

Barcelona, 3 d'abril de 2017

Resolució núm.: 62/2017

Vist el recurs interposat per la senyora T.G.O. en nom i representació de la societat MENARINI DIAGNÓSTICOS, SA contra l'adjudicació del lot 3 de l'Acord marc del subministrament agregat de tires reactives i lectors per la mesura de glucosa i cetonèmia en sang de l'Institut Català de la Salut i organismes adherits (expedient CS/CC00/1100611248/17/AM), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 18 d'octubre de 2016 la directora gerent de l'Institut Català de la Salut (ICS) va aprovar l'expedient de contractació, el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (PPT) que regiran la contractació del subministrament agregat de referència, dividit en cinc lots, mitjançant Acord marc amb diversos proveïdors, d'un valor estimat de 54.886.219,88 euros i a adjudicar mitjançant procediment obert i una pluralitat de criteris de valoració de les ofertes.

SEGON. L'ICS havia anunciat prèviament aquest procediment de contractació en el Diari Oficial de la Unió Europea S201, de 16 d'octubre de 2015.

TERCER. La licitació es va publicar en el Butlletí Oficial de l'Estat núm. 255, de 21 d'octubre, en el perfil de contractant el 24 d'octubre i en el Diari Oficial de la Unió Europea S207, de 26 d'octubre de 2016.

La data límit de presentació de les proposicions va ser l'11 de novembre de 2016.

QUART. Contra els plecs que regeixen el procediment de contractació la societat NIPRO EUROPE, SA va interposar dos recursos especials en matèria de contractació; un va ser

estimat parcialment per aquest Tribunal mitjançant la Resolució núm. 184/2016, de 28 de novembre, i el segon va ser desistit per l'empresa recurrent, donant lloc a la Resolució núm. 13/2017, de 20 de gener, d'acceptació del desistiment.

CINQUÈ. Desenvolupats els tràmits de la licitació i la valoració de les ofertes, l'Acord marc es va adjudicar finalment en data 9 de febrer de 2017, recaient determinats articles del lot 3 a favor de l'empresa EXCLUSIVAS DE PASCUAL Y FURIO, SA (d'ara endavant, EXCLUSIVAS).

La resolució d'adjudicació es va notificar per correu electrònic a les empreses licitadores el 13 de febrer de 2017. També en aquesta data es va publicar en el perfil de contractant.

SISÈ. En data 6 de març de 2017, l'empresa licitadora MENARINI DIAGNÓSTICOS, SA (en endavant, MENARINI) va presentar al registre del Tribunal Català de Contractes del Sector públic, prèviament anunciat a l'òrgan de contractació, recurs especial en matèria de contractació contra l'adjudicació del lot 3 a EXCLUSIVAS.

En síntesi, la recurrent sol·licita que es resolgui l'adjudicació al seu favor després de retrotraure les actuacions al moment procedimental corresponent per tal que es prengui en consideració que l'adjudicatària EXCLUSIVAS havia de quedar exclosa de la licitació per diversos incompliments dels plecs que regeixen la licitació quant a:

- L'acreditació de la solvència econòmica i financera.
- L'acreditació de la solvència tècnica.
- La manca de presentació del document europeu únic de contractació (DEUC) de l'empresa amb la qual l'adjudicatària es va basar per acreditar els requisits de capacitat i solvència.
- Declaració falsa en el DEUC presentat per l'adjudicatària.
- Marcat de conformitat CE dels productes oferts.
- Compliment de la norma ISO 15197:2013 per l'aparell de mesura ofert.
- Llengua oficial de presentació de l'oferta tècnica.
- Codi EAN dels enviaments dels productes oferts.

La recurrent fonamenta les seves al·legacions en el caràcter vinculant dels plecs com a llei del contracte, de manera que el seu incompliment ha de ser determinant de l'exclusió de l'oferta adjudicatària, i en la vulneració dels principis d'igualtat de tracte i no-discriminació proclamats en els articles 1 i 139 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP), en haver-se adjudicat el lot 3 a una empresa en la qual concorre causa de nul·litat d'acord amb l'article 32 a) del TRLCSP, en relació amb l'article 62.1 e) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i l'actual article 47.1 e) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre.

