

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesta por don H.R.S., en nombre propio, contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones, publicados el 17 de julio de 2019, para la contratación del “Servicio de Asistencia Técnica para la Medición y Evaluación Higiénica de los Niveles de Exposición a Gas Radón mediante Dosimetría Personal y Muestras Fijas en Puestos y Lugares de Trabajo del Canal de Isabel II” número de expediente 174/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de julio de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 110.150 euros y su duración será de cuatro años.

Segundo.- Interesa destacar a fin de resolver el presente recurso el apartado 5 del Anexo 1 al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que establece los requisitos de solvencia en los siguientes términos:

“1. Requisitos y criterios de solvencia económica y financiera:

*Los licitadores deberán acreditar en el mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas un volumen anual de negocios **en el ámbito objeto del contrato** (evaluación exposición a gas radón) por importe igual o superior a 30.000,00 €.*

2. Medios que deben adscribirse a lo ejecución del contrato:

a) Los licitadores deberán contar como mínimo con el siguiente personal con dedicación al servicio objeto del contrato:

Un Responsable o Director Técnico especialista en evaluaciones de gas radón que actúe como interlocutor con el Servicio de Prevención de Canal de Isabel II, S.A., licenciado en Medicina, Ingeniería Industrial, Ciencias Químicas o Físicas con experiencia de al menos cinco (5) años en la realización de evaluaciones de higiene industrial y/o radiaciones ionizantes, entre las que se incluyen las mediciones de la exposición al gas radón.

3. Medios técnicos que deben adscribirse a la ejecución del contrato:

Contar con un Laboratorio acreditado por ENAC para la realización de Ensayos en el Área de Protección radiológica directamente relacionados con la medida de gas radón con la ISO/IEC/17025.

Los siguientes requisitos de solvencia técnica, dada su naturaleza, no podrán ser descompuestos a efectos de ser acreditados, esto es, deberán ser cumplidos por un solo operador económico, ya sea el propio licitador, un miembro de la UTE o un tercero con el que integre su solvencia el licitador.

4. Experiencia en la ejecución de servicios análogos:

*Los licitadores deberán haber realizado servicios análogos a las del presente Contrata ejecutados en los **tres (3) últimos años** anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante con las siguientes unidades mínimas:*

La redacción de al menos doce (12) informes de evaluación a la exposición de gas radón con al menos tres empresas diferentes en el periodo anteriormente referido.

5. Las licitadores deberán estar expresamente autorizados por el Consejo de Seguridad Nuclear coma Servicio de protección radiológica (SPR) o Unidad Técnica de Protección Radiológica (UTPR). En caso de UTE, será necesario que dispongan de dicha certificación o medidas equivalentes al menos la empresa o empresas que constituyan el 50% de la UTE”.

Conviene destacar también el apartado 8ª) 2.1 del mismo anexo 1, que establece: Paginas 75 y 76 del expediente:

“A.2.1 Experiencia en evaluación de la exposición a gas radón del Director Técnico especialista en evaluaciones de gas radón que actúe como interlocutor con el Servicio de Prevención de Canal de Isabel II (35 puntos).

Se requiere que el Director Técnico adscrito al objeto del contrato tenga una experiencia acreditada, habiendo participado en los últimos tres años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en la elaboración de 12 o más informes de evaluación de la exposición a gas radón de lugares o puestos de trabajo; valorando el número de informes (hasta 35 puntos)”.

Tercero.- El 21 de julio de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por don H.R.S., en el que solicita la nulidad de los pliegos en base a distintas consideraciones sobre la solvencia requerida, la forma de acreditarla y los criterios de adjudicación establecidos.

El 1 de agosto 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.- Este procedimiento se encuentra suspendido por acuerdo del órgano de contratación de fecha 1 de agosto de 2019, por lo que no procede el levantamiento por parte de este Tribunal.

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.- A fin de determinar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso planteado debemos partir de la naturaleza jurídica de Canal de Isabel II, S.A., que es una empresa pública de la Comunidad de Madrid sujeta en su contratación a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, (en adelante LCSE) siempre que realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 10 de dicha Ley, cuyo valor estimado sea igual superior a los límites establecidos en el artículo 16.

