

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.L., en representación de la empresa Medical Electrics European Services S.L., contra la Resolución del Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 1 de marzo de 2019, por la que se adjudica el contrato de “Servicio de mantenimiento y actualización tecnológica de los equipos de medicina nuclear del Hospital Universitario Ramón y Cajal” número de expediente ST/2018/49 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 27 de noviembre, en la plataforma de licitación de la Comunidad de Madrid de fecha 28 de noviembre y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha 12 de diciembre todos ellas del año 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 700.800 euros. El plazo de duración del contrato será de dos años prorrogables por otro año más.

A los efectos de resolución del presente recurso interesa destacar los siguientes apartados de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

“6.- *Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.*

Procede: Sí.

Tipo: Las empresas licitadoras deberán aportar certificación del Consejo de Seguridad Nuclear que las habilite para el mantenimiento y actualización tecnológica de los equipos objeto de este contrato, así como certificación emitida por la empresa comercializadora de los mismos.

La certificación deberá incluirse en el sobre nº 1 (documentación administrativa). La no presentación de dicho certificado será causa de exclusión.

7. - *Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.*

A) Acreditación de la solvencia económica y financiera.

Criterios de selección:

El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.

El medio por el cual los licitadores acreditarán este extremo será mediante el volumen anual de negocios de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Si por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera mediante:

Artículo 87.1.c) de la LCSP: ‘Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al

cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente (...)'.

Criterios de selección:

Patrimonio neto al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior a una anualidad del presupuesto máximo de licitación.

Los licitadores deberán acreditar dicho requisito mediante declaración expresa responsable, acompañada de copia auténtica de las cuentas anuales.

(...) En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.

B) Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

- Artículo 90 de la LCSP, apdo. 1.a): 'Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos (...)'.

Criterios de selección:

El licitador acreditará su solvencia técnica, mediante la presentación de al menos dos certificados que acrediten la realización de servicios similares en los tres últimos años. Los servicios acreditados deberán ser similares y de la misma naturaleza que el objeto del presente contrato”.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron dos ofertas.

En sesión de Mesa de contratación de fecha 9 de enero de 2019, se procedió a la calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores,

observándose defectos y/u omisiones en la documentación presentada por los mismo.

En sesión de Mesa de contratación de fecha 16 de enero de 2019, y previo al acto público de apertura de documentación técnica, la Secretaria aporta la documentación presentada por las empresas participantes en la licitación, a las que se les concedió un plazo de tres días naturales para la subsanación de los defectos y/u omisiones que se apreciaron en la documentación administrativa presentada, considerándose correctas y por lo tanto admitidas ambas empresas a licitación.

En fecha 6 de febrero de 2019, tuvo lugar la puesta en conocimiento de los presentes del resultado del Informe técnico de valoración de criterios sometidos a un juicio de valor emitido por la Subdirección de Gestión de Servicio Técnico, indicando que la puntuación obtenida por la empresa Medical Electronics European Services S.L., en la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, es de 11 puntos, estableciéndose en el Pliego de Cláusulas Administrativas que la puntuación mínima necesaria para ser admitida en este apartado es de 12,5 puntos. Por lo que se procede a excluir a la empresa Medical Electronic European Services S.L. de la licitación.

En la sesión de Mesa de contratación de fecha 13 de febrero de 2019, la Mesa de contratación acordó seleccionar a la empresa Proser Sistemas Médicos S.L. (en adelante PROSER), y procedió a requerirle que presente la documentación establecida en la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Que fue admitida como correcta en la sesión del mismo órgano colegiado de fecha 27 de febrero de 2019, proponiéndose en consecuencia la adjudicación del contrato a la empresa PROSER, mediante resolución del Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 1 de marzo de 2019.

Tercero.- El 26 de maro de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Medical Electrics European Services S.L., en el que se solicita la nulidad de la adjudicación

fundamentada en el incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria de la solvencia económica y técnicas así como de las habilitaciones profesionales exigidas en los PCAP.

El 3 de abril de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

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

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dicho escrito de alegaciones se presentó ante este Tribunal el día 10 de abril de 2019, y de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que si bien ha sido excluida pretende la declaración de desierto del procedimiento y en consecuencia *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 1 de marzo de 2019, practicada la notificación el 3 del mismo mes y año, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 26 de marzo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación que a su vez excluye de la licitación la oferta presentada por el recurrente en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación del contrato a la empresa PROSER, por considerar que no acreditar suficientemente ni su aptitud para contratar ni la solvencia de la empresa.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En el concreto caso que nos ocupa el recurrente considera que la solvencia económica, ni técnica ni la habilitación específica del adjudicatario no ha sido acreditada convenientemente.

En cuanto a la habilitación profesional indica el recurrente que PROSER no está debidamente autorizada por el Consejo de Seguridad Nuclear, para el ejercicio de funciones que son objeto del contrato que trae causa.

Por su parte el adjudicatario indica que posee las autorizaciones que corresponden al objeto del contrato, concretamente la autorización por la Dirección General de Industria de la Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria de fecha 5 de junio de 2007.

El órgano de contratación manifiesta siendo el objeto de contrato el mantenimiento de equipos de gammacameras SPECT/CT, según el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, en su punto 74 "*Materiales radiactivos, equipos, aparatos y accesorios*", establece que la asistencia técnica de los aparatos radiactivos y equipos generadores de radiaciones ionizantes requerirán autorización de la Dirección General de Política Energética y Minas, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear. Esta autorización fue aportada por la empresa PROSER, aprobada mediante resolución de 5 junio de 2007, por la Dirección General de Industria de la Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria, por lo que considera cumplida la condición de habilitación profesional requerida.

