

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

En Madrid, a 24 de julio de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por Doña M.A.M., en nombre y representación de la empresa INSTITUTO TECNOLÓGICO PET S.A. contra la Resolución de 31 de mayo de 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria por la que se adjudica el contrato “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 21 y 25 de febrero de 2013, se publica en el BOE y en el BOCM, respectivamente, la convocatoria pública para la adjudicación del contrato de “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar con pluralidad de criterios, y con valor estimado de 4.750.590 euros.

De acuerdo con lo dispuesto en el punto 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto la adquisición de “Material radioactivo para Medicina Nuclear: Fludesoxiglucosa (18-FDG) viales multidosis” con destino a los siguientes hospitales del Servicio Madrileño de Salud: Hospital Clínico San Carlos, Hospital Universitario de Getafe, Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda; Hospital Universitario 12 de Octubre, Hospital Universitario La Paz y Hospital Universitario Gregorio Marañón.

El anexo I del Pliego de Cláusulas administrativas Particulares (PCAP) establece en su punto 5, como medios de acreditación de la solvencia económico financiera, los del artículo 75.c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre “Declaración sobre el volumen global de negocios”, estableciendo como criterios de selección: *“A estos efectos se entenderá acreditada esta solvencia por aquellos licitadores que aporten un volumen global de negocios de la empresa para cada uno de los últimos tres años, igual o superior al importe de licitación (2.470.306,80 euros).*

*Si por razones justificadas (ausencia de actividad en todos o algunos de los tres últimos ejercicios fiscales) un empresario no puede facilitar las referencias anteriormente indicadas, podrá acreditar la solvencia económica y financiera mediante informe de una institución financiera, que garantice indubitadamente dicha circunstancia”.*

A su vez para acreditar la solvencia técnica se establecen en los términos del artículo 77 del TRLCSP, apartado/s: a), b), c) y f), los siguientes criterios de selección: *“Declaración responsable del licitante que indique que durante el año anterior el laboratorio ha producido al menos una cantidad de FDG igual o superior a la licitada” (140.550 milicurios).*

Por otro lado en el apartado 8 b) del indicado anexo I se establecen los siguientes criterios de valoración, de carácter técnico:

*“2. Criterios de Servicio.- Hasta 20 puntos.*

*2.1. Tiempo de suministro de 18-FDG. Hasta 15 puntos:*

*2.1.1. Inferior o igual a 1 hora ..... 15 puntos.*

*2.1.2. Superior a 1 hora ..... 0 puntos.*

*2.2. Número módulos de síntesis propios de 18-FDG. Hasta 5 puntos:*

*2.2.1. > 6 módulos de síntesis de FDG. .... 5 puntos.*

*2.2.2. = 6 módulos de síntesis de FDG ..... 0 puntos.”*

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron cuatro licitadoras entre ellas la recurrente, según certificado del SERMAS que obra en el expediente administrativo.

Una vez calificada la documentación administrativa, el día 8 de abril se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura de los sobres que contenían las ofertas técnicas y económicas, acordando excluir la oferta de la recurrente por superar el presupuesto base de licitación en todos sus apartados. Interpuesto recurso contra la misma que fue estimado mediante Resolución 72/2013, de 14 de mayo de este Tribunal, con fecha 31 de mayo de 2013, la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria del SERMAS, resolvió adjudicar el contrato a la empresa PETNET Soluciones S.L. por importe de 1.293.622,20 euros, siendo clasificada en segundo lugar las empresas en compromiso de UTE IBA Molecular Spain-Molypharma S.A. (en adelante IBA-Molypharma) y en tercer lugar la recurrente.

**Tercero.-** Contra la indicada Resolución, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del TRLCSP, la empresa Instituto Tecnológico Pet interpone recurso especial en materia de contratación ante el SERMAS el día 27 de junio de 2013, que lo remitió junto con el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, a este Tribunal el día 5 de julio de 2013. Sin embargo, junto con la

documentación remitida, no se envió el expediente administrativo, por lo que con fecha 8 de julio este Tribunal requirió al SERMAS para que en el plazo de dos días procediera a su envío, lo que se produjo finalmente el día 15 de julio. Dado que entre la documentación remitida no constaban algunos documentos que este Tribunal consideraba como fundamentales para el examen del recurso, de nuevo se solicitó que se completara el expediente lo que tuvo lugar el día 17 de julio de 2013.

