal del artículo 47.2 de la Directiva 2004/18/CE, parece que la interpretación que ha de darse al artículo 63 TRLCSP es que el mismo permite la acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora mediante medios externos, debiendo interpretarse la ausencia de referencia en el artículo 75 TRLCSP en el sentido de que no existe una limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo, siempre de conformidad con lo que el órgano de contratación haya establecido en los pliegos aceptados por el licitador.

Ahora bien, la correcta interpretación del artículo 63 exige reconocer que es imprescindible para acreditar la solvencia económica la existencia de una prueba efectiva de que se dispone de esos medios”.

Adicionalmente, en la Resolución nº 531/2013, de 22 de noviembre, precisábamos las condiciones en que la acreditación de la solvencia puede referirse a medios externos, señalando:

“Pero como un “prius” para determinar si la recurrente ha cumplido con la Ley y con el Pliego en orden a justificar la solvencia técnica con medios ajenos en el contrato de suministro, antes que la cuantía, procede

examinar si propiamente cabe acudir a medios ajenos para acreditar la solvencia técnica o profesional del licitador. A estos efectos, cabe citar la resolución de este Tribunal dictada en el expediente 254/2011, en la que se dijo:

“La integración de la solvencia con medios externos debería limitarse a aquellos requisitos de solvencia basados precisamente en la disponibilidad de medios personales o materiales; pero no a aquellos otros ligados a cualidades del propio licitador, tales como la experiencia o la buena ejecución de contratos anteriores.” Igualmente la resolución de este Tribunal dictada en el expediente nº 117/2012: “...aunque el empresario puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP (art. 54 del TRLCSP) para acreditar su solvencia, ha de cumplir asimismo lo previsto en el artículo 43.1 (art. 63 del TRLCSP), por lo que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos, conforme a lo previsto en los artículos 51 y 52, pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público, al incumplir lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP (art. 63 TRLCSP).” Y sigue diciendo más abajo: “A mayor abundamiento, si bien el art (...) 63 TRLCSP recoge el principio general de integrar la solvencia con medios externos, los artículos (...) 76 y ss TRLCSP desarrollan, para cada modalidad contractual, la integración de solvencia técnica. Así el artículo (...) 77 TRLCSP cuando se refiere a la solvencia técnica en los contratos de suministros lo hace por referencia expresa al personal técnico o unidades técnicas, sin que tratándose de la relación de suministros, a la que se refiere en el apartado a) del punto 1 del citado artículo, que es el supuesto aquí planteado, recoja dicha posibilidad.”

Conforme con la anterior doctrina, no cabe en el contrato de suministro del presente recurso, acudir a justificar la solvencia técnica con medios ajenos en su integridad, sin justificar esa solvencia con medios propios ligados a cualidades del propio licitador, tales como la experiencia o la buena ejecución de contratos anteriores, por lo que, la resolución impugnada, al excluir del procedimiento de licitación respecto de los lotes nº 7, 11 y 12, por el incumplimiento de ese esencial requisito es ajustada a Derecho. ¿Qué garantías tiene la Administración de que, en caso de adjudicar el contrato en esos concretos lotes, vaya la sociedad recurrente, futura adjudicataria, a cumplir fielmente el contrato, cuando no ha demostrado que haya hecho ella misma, por sus propios medios, otros contratos de suministro?: Ninguna. Y esa omisión no la puede cubrir con lo que hayan hecho otras sociedades, aunque éstas le firmen un documento por el que se comprometen a aportar sus medios personales y materiales para cumplir el contrato”.

Resulta preciso pues que se acredite un mínimo de solvencia por parte del propio licitador así como que la justificación a través de medios externos venga referida a requisitos de solvencia que puedan colmarse de ese modo.