Juntament amb l'escrit de recurs, MENARINI va acreditar el pagament de l'import de 5.250,00 euros en concepte de taxa per la interposició del recurs.

SETÈ. El procediment de recurs ha seguit els tràmits previstos en els articles 46 del TRLCSP i 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament, així com els preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual.

VUITÈ. El mateix dia de la presentació del recurs, el Tribunal va requerir l'òrgan de contractació perquè li trametés la documentació de l'expedient generada amb posterioritat al darrer recurs especial presentat en aquesta licitació.

Aquesta documentació va tenir entrada al Tribunal el 8 de març de 2017 i es va completar amb l'informe de l'òrgan de contractació el 16 de març de 2017.

NOVÈ. En dates 10, 13 i 30 de març de 2017, el Tribunal va obrir el període d'al·legacions a les parts interessades, segons les dades indicades per l'òrgan de contractació.

Va fer ús del tràmit l'empresa adjudicatària, EXCLUSIVAS, presentant un escrit d'al·legacions mitjançant el qual s'oposa al recurs presentat per MENARINI i en sol·licita la desestimació.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 41.3 del TRLCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. L'Acord marc del subministrament agregat de referència és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.1 del TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha presentat contra l'adjudicació del lot 3 de l'Acord marc, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.2 c) del TRLCSP.

QUART. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies previst a l'article 44.2 del TRLCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

Pel que fa la taxa que l'empresa recurrent va satisfer per la interposició del recurs (5.250,00 euros), cal dir que les característiques configuradores de l'Acord marc de referència determinen, d'acord amb el Text refós de la Llei de taxes i preus públics de la Generalitat de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 3/2008, de 25 de juny, que l'import de la taxa a satisfer hagi de ser, en canvi, de 750,00 euros.

En conseqüència, resulta procedent la devolució a MENARINI DIAGNÓSTICOS, SA de l'excés de taxa satisfet per la interposició d'aquest recurs.

CINQUÈ. El Tribunal aprecia en l'empresa recurrent legitimació activa per a la interposició del recurs i la seva representació ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb els articles 42 i 44.4 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

SISÈ. Amb caràcter previ a l'examen del fons de l'assumpte, i a la vista, entre d'altres, de la pretensió de MENARINI d'adjudicació del contracte al seu favor, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar que la seva funció és estrictament revisora dels actes impugnats i no adjudicadora del contracte, funció que correspon únicament a l'òrgan de contractació.

En efecte, la funció d'aquest Tribunal és simplement revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, Resolucions núm. 35/2012, 1/2013, 24/2013, 7/2014, 39/2014, 53/2014, 33/2015, 36/2015, 123/2015, 201/2015, 82/2016, 98/2016, 125/2016, 134/2016, 161/2016, 6/2017 i 14/2017; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérims/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal de Primera Instància de 24 de febrer de 2000, *ADT Projekt/Comissió*, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec.

P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, apartat 193).

Així, d'existir els esmentats vicis o incompliments en els actes impugnats, d'acord amb l'article 47.2 del TRLCSP aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els competents per dictar els actes corresponents en el decurs del procediment de contractació. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

SETÈ. Entrant a examinar les al·legacions materials del recurs, totes elles giren al voltant de suposats incompliments dels requisits de solvència i els requeriments tècnics prescrits en aquesta contractació per part de l'empresa adjudicatària EXCLUSIVAS.

Com sigui que en aquesta licitació EXCLUSIVAS va basar-se amb les capacitats d'una tercera empresa, I-SENS Inc, per acreditar el compliment d'aquells requisits i que la recurrent MENARINI qüestiona també la validesa d'aquesta concurrència conjunta, resulta necessari amb caràcter preliminar –pel seu caràcter excloent de l'anàlisi de la resta dels motius d'impugnació- abordar aquesta darrera qüestió.