En cuanto a la coincidencia del objeto del contrato con las actividades del artículo 7 de la LCSE, de acuerdo con los pliegos, el objeto del contrato es el la asistencia técnica para la medición de gases en el seno de la prevención de riesgos laborales de determinado personal de Canal de Isabel II a juicio de este Tribunal no se encuentra comprendida dentro del concepto servicios explotación y suministro de agua que justifica la aplicación de la LCSE. En apoyo de esta consideración puede citarse lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C- 393/06, en su apartado 31 *“(…) solo están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 los contratos que una entidad,-que tenga la consideración de ‘entidad adjudicadora’ en el sentido de esta Directiva- celebre en relación con el ejercicio de actividades en los sectores*

enumerados en los artículo 3 a 7 de dicha Directiva y para dicho ejercicio”. De esta última expresión “para dicho ejercicio” se deduce el carácter instrumental que el objeto del contrato debe tener para el desarrollo de la actividad especial que justifica su regulación algo más laxa que la del resto de contratos del sector público, en orden a la aplicación de la LCSP o de la LCSE.

Por tanto resulta de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado 2 de la disposición adicional octava de la LCSP, cuando establece que *“2. (...) Los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, se registrarán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”.*

Se trata en consecuencia en este caso de un recurso especial en materia de contratación regulado en los artículos 44 a 60 de la LCSP, y no una reclamación regulada en el artículo 101 y siguientes de la LCSE, sin perjuicio de que el PCAP indica que este contrato se registrará por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En cuanto a su valor estimado, no supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la LCSE, por lo que por ambos motivos este contrato no está sujeto a la regulación de los sectores especiales.

Segundo.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Tercero.- El recurso se dirige contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones de un contrato de servicios, con un valor estimado superior a 100.000 euros por lo que el acto es recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- Se acredita la legitimación de don H.R.S., para interponer el recurso al tratarse de una persona física potencial licitadora *“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).

Quinto.- En cuanto al plazo para interponer el recurso el anuncio de licitación fue publicado el 17 de julio de 2019, poniéndose en ese momento los pliegos a disposición de los interesados e interponiendo el recurso el 19 de julio de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Sexto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la solvencia requerida y contra el establecimiento y ponderación de un criterio de adjudicación.

El recurrente plantea su disconformidad contra todos los modos de acreditar la solvencia que figuran en el PCAP.

Inicia su exposición con la posibilidad de haber solicitado la acreditación de la solvencia mediante otras formas y no con las establecidas en el PCAP. El órgano de contratación manifiesta que la elección de la forma de acreditar la solvencia es una opción propia.

Se ha de destacar que el artículo 90 de la LCSP establece un catálogo de formas de acreditar la solvencia técnica y profesional que se determinará: *“a elección del órgano de contratación”*.

En relación con los medios que deben adscribirse a lo ejecución del contrato y que exigen un Responsable o Director Técnico especialista en evaluaciones de gas radón que actúe como interlocutor con el Servicio de Prevención de Canal de Isabel II, S.A., con dedicación al servicio objeto del contrato, licenciado en Medicina, Ingeniería Industrial, Ciencias Químicas o Físicas con experiencia de al menos cinco (5) años en la realización de evaluaciones de higiene industrial y/o radiaciones ionizantes, entre las que se incluyen las mediciones de la exposición al gas radón; considera que al no existir una norma que obligue a contar con personal que responda al perfil descrito, no debe considerarse como un criterios de solvencia.

El órgano de contratación invoca la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales y su aplicación al caso concreto para justificar su decisión de requerir el perfil descrito. Indica asimismo que no es desproporcionado y que el artículo 90 de la LCSP, prevé la titulación académica y profesional de los responsables de la ejecución del contrato como una forma de acreditar la solvencia.

En cuanto a los medios técnicos que deben adscribirse a la ejecución del contrato y en concreto a la necesidad de contar con un Laboratorio acreditado por ENAC para la realización de Ensayos en el Área de Protección radiológica directamente relacionados con la medida de gas radón con la ISO/IEC/17025, el recurrente considera que otras acreditaciones como la DAKKS alemana son igualmente validas, por lo que reducir la acreditación a una sola certificación restringe la competencia.

El órgano de contratación a este respecto indica que al ser la ENAC firmante de todos los acuerdos internacionales sobre mediciones de gas radón, cualquier certificado emitido por otra organización firmante de los mismos acuerdos seria reconocida por ENAC, por lo que en consecuencia serian aceptados por Canal de Isabel II.