La recurrente aduce que la adjudicación efectuada debe ser anulada puesto que la adjudicataria (PETNET) carece del requisito de solvencia económica exigido en el punto 5 del anexo I del PCAP, añadiendo que a la vista de su volumen de facturación dicha empresa no puede haber producido una cantidad de FDG igual o superior a la licitada (140.550 milicurios).

Respecto de la segunda clasificada aduce que IBA, una de las empresas que concurren en compromiso de UTE, firmó el acta de inspección previa a la puesta en funcionamiento el 30 de noviembre de 2010, por lo que dado el momento de presentación de las ofertas (marzo de 2013), es bastante dudoso que la misma cumpla con la solvencia técnica requerida por lo que se refiere la producción de al menos una cantidad de FDG igual o superior a la licitada (140.550 milicurios). Así mismo considera dudoso que tenga más de 6 módulos de síntesis de FDG.

Por ello solicita que se admita prueba consistente en que se libre oficio al Consejo de Seguridad Nuclear para que emita Certificado que acredite el volumen de producción del laboratorio PETNET Soluciones S.L., en el año anterior a la licitación, el volumen de producción de IBA-Molypharma y a la Agencia Española del Medicamento que permita verificar los módulos de síntesis propios de los que dispone IBA-Molypharma y que se encuentran afectos a la producción de 18-FDG.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, después de hacer un relato fáctico de los

hechos, afirma que la actuación de la Mesa de contratación se ajustó en todo momento a lo establecido en los pliegos pues se tuvieron en cuenta los documentos y los datos aportados por los licitantes en sus ofertas, consistentes en declaraciones responsables, como permite la ley, añadiendo que en todo caso la recurrente no puso en conocimiento de la Mesa las circunstancias indicadas y que en todo caso sus afirmaciones son condicionales poniendo en duda el contenido de las declaraciones.

**Cuarto.-** Con fecha 12 de julio se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación, habiéndose presentado escrito de alegaciones por PETNET Soluciones el día 17 de julio, en las que afirma que sí reúne los requisitos de solvencia económico financiera exigidos puesto que los ejercicios fiscales de la misma no coinciden con el año natural, por lo que habiendo comenzado su actividad en noviembre de 2010, sus tres últimos ejercicios son 2009/2010, 2010/2011 y 2011 /2012, si bien a 30 de septiembre de 2010, la empresa aun no había podido iniciar sus actividades por lo que no existió cifra de negocios para el primer ejercicio, lo que le permitiría acreditar su actividad mediante informe de instituciones financieras, como así hizo tras consultarlo con el órgano de contratación. Respecto de esta consulta acredita que con fecha 4 de marzo de 2013 el órgano de contratación, ante la pregunta *“Sería suficiente con presentar un informe de instituciones financieras si la empresa no hubiera tenido actividad en alguno de los tres últimos ejercicios solicitado”*, responde *“Sería suficiente con presentar un informe de instituciones financieras si la empresa no hubiera tenido actividad en alguno de los tres últimos ejercicios solicitado”*.

Respecto de la acreditación de la solvencia técnica en relación con la cantidad de FDG producido, aporta un extracto del informe anual del año 2012 presentado al Consejo de Seguridad Nuclear, en el que consta que PETNET Soluciones habría producido 1.143.000 milicurios de FDG, por tanto por encima de la cantidad exigida por el PPT.

Asimismo han presentado alegaciones las empresas IBA Molecular Spain y Molypharma S.A. en las que respecto de la primera de las cuestiones planteadas por la recurrente en relación con su oferta, esto es, la falta de solvencia en tanto en cuanto a la vista del acta de la visita de inspección para autorizar la puesta en funcionamiento de las instalaciones es bastante probable que llevara unos pocos meses funcionando, lo que no le habría permitido producir la cantidad de FDG requerida, aduce que debe tenerse en cuenta la producción de ambas empresas y que solo en la planta ofertada de Ajalvir, los registros de IBA–Molypharma indican que la actividad de FDG producida en el año 2012 estuvo muy por encima de los 140.550 milicurios solicitado. Además aporta la notificación de puesta en marcha del Consejo de Seguridad Nuclear a IBA Molecular Spain S.A., fechada el 21 de enero de 2011.