Per situar l'objecte del debat, dir que en aquesta licitació l'adjudicatària hi va concórrer presentant un DEUC en el qual va indicar que no es basaria en les capacitats de terceres empreses per acreditar els criteris de selecció establerts. Aquesta indicació resultava del fet d'estar marcada la casella corresponent “No” de l'apartat C del formulari normalitzat d'aquest document únic.

Malgrat aquesta declaració en sentit negatiu, en la fase posterior d'acreditació dels requisits de solvència, EXCLUSIVAS va presentar per aquesta finalitat una documentació que no era pròpia d'aquesta empresa, sinó d'una tercera: I-SENS, Inc.

Tot i que el DEUC d'EXCLUSIVAS no consta en l'expedient tramès al Tribunal, en cap moment no resulta controvertit en la mesura que els extrems conflictius apuntats són asseverats, reconeguts i defensats en les respectives postures, com es veurà a continuació, per totes les parts que han comparegut en el procediment de recurs.

La recurrent addueix que el DEUC propi de l'empresa tercera, I-SENS Inc, hauria estat de presentació necessària en aquesta licitació, d'acord amb la clàusula 8.1 del PCAP, fins al punt que el fet de no haver-ho fet EXCLUSIVAS en el seu moment i, a més, haver indicat fins i tot en el seu DEUC que no faria ús del recurs a les capacitats de terceres entitats per acreditar el compliment dels requisits, impregnaria aquest document de falsedat.

Per la seva banda, tant l'òrgan de contractació com l'empresa adjudicatària coincideixen a defensar les actuacions practicades en l'expedient sobre la base, fonamentalment, d'un "error insignificant" i no volgut a l'hora d'emplenar el formulari del DEUC.

Centrada així la qüestió, el fons de l'assumpte rau a dilucidar si és correcta l'admissió de l'empresa adjudicatària sobre la base d'haver pretès l'acreditació dels requisits de solvència exigits a través d'una tercera empresa quan en el DEUC inclòs en la seva proposició va indicar que no ho faria així i, per tant, no va presentar en el seu moment el corresponent DEUC per separat de l'empresa amb la qual va basar el compliment dels requisits.

Per resoldre aquesta qüestió, cal analitzar la naturalesa i funcionalitat del document DEUC i els seus requisits de formalització en les licitacions.

El DEUC -document europeu únic de contractació- és un element clau de l'esforç de les directives comunitàries de contractació a reduir en els procediments de contractació les càrregues administratives dels operadors econòmics -en particular, les petites i mitjanes empreses- i dels poders i entitats adjudicatòries, tot simplificant-los i facilitant-los la declaració del compliment dels requisits de selecció i la seva verificació.

D'acord amb el Reglament d'execució (UE) 2016/7 de la Comissió, de 5 de gener de 2016, pel qual s'estableix el formulari normalitzat del document europeu únic de contractació, el DEUC constitueix una declaració dels operadors econòmics interessats que serveix de prova preliminar, en substitució dels certificats expedits per les autoritats públiques o per tercers, mitjançant la qual manifesten formalment que no es troben en alguna de les situacions en les quals hagin o puguin ser exclosos, que compleixen els criteris de selecció pertinents, així com, quan sigui procedent, les normes i els criteris objectius que s'hagin establert amb el fi de limitar el nombre de candidats qualificats als quals es convidi a participar. El seu objectiu és reduir les càrregues administratives que comporta l'obligació de presentar un nombre substancial de certificats o altra documentació relacionada amb els criteris d'exclusió i de selecció en les licitacions públiques.

La Directiva 2014/24/UE del Parlament europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, va considerar, en allò que afecta al cas examinat, que:

"(84) Muchos operadores económicos, y en concreto las PYME, consideran que un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección. Limitar estos requisitos, por ejemplo mediante el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado, podría aportar una simplificación considerable que beneficiaría tanto a los poderes adjudicatadores como a los operadores económicos.

No obstante, el licitador al que se decida adjudicar el contrato debe estar obligado a presentar las pruebas pertinentes y los poderes adjudicatadores no deben celebrar contratos con aquellos licitadores que no puedan hacerlo. Los poderes adjudicatadores deben estar también facultados a

solicitar en cualquier momento la totalidad o parte de la documentación complementaria cuando lo consideren necesario para la correcta ejecución del procedimiento. (...)”

