

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

En Madrid, a 7 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ASIME S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 9 de marzo de 2022 por la que se excluye la oferta al procedimiento de adjudicación del contrato de “*servicio de mantenimiento integral (full service) de equipamiento de radiodiagnóstico*” promovido por la empresa pública regional Unidad Central de Radiodiagnóstico y con número de expediente A/SER-019554/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid el 21 de enero de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 7.827.679,34 euros. A la presente licitación se han presentado 4 ofertas entre ellas la del recurrente.

Segundo.- Con fecha 1 de marzo de 2022, se descriptan las ofertas presentadas por la mesa de contratación, observando determinados errores en varias de ellas que deben ser subsanados.

En relación con la oferta presentada por la recurrente se le indica que debe subsanar:

“La empresa ASIME, S.A. debe aportar:

- *Aportar el Certificado del Consejo de Seguridad Nuclear.*
- *Relación de los principales servicios en los últimos 3 años (cliente, equipo, inicio/fin de servicio) (punto 7.2 PCAP)”.*

Con fecha 9 de marzo, vuelve a reunirse la mesa de contratación al objeto de calificar definitivamente la documentación administrativa aportada por cada licitador, concluyendo que *“La empresa ASIME, S.A. es excluida de la licitación al comprobar la documentación administrativa requerida en la subsanación no acreditan experiencia en el mantenimiento de Resonancia Magnética y Tomografía Axial Computarizada (TAC) de estos equipos, ambos imprescindibles en el objeto del contrato”.*

Tercero.- El 25 de marzo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASIME S.A., en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta.

El 31 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal adoptado el 31 de marzo de 2022.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 excluida, *“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 9 de marzo de 2022, practicada la notificación el 17 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 25 de marzo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, 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.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente lo motiva en la no procedencia de la solvencia requerida y que ha motivado la exclusión de su oferta.

Manifiesta que tras la apertura de las ofertas y a la vista de la documentación aportada, la mesa de contratación solicita su subsanación en los siguientes términos:

“La empresa ASIME, S.A. debe aportar:

- *Aportar el Certificado del Consejo de Seguridad Nuclear.*
- *Relación de los principales servicios en los últimos 3 años (cliente, equipo, inicio/fin de servicio) (punto 7.2 PCAP)”.*

Con el contenido especificado se procede a la aportación de la documentación solicitada en tiempo y forma. Tras lo cual la mesa de contratación excluye la oferta en base a que: “La empresa ASIME, S.A. es excluida de la licitación al comprobar la documentación administrativa requerida en la subsanación no acreditan experiencia en el mantenimiento de Resonancia Magnética y Tomografía Axial Computarizada (TAC) de estos equipos, ambos imprescindibles en el objeto del contrato”.

Invoca el apartado 7.2 de la cláusula 1 del PACP donde se describe la forma de acreditar la solvencia y que en ningún caso establece que deba demostrarse experiencia en el mantenimiento de todos y cada uno de los equipos que forman parte del objeto del contrato, invoca asimismo el apartado 8 de la misma cláusula donde se establece la procedencia de habilitaciones profesionales.

Considera que el órgano de contratación si bien pudo incluir en los pliegos de condiciones la necesidad de que el licitador ostentara experiencia en el mantenimiento de todos los equipos que conforman el objeto del contrato no lo hizo, por lo que ahora no puede incluir nuevas formas de acreditación de la solvencia o ampliar la requerida.

Informa que de haber explicitado en los pliegos de condiciones la necesidad de contar con experiencia en el mantenimiento de todos y cada uno de los equipos, hubiera acudido a medios externos para su acreditación, al contar con alianzas

comerciales con otras empresas que si tienen amplia experiencia en el mantenimiento de TAC y resonancias magnéticas.

Considera que su oferta no ha tenido un trato igualitario con APR Salud S.L. pues a esta empresa solo se le exigen certificados de buena ejecución mientras que a ella se la exige acreditar los servicios por cada equipo.

A estas alegaciones el órgano de contratación contesta en su escrito de oposición al recurso que: *“La solvencia técnica es fundamental en un contrato de estas características y más aún en el ámbito de la prestación de un servicio sanitario, siendo su objetivo principal garantizar que la prestación del servicio se pueda llevar a cabo en condiciones idóneas, valorándose, precisamente a y través de esta, que las empresas licitadoras puedan cumplir con los requerimientos y necesidades establecidas con fiabilidad, capacidad, confianza y solidez (...)*

La recurrente indica que lo que realmente exige el PCAP es la relación de los principales servicios o trabajos de similar naturaleza realizados en los tres últimos años, por tanto, la necesidad de aportar experiencia en el mantenimiento en unos muy concretos y específicos equipos como son los de Resonancia Magnética y Tomografía Axial Computarizada, no solo no está establecida en el punto 7.2 del PCAP, sino que, no se solicita en ningún otro lugar del PCAP.