Insistiendo sobre ello, en nuestra Resolución nº 13/2016, de 12 de enero, incluíamos el siguiente razonamiento:

“Cabe concluir, por lo tanto, a la vista de este precepto, 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 (véase a este respecto Resoluciones de este Tribunal 558/2013, 205/2012, 304/2011, entre otras), extremo que, además, 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 tal y como ya explicó este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución de 4 de abril de 2014 (281/14): 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)”.

Si trasladamos esta doctrina a las circunstancias de nuestro caso, nos encontramos con que la documentación acreditativa de la solvencia de Polytech Domilens S.L. viene referida a la relación de suministros prestados por parte de Polytech Domilens GmbH, así como cuentas anuales de dicha sociedad alemana, acompañándose simplemente un documento suscrito por quien manifiesta ser director general de esta última en el que se declara que “la empresa Polytech-Domilens GmbH acredita con sus resultados la solvencia económica y técnica de su filial en España, Polytech-Domilens SL (...) a razón que la filial española

es de nueva creación y aun no puede acreditar con sus propios resultados las exigencias económicas y técnicas de la licitación pública a la que se presenta”.

A la vista de ello, forzoso será concluir en que la documentación aportada por Polytech Domilens, S.L. resulta insuficiente para acreditar su solvencia. Y ello no ya solo por cuanto la simple declaración de quien se presenta como representante de su empresa matriz no permita tener por suficientemente justificada la efectiva disponibilidad de los medios de esa otra sociedad, sino además, y muy especialmente, por la circunstancia de ser en este caso los medios acreditativos de la solvencia elementos íntimamente vinculados a la propia empresa, al venir referidos, en cuanto a la solvencia técnica, a la experiencia acreditada mediante los suministros realizados en ejercicios anteriores, aspecto que no puede justificarse por la experiencia de otra empresa distinta, máxime cuando, en contra del principio que ya hemos apuntado, el propio licitador no acredita una mínima solvencia propia, remitiéndose íntegramente a la correspondiente a la sociedad alemana de la que es filial. Y lo mismo cabe decir, a mayor abundamiento, y aunque no se cuestione por el recurrente por la falta de información ya resaltada, en cuanto a la solvencia económica y financiera, que no puede justificarse simplemente a través del contenido de las cuentas anuales de la sociedad matriz (ello siempre además en la mejor de las hipótesis para este licitador, esto es, teniendo por cierta esta condición, sobre la que, conviene puntualizar, más allá de la declaración presentada en tal sentido y del indicio que supone la coincidencia en la denominación social, no se aporta documentación justificativa).

En definitiva, y en estricta congruencia con el objeto del recurso interpuesto, la falta de acreditación de la solvencia cuestionada en el recurso ha de conducir a su estimación, anulando la adjudicación con retroacción del expediente de contratación en cuanto al Lote 8 (el respeto al principio de congruencia nos impide hacer pronunciamiento alguno en relación con el resto de lotes adjudicados a este licitador, sin perjuicio de las actuaciones que pudiera estimar procedentes el órgano de contratación a la vista de lo aquí resuelto). Todo ello a fin de que, previa exclusión de la oferta de Polytech-Domilens S.L.U. se proceda a una nueva adjudicación del Lote 8, al que exclusivamente se refiere este recurso, a los licitadores que reúnan los requisitos fijados por los pliegos.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. N. G. H. y D. J. A. G. R. en representación de la entidad Bausch & Lomb, S.A., frente a la resolución del Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria de 2 de marzo de 2016 de adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (implantes intraoculares) para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado” (expediente AM 2015/206), anulando dicho acuerdo en lo que se refiere al Lote 8 y acordando la retroacción del procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior a la adjudicación a fin de que, previa exclusión de la oferta relativa a dicho Lote presentada por el licitador Polytech-Domilens, S.L.U., se acuerde la adjudicación de dicho Lote 8 a favor de aquellos licitadores que cumplan con los requisitos establecidos en los pliegos rectores de la licitación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, en cuanto a dicho Lote 8, producida conforme al art. 45 TRLCSP, de conformidad con lo dispuesto 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.