Molt significativament per al cas objecte d'anàlisi, la Directiva acaba la consideració 84 indicant que:

“Es preciso establecer explícitamente que el documento europeo único de contratación también debería ofrecer la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el operador económico, de modo que la verificación de la información sobre dichas entidades pueda llevarse a cabo simultáneamente y en las mismas condiciones que la verificación relativa al principal operador económico.”

Aquesta consideració té el seu reflex en l'article 59 de la Directiva, del qual, per allò que interessa dilucidar a la vista de les al·legacions de les parts, l'apartat 1 disposa el següent:

“Artículo 59 Documento europeo único de contratación

1. En el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el documento europeo único de contratación, consistente en una declaración actualizada del interesado, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirmen que el operador económico en cuestión cumple las condiciones siguientes:

- a) no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos contempladas en el artículo 57;*
- b) cumple los criterios de selección pertinentes establecidos de conformidad con el artículo 58;*
- c) cuando proceda, cumple las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con arreglo al artículo 65.*

Si el operador económico recurre a las capacidades de otras entidades con arreglo al artículo 63, el documento europeo único de contratación contendrá asimismo la información indicada en el presente apartado, párrafo primero, en lo que respecta a dichas entidades.

El documento europeo único de contratación consistirá en una declaración formal del operador económico que indique que no es de aplicación el motivo de exclusión pertinente y/o que se cumple el criterio de selección pertinente, y facilitará la información pertinente según lo requiera el poder adjudicador. Dicho documento indicará además la autoridad pública o el tercero encargado de establecer los documentos justificativos e incluirá una declaración formal en el sentido de que el operador económico podrá, previa petición y sin demora, facilitar dichos documentos justificativos.

Cuando el poder adjudicador pueda obtener los documentos justificativos directamente accediendo a una base de datos de conformidad con el apartado 5, el documento europeo único de contratación también incluirá la información necesaria a tal fin, como la dirección de internet de la base de datos, todos los datos de identificación y, en su caso, la necesaria declaración de consentimiento.

Los operadores económicos podrán volver a utilizar el documento europeo único de contratación que hayan empleado en una contratación determinada para ulteriores procedimientos de contratación, siempre que confirmen que la información en él contenida sigue siendo correcta.”

Segons l'article 59.2 de la Directiva, el DEUC es redacta sobre la base d'un formulari uniforme establert per la Comissió Europea mitjançant actes d'execució. A aquesta finalitat va respondre el Reglament d'execució (UE) 2016/7 de la Comissió, de 5 de gener de 2016, pel qual s'estableix el formulari normalitzat del document europeu únic de contractació (DOUE L 3/16, de 6 de gener de 2016).

Aquest Reglament d'execució, després de reiterar les consideracions sobre la funcionalitat del DEUC en ordre a “reducir las cargas administrativas de los poderes y entidades adjudicadores y de los operadores económicos”, “contribuir a una mayor simplificación” en benefici de tots ells i afavorir “un aumento de la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública”, va prendre en consideració, en la mateixa línia apuntada en la de la Directiva, que:

“(1) (...) De cara a este mismo objetivo, dicho formulario también debe ofrecer la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el operador económico, de modo que la verificación de esa información pueda llevarse a cabo simultáneamente a la verificación relativa al principal operador económico y en las mismas condiciones.”

i en l'annex 1, en seu de les instruccions a l'hora d'emplenar el formulari, va ser taxatiu a l'hora d'establir aquestes regles (les negretes són originàries del Reglament):

*“Un operador económico que participe **por su cuenta** y que **no recurra** a la capacidad de otras entidades para cumplir los criterios de selección deberá cumplimentar **un solo** DEUC.*

*Un operador económico que participe por su cuenta pero recurra a la capacidad de una o varias otras entidades deberá garantizar que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora reciban su propio DEUC junto con otro DEUC **separado**, en el que figure la información pertinente ⁽¹⁴⁾, por **cada una de las entidades de que se trate.**”*

La “información pertinente” a què fan referència aquestes instruccions i la nota al peu ⁽¹⁴⁾ del Reglament és la que ve indicada en la part II, secció C, del formulari normalitzat:

Parte II: Información sobre el operador económico

(...)