Lo primero que hay que indicar, es que la afirmación que realiza la recurrente no es cierta. Como se puede leer en la misma cláusula 7.2. se establece como criterios de selección la presentación de tres certificados... de iguales características al objeto del contrato. Asumir lo contrario permitiría; por un lado, dejar a criterio de la empresa licitadora el sistema de acreditación de la solvencia, arrogándose una función que les es ajena y que debe recaer, sin duda, en la esfera de la Administración que es a quien corresponde la salvaguarda del interés general del que es deudora; y por otro lado, y más relevante comprometer tanto la prestación del servicio como, la asistencia sanitaria y la seguridad de los pacientes, usuarios y la de los propios profesionales.

En los certificados presentados por la recurrente de tres centros públicos nacionales se podían ver, entre los equipos que habían sido objeto de mantenimiento,

equipos tales como equipos terapéuticos, material de oficina, electricidad, equipos de monitorización, material para ventilación y uno de ellos certificaba algo más genérico como mantenimiento y revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico.

A la vista de estos certificados, la Mesa de Contratación, en uso de sus atribuciones, y desde luego sin añadir nuevos requisitos de solvencia a los ya exigidos en el PCAP, solicitó aclaración a la recurrente pues, de la lectura de los documentos aportados, no se infería que la empresa recurrente fuese técnicamente solvente para la realización del servicio demandado por el órgano de contratación, antes al contrario. De ahí, la petición de aclaración para comprobar que podían asumir este mantenimiento de material de alta tecnología como son la Resonancia Magnética y la Tomografía Axial Computarizada.

A este requerimiento, ASIME, S.A., remitió unas aclaraciones en las que se podía ver que sí habían mantenido equipos tales como ecógrafos, arcos quirúrgicos, portátil de Rx., etc. que sí forman parte del objeto del contrato pero seguía sin mencionarse el mantenimiento de los dos tipos de equipos reseñados RM y TAC. Debe enfatizarse la importancia de estos equipos por lo que suponen de especificidad del tipo de mantenimiento que requieren, así como por el importe que representan respecto del precio total del contrato objeto de análisis, que se sitúa cerca del 50% del importe total de licitación.

En cuanto a la comparación que establece con lo solicitado a otra licitadora, indicar que la citada empresa en la declaración presentada sobre los servicios de mantenimiento en los tres últimos años sí hacía referencia a que se trababa del mantenimiento de equipos de diagnóstico por imagen. La Mesa de contratación, se limitó a exigir los tres certificados de los tres últimos años como exigía el apartado 7.2 del PCAP”.

A la vista de la posición de las partes debemos en primer lugar recurrir a la lectura del apartado 7.2 de la cláusula 1 del PCAP donde se establece la solvencia requerida para participar en la licitación:

“7.2 Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Artículo 90.1 de la LCSP, apartado: a):

Medio de acreditación:

a) Relación de los principales servicios o trabajos de similar naturaleza realizados en los tres últimos años, que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Criterios de selección:

a) Presentación de tres certificados de los principales servicios o trabajos realizados en los tres últimos años, que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, de iguales características del objeto del contrato, siendo necesario que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 1.200.000 € sin IVA, para la totalidad de los lotes. Si se licita a uno o varios de los lotes se aplicará el importe proporcional de esos lotes sobre la totalidad de los mismos”.

Comprobamos que el PCAP no establece en ningún caso que la experiencia profesional deba extenderse a la totalidad de los equipos que componen el objeto del contrato, únicamente incluye la delimitación de la experiencia que no deberá ser similar sino igual al objeto del contrato que recordemos es el mantenimiento full service de los equipos de radiodiagnóstico.

Es doctrina de este Tribunal que 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.

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 y no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Nada ni nadie hubiera impedido al órgano de contratación delimitar más la acreditación de la experiencia en cuanto a que afectara a la totalidad de los equipos o concretamente a alguno de ellos, pero no se ha redactado y aprobado así el PCAP, por lo que ahora no puede ser exigido. Como bien manifiesta el licitador en el caso de haber requerido dicha experiencia se hubiera recurrido a medios externos para su acreditación.

Debemos invocar nuestro criterio recogido entre otras en la Resolución 211/2021 de 13 de mayo que establece: *“No es factible en la regulación contractual rechazar proposiciones por las dudas que le puedan surgir al órgano de contratación en relación a posibles incumplimientos que se puedan producir en la ejecución del contrato, a cuyos efectos, de llegarse a producir, tanto la LCSP como los pliegos recogen expresa y ampliamente las consecuencias que se pueden derivar como penalidades, resolución del contrato e incluso la prohibición de contratar. En todo caso el procedimiento de adjudicación ha de respetar el principio general de seguridad jurídica y los expresamente recogidos en los artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP relativos a la libre concurrencia, igualdad no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Asimismo a estos efectos cabe citar lo dispuesto en el artículo 92 de la LCSP al indicar que “La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y*

se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos”.

Por todo ello se estima el recurso planteado anulando la exclusión de la oferta de ASIME S.A.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ASIME S.A. contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 9 de marzo de 2022, por la que se excluye la oferta al procedimiento de adjudicación del contrato de *“servicio de mantenimiento integral (full service) de equipamiento de radiodiagnóstico”* promovido por la empresa pública regional Unidad Central de Radiodiagnóstico y con número de expediente A/SER-019554/2021, anulando el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 9 de marzo de 2022 por el que se excluye la oferta de ASIME de la 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 acordada por este Tribunal el 31 de marzo de 2022.

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.