Respecto del número de módulos de síntesis aduce que, de nuevo las consideraciones de la recurrente son erróneas, puesto que el hecho de disponer de cinco celdas no impide tener los seis módulos de síntesis exigidos puesto que las celdas BBS1-SY pueden disponer de dos o tres módulos de síntesis, en función del fabricante, y la celdas BBS2-V75 pueden contener cuatro o seis módulos, concluyendo que por lo tanto la capacidad máxima de la instalación sería de diez o quince módulos según el modelo. Aporta para acreditar que dispone de los indicados módulos, un plano de disposición de las distintas celdas en las que aparecen siete módulos de síntesis y las facturas de compra, de los indicados módulos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial por tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se documenta la representación de la firmante del recurso.

**Tercero.-** La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada se notificó a la recurrente el 10 de junio de 2013 y el recurso se interpuso el 27 de junio de 2013.

**Cuarto.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

**Quinto.-** La recurrente realiza reproches tanto a la adjudicación efectuada como a la puntuación otorgada a la licitadora clasificada antes que ella, solicitando que se declare la exclusión de PETNET Soluciones por falta de solvencia económico financiera y técnica, se declare la exclusión de IBA-Molypharma por falta de solvencia /o y por inexactitud de la oferta, y que el Tribunal acuerde la adjudicación a su favor.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares 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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Procede examinar de forma separada el cumplimiento de los requisitos de solvencia por la adjudicataria y por la clasificada en segundo lugar.

En relación con la acreditación de la solvencia de la adjudicataria, se aduce que los medios de acreditación exigidos son el volumen de negocios en los tres últimos ejercicios que deberá alcanzar el importe de licitación para cada uno de ellos (2.470.306,80 euros), y alternativamente, para el caso de ausencia de actividad en todos o algunos de los tres últimos ejercicios fiscales, informe de una institución financiera.

En este caso, la empresa PETNET Soluciones aporta declaración del volumen de la cifra de negocios para el año 2011 de 406.745 euros y de 1.023.28 para el año 2012 y un certificado de institución financiera.

Resulta en relación con este punto que la adjudicataria, tal y como reconoce en su escrito de alegaciones, no aporta declaración de la cifra de negocios que cubra la cantidad correspondiente al importe de licitación para cada uno de los ejercicios desde que tiene actividad, sin embargo aporta certificado de instituciones financieras, con la intención de que el mismo sirva para acreditar su solvencia, no solo por la falta de actividad en el primer ejercicio correspondiente a los tres últimos años, sino también por la insuficiencia de la cifra de negocios en los sucesivos ejercicios. Esta aportación la realiza como se ha destacado en el escrito de alegaciones una vez que obtiene la confirmación por parte del órgano de



contratación de que *“Sería suficiente con presentar un informe de instituciones financieras si la empresa no hubiera tenido actividad en alguno de los tres últimos ejercicios solicitado”*. Por otro lado debe destacarse que resulta acreditado que PETNET Soluciones no tuvo actividad durante el primer ejercicio, como se demuestra mediante la aportación en fase de alegaciones de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, en cuya memoria abreviada del ejercicio 2009/2010, consta que *“A septiembre de 2010, la sociedad no ha podido empezar la producción al estar todavía en proceso la obtención de las licencias necesarias correspondientes”*.

El fin que se persigue mediante la exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, según se recoge en el considerando 39 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo constituye una de las facultades de los Estados miembros para garantizar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato de que se trate. Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

Siendo esto así, debe concluirse que lo que al poder adjudicador interesa es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato.

El certificado de instituciones financieras tiene por objeto permitir a las empresas, fundamentalmente de nueva creación, que no tengan el volumen de negocio exigido, que puedan acreditar su solvencia de forma alternativa al mismo.