C: INFORMACION SOBRE EL RECURSO A LA CAPACIDAD DE OTRAS ENTIDADES

Recurso	Respuesta
¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?	☐ Sí ☐ No

En caso afirmativo, facilítese un formulario DEUC separado por cada una de las entidades consideradas que recoja la información exigida en las secciones A y B de esta parte y en la parte III, debidamente cumplimentado y firmado por dichas entidades.

Se incluirán también aquí el personal técnico o los organismos técnicos que no estén integrados directamente en la empresa del operador económico, especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, el personal técnico o los organismos técnicos de los que disponga el operador económico para la ejecución de la obra.

Siempre que resulte pertinente en lo que respecta a la capacidad o capacidades específicas en que se base el operador económico, se consignará la información exigida en las partes IV y V por cada una de las entidades de que se trate ⁽¹²⁾.

Per últim, indicar que aquest Reglament d'execució és obligatori en tots els seus elements i directament aplicable a cada Estat membre i el formulari normalitzat que estableix i regula és d'ús obligatori en l'Estat espanyol a partir del 18 d'abril de 2016, atès el transcurs del termini de transposició de la Directiva 2014/24/UE al dret intern espanyol sense que encara s'hagi produït la plena transposició.

Així resulta dels articles 1 i 2 de l'esmentat Reglament d'execució, segons els quals:

“Artículo 1

A partir del momento en que entren en vigor las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y, a más tardar, a partir del 18 de abril de 2016, se utilizará para los fines de la elaboración del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE el formulario normalizado que figura en el anexo 2 del presente Reglamento. Las instrucciones para la utilización del mismo se establecen en el anexo 1 del presente Reglamento.

Artículo 2

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.”

Ultra això, també resulta d'aplicació en el cas examinat el Decret llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública, l'article 4 del qual estableix el següent:

“Article 4. Documentació acreditativa del compliment de requisits de capacitat i solvència

Les empreses licitadores no estan obligades a acreditar documentalment, en el moment de la presentació d'ofertes, el compliment dels requisits de capacitat i solvència. Els òrgans de contractació hauran d'admetre una declaració responsable que substitueixi l'acreditació documental, o el formulari normalitzat de document europeu únic de contractació. Per als contractes subjectes a regulació harmonitzada només es pot admetre, com a document substitutori, el formulari normalitzat de document europeu únic de contractació.”

Una vegada exposada la normativa d'aplicació, en el cas examinat el PCAP que regeix la licitació no establia previsions alienes a l'obligatorietat de les empreses licitadores de

presentar el DEUC com a declaració prèvia del compliment dels requisits d'aptitud i la necessitat de presentar un DEUC addicional i per separat de les empreses amb les capacitats de les quals aquelles es basessin.

La clàusula 7.II, en seu de la solvència de les empreses licitadores, preveia expressament la possibilitat de recórrer a la capacitat d'altres entitats i que la Mesa de contractació pogués efectuar-ne la comprovació pertinent, en els termes següents:

“II. Les empreses licitadores poden recórrer a les capacitats d'altres entitats, amb independència de la naturalesa jurídica dels vincles que tinguin amb elles, per tal d'acreditar la seva solvència econòmica i financera i tècnica i professional, sempre que aquestes entitats no estiguin incurses en prohibició de contractar i que les empreses licitadores demostrin que disposaran dels recursos necessaris, per exemple, mitjançant la presentació del compromís a tal efecte de les entitats esmentades.

Si la mesa comprova que l'entitat a la capacitat de la qual té intenció de recórrer una empresa licitadora està incursa en prohibició de contractar, li exigirà que la substitueixi.

En les mateixes condicions, les UTE poden recórrer a les capacitats dels participants en la unió o d'altres entitats.”