Este Tribunal ha consultado la legislación vigente sobre la materia así como la información facilitada por el Consejo de Seguridad Nacional a través de su página web, concluyendo que el certificado presentado por PROSER constituye la habilitación profesional de la empresa.

En cuanto a la acreditación de la solvencia económica y financiera, el recurrente considera que PROSER no ha presentado las Cuentas Anuales debidamente inscritas en el Registro Mercantil, ni tampoco cumple con los ratios establecidos en los pliegos en cuanto al patrimonio neto de la empresa.

Indica en que la actividad de la empresa se inicia en 2015 con un volumen de negocios de 0 euros para los años 2015 y 2016 y 166.485,97 euros en el año 2017. En cuanto al patrimonio neto indica que en 2015 ascendía a 3.000 euros, en 2016 ascendía a 64.015 euros y en 2017 asciende a 27.142,02 euros. Cantidades todas

ellas muy por debajo de las exigidas en el PCAP.

PROSER en su escrito de alegaciones invoca el artículo 87.1 a) de la LCSP el cual establece en relación a la forma de acreditar la solvencia económica varios medios entre los cuales se encuentra el volumen anual de negocios que estará referido a los tres últimos ejercicios disponibles, en función de las fechas de constitución de la entidad. Advierte que la empresa inicio su actividad en el segundo semestre de 2017, razón por la que la forma de acreditar su solvencia debe estar sometida a esta realidad. Igual manifestación efectúa en cuanto al medio de acreditación consistente en un determinado patrimonio neto de la empresa. En este caso invocando el apartado c) del mismo artículo, considera de imposible cumplimiento.

El órgano de contratación manifiesta que *“la empresa PROSER al tratarse de una empresa de reciente creación (2016), para licitar en el expediente aportó la documentación exigida en los pliegos, las Cuentas Anuales del ejercicio 2017, ya que las de 2018 aún no eran exigibles. Estas están depositadas en el Registro Mercantil de Santander y el importe neto de la cifra de negocios asciende a 166.485€ y por los certificados aportados correspondería a 6 meses de actividad. Esta cifra comparada con la anualidad sin IVA de este expediente, que asciende a 146.000 €, supone un 14% superior. También se puede comprobar que dichas cuentas presentaban un saldo en la cuenta de Pérdidas y Ganancias de 31.782,17€ de beneficio.*

Cuando, por una razón válida, la empresa licitadora no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento.

La Mesa de Contratación consideró que con la cifra de negocio en seis meses del 2017 (166.485,97€) y la garantía definitiva del 5% del importe de adjudicación solicitada en el PCAP, era suficiente para garantizar la prestación del servicio que se pretendía contratar, y que por lo tanto no existía motivo de exclusión”.

Llegados a este punto debemos centrar el debate inicialmente en el momento de creación de la empresa PROSER. Recordemos que en el análisis del primer motivo de recurso se ha presentado un certificado habilitante profesionalmente datado en 2007 y a favor de PROSER.

Este Tribunal ha comprobado en primer lugar que según la escritura aportada al órgano de contratación y que forma parte del expediente que se nos ha remitido la Sociedad Civil PROSER fue creada el 19 de febrero de 2003, transformándose en Proser Sistemas Médicos S.L. el día 11 de julio de 2016, al amparo del artículo 4.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de régimen de transformación de Sociedades Mercantiles y en consecuencia sucediéndola en obligaciones y derechos.

Esta sucesión se confirma y admite por el órgano de contratación al haber aportado como propia, la autorización emitida por el Gobierno de Cantabria a PROSER, que hemos analizado en el anterior apartado.

Es necesario recordar que la inactividad no exime de la obligación que imponen los artículos 279.1 y 282.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) de redactar y presentar al Registro Mercantil las Cuentas Anuales.

El órgano de contratación ha considerado como inicio de la actividad de la empresa julio de 2017 y en consecuencia ha reducido proporcionalmente el volumen de negocios requerido como medio para acreditar la solvencia al periodo anual de actividad de la empresa, considerando en consecuencia acreditada la solvencia económica y financiera.

Pero la realidad es que PROSER es una empresa constituida en 2003 por lo que no corresponde reducción proporcional de los criterios establecidos en el PCAP ni en relación al volumen de negocio ni en relación al patrimonio neto, en las cuantías exigidas, de lo cual se desprende que PROSER no acredita la solvencia económica y financiera requerida en el PCAP.

Por todo ello el recurso debe ser admitido en base a este motivo, por lo que considerando que PROSER no tiene aptitud para participar en esta licitación, no procede seguir analizando el resto de cuestiones planteadas por el recurrente.

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

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.L., en representación de la empresa Medical Electrics European Services S.L., contra la Resolución del Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 1 de marzo de 2019, por la que se adjudica el contrato de *“Servicio de mantenimiento y actualización tecnológica de los equipos de medicina nuclear del Hospital Universitario Ramón y Cajal”* número de expediente ST/2018/49, excluyendo a la adjudicataria del procedimiento de licitación, anulando la adjudicación acordada y declarando desierto el procedimiento de licitación.

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

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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

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