Resulta muy claro en este punto que la recurrente no aporta declaración de la cifra de negocios que cubra la cantidad correspondiente al importe de licitación para

cada uno de los ejercicios en que tiene actividad, sin que el certificado de instituciones financieras tenga por objeto completar la cifra de negocios menor de la exigida, sino permitir para las empresas fundamentalmente de nueva creación que no tengan el volumen de negocio exigido, que puedan acreditar su solvencia de forma alternativa al mismo. De tal forma que, como mínimo, la declaración de la cifra de negocios de los años 2011 y 2012 debía cubrir la cantidad exigida. Siendo así que dicha cantidad resulta claramente inferior, la admisión a licitación de la adjudicataria resulta contraria a las exigencias del PCAP y por tanto debe ser anulada.

Concurriendo causa de anulación de la adjudicación por falta de solvencia de la adjudicataria, no procede a juicio de este Tribunal entrar a valorar, la segunda de las razones esgrimidas para justificar tal anulación, -a saber que dicha empresa no puede haber producido una cantidad de FDG igual o superior a la licitada (140.550 milicurios)-, para cuya prueba se ha solicitado que se libre oficio al Consejo de Seguridad Nuclear para que emita Certificado que acredite el volumen de producción del laboratorio Pet Net en el año anterior a la licitación.

Siendo improcedente el examen de dicha cuestión no se considera necesaria la celebración de la prueba solicitada en relación con la misma, por lo que este Tribunal deniega la celebración de aquella por considerarla innecesaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 80. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Respecto de la UTE colocada en segundo lugar en la licitación, IBA-Molypharma, se aducen dos cuestiones (sin distinguir si afectan a ambas empresas o a una sola de ellas): de un lado que no dispone de la solvencia técnica exigida, y por otro lado en relación con los criterios de adjudicación que no dispone tampoco

de más de seis módulos de síntesis por los que se le asignan 5 puntos. El órgano de contratación no se pronuncia en concreto sobre estas cuestiones.

En cuanto a la solvencia técnica en concreto, la recurrente duda de que desde la puesta en marcha del ciclotrón, la empresa haya podido producir una cantidad de FDG igual o superior a la licitada (140.550 milicurios). Para acreditar esta circunstancia aporta un acta de inspección previa a la puesta en marcha de la instalación del Consejo de Seguridad Nuclear, fechada el 30 de noviembre de 2010, indicando que dada la tramitación de la autorización de este tipo de instalaciones es perfectamente posible que en marzo de 2013 (fecha de presentación de ofertas) llevase poco tiempo en funcionamiento, lo que no le permitiría haber fabricado la cantidad de FDG exigida.

Lo cierto es que la premisa que hace dudar a la recurrente de la capacidad de producción de IBA-Molypharma constituye una presunción que se ha desvirtuado mediante la aportación de la notificación de puesta en marcha de las instalaciones de IBA Molecular Spain en Ajalvir, cuya fecha es de 21 de enero de 2011, por lo tanto casi dos años anterior, y no unos pocos meses como se afirma, a la presentación de ofertas. Desde esta consideración sería posible como afirma la actora que se haya producido la cantidad de FDG requerida. Al haberse desvirtuado la presunción de base que sirva para poner en duda la declaración responsable de IBA-Molypharma, este Tribunal considera que no es necesaria la práctica de la prueba solicitada por lo que deniega la celebración de aquella, de acuerdo con lo previsto en el artículo 80. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (LRJ-PAC), sin perjuicio de las facultades de comprobación que corresponden al órgano de contratación.

Respecto de la cantidad de módulos de síntesis con que cuentan las licitadoras, resulta acreditado mediante las facturas de compra y el plano de la

instalación que disponen de siete módulos de síntesis en la instalación de Ajalvir, por lo tanto uno más de los requeridos, por lo que procede desestimar también el recurso en relación con esta cuestión, declarándose asimismo innecesaria y por tanto denegándose la prueba, respecto de esta última cuestión.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por Doña M.A.M., con fecha 24 de abril, en nombre y representación de INSTITUTO TECNOLÓGICO PET S.A. contra la Resolución de 31 de mayo de 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria por la que se adjudica el contrato “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud” declarando que procede retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la admisión de los licitadores procediendo la exclusión de la adjudicataria por carecer de la solvencia exigida en el PCAP.

**Segundo.-** Desestimar las pretensiones relativas al cumplimiento de la segunda clasificada en el procedimiento de licitación.

**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.

**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 49 del TRLCSP.