Per aquesta finalitat, les empreses licitadores havien de presentar en el sobre 1 de la proposició el corresponent DEUC propi i altres DEUC separats per cadascuna de les empreses la capacitat de les quals volguessin recórrer o tinguessin la intenció de subcontractar, tal com establia per aquest efecte la clàusula 8.1 (les èmfasis són originàries del plec):

“8.1 Documentació del sobre número 1

De conformitat amb l'establert a l'article 146 apartats 4 i 5 del TRLCSP, les empreses licitadores únicament han de presentar la següent documentació:

(...)

O bé:

*- Formulari normalitzat del **Document europeu únic de contractació (DEUC)** mitjançant el qual declaren la seva capacitat i la seva solvència econòmica i financera, i tècnica i professional, de conformitat amb els requisits mínims exigits en els annexos 6 i 7 d'aquest plec; que no es troben incurses en cap prohibició de contractar o, si es troben, que han adoptat les mesures per demostrar la seva fiabilitat; i que es troben al corrent del compliment de les obligacions tributàries i amb la Seguretat Social, així com que compleixen amb la resta de requisits que s'estableixen en aquest plec.*

*D'acord amb el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, per als contractes subjectes a regulació harmonitzada només es pot admetre, com a document substitutori, el formulari normalitzat del **document europeu únic de contractació**.*

Les empreses licitadores poden emplenar el Formulari del DEUC que s'adjunta com a annex 2 a aquest plec, o bé utilitzar el servei en línia de la Comissió Europea a través del qual es pot importar el model de DEUC corresponent a aquesta licitació, emplenar-lo, descarregar-lo i imprimir-lo per la seva presentació.

El DEUC s'ha de signar per l'empresa licitadora o, en el seu cas, pel seu representat legal.

A més, les empreses licitadores indicaran en el DEUC, si s'escau, la informació relativa a la persona o persones habilitades per representar-les en aquesta licitació.

En el cas d'empreses que concorrin a la licitació de manera conjunta, cadascuna ha d'acreditar la seva personalitat, capacitat i solvència, i presentar un DEUC separat en el qual figuri, si s'escau, la informació requerida en les parts II a V del formulari. A més del DEUC, aquestes empreses han d'aportar un document on ha de constar el compromís de constituir-se formalment en unió temporal en cas de resultar adjudicatàries del contracte.

En el cas que l'empresa licitadora recorri a capacitats d'altres empreses de conformitat amb el que preveuen els articles 64 del TRLCSP i 63 de la Directiva 2014/24/UE, o tinguin la intenció de subscriure subcontractes, ha d'indicar aquesta circumstància en el DEUC i presentar altre DEUC separat per cadascuna de les empreses a la capacitat de les quals recorri o que tinguin intenció de subcontractar.

(...)"

Per al cas les empreses no utilitzessin el servei en línia de la Comissió Europea per importar el model de DEUC corresponent a aquesta licitació, el PCAP oferia la possibilitat d'emplenar el formulari que s'acompanyava com a annex 2 del plec, el qual, en allò que fa referència a l'objecte del debat, s'expressava tal com s'ha vist del Reglament d'execució (UE) 2016/7 i contenia la casella amb el corresponent desplegable per clicar a la resposta de "sí" o "no" que correspongués al cas:

C: INFORMACIÓ SOBRE EL RECURS A LA CAPACITAT D'ALTRES ENTITATS

Recurs	Resposta
L'operador econòmic es basa en la capacitat d'altres entitats per satisfer els criteris de selecció considerats en la part IV i els criteris i les normes (si escau) considerats en la part V (més avall)?	-

En cas afirmatiu, faciliteu un formulari DEUC separat per a cada una de les entitats considerades que reculli la informació exigida en les **seccions A i B d'aquesta part i en la part III**, degudament emplenat i signat per les entitats esmentades.

Aquí, també s'inclourà el personal tècnic o els organismes tècnics que no estiguin integrats directament en l'empresa de l'operador econòmic, especialment els responsables de control de qualitat, quan es tracti de contractes públics d'obres, el personal tècnic o els organismes tècnics de què es disposi l'operador econòmic per a l'execució de l'obra.

Sempre que resulti adient, pel que fa a la capacitat o les capacitats específiques en què es basi l'operador econòmic, s'ha de consignar la informació exigida en les parts IV i V per cadascuna de les entitats de què es tracti (12).

(12) Per exemple, quan es tracti d'organismes tècnics encarregats del control de qualitat: part IV, secció C, punt 3.

VUITÈ. Una vegada centrat l'objecte de discussió i vista la normativa d'aplicació i les previsions del PCAP al respecte, en el cas examinat no deixa cap marge de dubte al Tribunal que l'empresa adjudicatària, EXCLUSIVAS, si concorria a la licitació valent-se de les capacitats d'una altra empresa, així ho havia d'haver indicat expressament en el seu DEUC i presentar un DEUC separat corresponent a l'empresa de què es tractés.

Com s'ha vist, aquesta no resulta una formalitat declarativa amb efectes només per a l'empresa licitadora, sinó que també produeix efectes envers l'òrgan de contractació, per tal que aquest, com indica el Reglament d'execució (UE) 2016/7, pugui verificar la informació de les altres empreses de forma simultània a la verificació relativa a l'empresa licitadora principal.

Això no s'ha produït ni ha estat possible en el cas examinat.

En efecte, en tant que EXCLUSIVAS va indicar en el seu DEUC que “no” es basava en la capacitat d'altres empreses, va acotar i limitar la seva proposta i, en particular, l'àmbit d'acreditació del compliment dels seus requisits d'admissió, de manera que en la fase posterior d'acreditació del compliment d'aquests requisits, aportant a l'efecte documentació que feia referència a una empresa que no havia declarat a l'efecte, es pot afirmar que va canviar la seva proposta inicial.

Aquest canvi, a criteri d'aquest Tribunal i contràriament al que sosté l'empresa adjudicatària, no es pot conceptuar com un simple “*error insignificant*” susceptible de ser esmenat o convalidat, atès que la documentació acreditativa de la solvència presentada per l'empresa EXCLUSIVAS no es correspon amb la que havia declarat prèviament als efectes d'aquesta licitació i, per tant, una eventual admissió d'aquesta, tal com s'ha fet, enclou un canvi en l'oferta.

Ultra això, no s'està davant un defecte o omissió en la documentació del sobre 1 de la proposició susceptible d'esmena d'acord amb la clàusula 9.2 del PCAP i l'article 81.2 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre (RGLCAP), atès que aquest tràmit d'esmena ve referit als defectes o omissions que “*observi*” la Mesa de contractació en l'examen de la documentació del sobre 1, i del DEUC presentat per EXCLUSIVAS no es despenia, ni indiciàriament, cap dubte que fos “erroni” o “incomplet” quant a l'apel·lació a les capacitats d'altres empreses, en tant que s'havia pronunciat clarament en sentit negatiu (“No”), tal com han reconegut totes les parts, i, per tant, significant que concorria a la licitació sense la intenció ni fer ús del dret a basar-se en les capacitats d'altres empreses, tal com es despenia que era la intenció de l'empresa licitadora. Davant aquesta evidència, doncs, no hi cabia cap “error” ni “omissió” i, per tant, la Mesa de contractació no va poder “observar” cap dels pressupòsits que, d'acord amb el PCAP i el RGLCAP, habiliten per a atorgar a l'empresa licitadora un tràmit d'esmena de la documentació.

Així les coses, en el cas examinat, l'adjudicatària no només va acreditar suposadament els requisits d'admissió a la licitació a través d'una tercera empresa no declarada prèviament en el DEUC propi, sinó que, en pretendre-ho l'empresa i acceptar-ho l'òrgan de contractació, van obviar i incomplir l'obligació que corresponia en aquest cas d'haver de presentar el DEUC separat de l'empresa externa proposada per integrar aquells requisits, degudament emplenat i signat tal com exigeixen la normativa comunitària i el PCAP que s'han analitzat en aquesta Resolució.

I si l'error que s'ha produït no era susceptible d'esmena, aquest Tribunal considera que encara menys era convalidable amb la presentació i admissió de la documentació d'una tercera empresa als efectes d'acreditar una solvència no declarada *ab initio*. Per més que l'òrgan de contractació defensi que aquesta documentació acreditativa era correcta i que, en trobar-se a la fase final de proposta d'adjudicació de l'Acord marc, *“ja no se li va requerir per aportar el DEUC de l'esmentada societat”*, admetre aquesta postura excedeix d'un principi antiformalista i de reducció de les càrregues administratives marcat per les directives de contractació pública per entrar a buidar totalment de contingut la raó de ser del DEUC, negar-li la virtualitat declarativa i verificadora que té aquest document i vulnerar-ne frontalment les condicions de presentació i formalització que estableix la normativa comunitària que s'ha analitzat en aquesta Resolució.

Arribats en aquest punt i en conclusió, havent quedat acreditat per aquest Tribunal que s'han incomplert les regles de presentació del DEUC que estableixen l'article 59.1 de la Directiva 2014/24/UE i el Reglament d'execució (UE) 2016/7 (en haver pretès EXCLUSIVAS –i admès l'òrgan de contractació- l'acreditació dels requisits de solvència basant-se en les capacitats d'una tercera empresa malgrat haver declarat inicialment en el seu DEUC que no recorreria a aquesta possibilitat i, per tant, sense haver presentat el corresponent DEUC separat de l'altra entitat degudament emplenat i signat), reflectides també en la clàusula 8.1 del PCAP que regeix aquest procediment de contractació i constitueix la llei del contracte per a totes les parts, empreses licitadores ex article 145.1 del TRLCSP i òrgan de contractació en virtut dels principis d'igualtat de tracte, no-discriminació i transparència consagrats en els articles 1 i 139 del TRLCSP, correspon estimar el recurs interposat per MENARINI en el sentit d'anul·lar la resolució d'adjudicació impugnada i retrotraure les actuacions al moment immediatament anterior per tal que s'excloqui l'empresa EXCLUSIVAS per raó de l'esmentat incompliment.

NOVÈ. Com sigui que l'anul·lació de l'adjudicació impugnada porta causa de l'incompliment per part d'EXCLUSIVAS i l'òrgan de contractació dels requeriments establerts en la normativa i el PCAP rector de la licitació per a l'acreditació dels requisits de solvència a través de mitjans externs, no resulta procedent entrar a analitzar la resta de les qüestions al·legades per MENARINI relatives al compliment dels concrets requisits de solvència i requeriments tècnics dels productes oferts, atès que versen sobre la concreta entitat externa

(I-SENS Inc) la participació d'EXCLUSIVAS amb la qual no s'ha declarat vàlida en el cas examinat.

D'acord amb l'exposat, i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunits en sessió i per unanimitat, aquest Tribunal

HA ACORDAT

1.- Estimar el recurs interposat per la senyora T.G.O. en nom i representació de la societat MENARINI DIAGNÓSTICOS, SA contra l'adjudicació del lot 3 de l'Acord marc del subministrament agregat de tires reactives i lectors per la mesura de glucosa i cetonèmia en sang de l'Institut Català de la Salut i organismes adherits (expedient CS/CC00/1100611248/17/AM), en el sentit indicat en el fonament jurídic vuitè d'aquesta Resolució.

2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 45 del TRLCSP, a l'empara del que disposa l'article 47.4 del mateix cos legal.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- Ordenar a l'òrgan de gestió econòmica del departament competent de la Generalitat de Catalunya la devolució a MENARINI DIAGNÓSTICOS, SA de l'import excedent de 4.500,00 euros de la taxa satisfeta per la interposició del recurs especial, d'acord amb el fonament jurídic quart d'aquesta Resolució.

5.- Notificar aquesta Resolució a totes les parts.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP, en els termes establerts en l'article 21.3 de la Llei 29/1998: *"En els recursos contra les decisions adoptades pels òrgans administratius als quals correspon resoldre els recursos especials i les reclamacions en matèria de contractació a què es refereix la legislació de contractes del sector públic, els*

esmentats òrgans no tindran la consideració de part demandada, i sí que en tindran les persones o administracions afavorides per l'acte objecte del recurs, o que es personin en tal concepte, d'acord amb el que disposa l'article 49".

El president