Seguidamente el recurrente considera contrario a derecho que la solvencia técnica no pueda ser descompuesta permitiendo la acreditación mediante medios externos o por integración de las solvencias de las empresas que participen en compromiso de UTE.

A este respecto el órgano de contratación manifiesta que en el PCAP se determina dos grupos de formas de acreditación de la solvencia, uno formado por aquellos requisitos que deban ser acreditados por la licitadora y otros que podrá ser acreditado por el propio licitador o un tercero de forma exclusiva o bien en colaboración con el licitador. Enumerando a este respecto la experiencia en la ejecución de servicios análogos, redacción de informes y publicaciones sobre la materia.

El Informe del órgano dice *“En el apartado 5.1 del Anexo 1 al PCAP, puntos 1 a 3, se han indicado aquellos requisitos que SÍ pueden ser **descompuestos** mediante la suma de las capacidades de diferentes operadores económicos, ya sean éstos el propio licitador, miembros de la UTE, o terceros con los que integre su solvencia el licitador.*

*En el apartado 5.1 del Anexo 1 al PCAP, puntos 4 y 5, se han indicado aquellos requisitos que por su propia naturaleza **NO pueden ser descompuestos** mediante la suma de las capacidades de diferentes operados económicos porque quedarían desnaturalizados. En este sentido, estos criterios de solvencia deben ser cumplidos por un solo operador económico, ya sea el propio licitador, un miembro de la UTE o un tercero con el que integre su solvencia el licitador”.*

Este Tribunal ha mantenido en varias de sus Resoluciones valiendo por todas la 164/2017, que la solvencia tanto económica y financiera como técnica y profesional podrá ser completada por medios externos, pero no podrá ser totalmente acreditada mediante esos medios no propios.

Por último en cuanto a la exigencia, como solvencia, de estar autorizados como Unidad Técnica de Protección Radiológica, (en adelante UTPR), vulnera el

criterio de libre competencia por cuanto se están desarrollando múltiples trabajos de esta naturaleza sin el concurso de UTPR, y no permitiendo la contratación de tal servicio de UTPR, sino que se exige “ser” una UTPR, cuando no existe normativa que requiera tal necesidad, y en su defecto, se impone cuál ha de ser la participación de la UTE al 50% con una UTPR.

El órgano de contratación manifiesta que *“en primer lugar, debe indicarse que el Reglamento de Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes establece que el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), a la vista del riesgo radiológico asociado a una práctica que haga uso de las radiaciones ionizantes, puede exigir al titular de dicha práctica que se dote de una unidad especializada en protección radiológica (propia o contratada) para que le proporcione asesoramiento en esa materia y para encomendarle las funciones que, según se establece en dicho Reglamento, recaen en el titular.*

Como ya se ha expuesto, el término Servicios de Protección Radiológica (SPR) se utiliza para referirse a aquellas unidades que el titular constituye como parte de su propia organización. En cambio, el término Unidades Técnicas de Protección Radiológica (UTPR) se utiliza para referirse a aquellas unidades (externas a su organización) que el titular contrata para la prestación de los mencionados servicios. Ya se ha referido anteriormente que se va a modificar el PCAP para hacer referencia a UTPR, ya que el licitador (o su subcontratista) será siempre respecto a Canal de Isabel II, S.A. una unidad externa a la organización de esta empresa pública.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el citado Reglamento de Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes, el requisito es proporcional”.

Asimismo manifiesta que adicionalmente y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 69.8 de la LCSP los miembros de las UTEs pueden alterar su porcentaje de participación en las mismas durante la tramitación del procedimiento de licitación y antes de formalizar el contrato, se va a proceder a eliminar la regla que imponía que en caso de UTE constase con la autorización del

Consejo de Seguridad Nuclear la empresa o empresas que constituyesen el 50% de la UTE.

No obstante si el recurrente pretende acreditar su solvencia mediante la subcontratación de la Unidad Técnica de Protección Radiológica (UTPR), opción que deberá constar en su oferta.

La fundamentación jurídica de este motivo de recurso se circunscribe a la determinación de la proporcionalidad de la solvencia requerida. Este Tribunal en su Resolución 187/2015 de 18 de noviembre, señaló que *“La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad, del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.*

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si bien se refiere a las medidas de exclusión de licitadores por causas basadas en consideraciones objetivas y relacionadas con la aptitud profesional enumeradas en el artículo 24 de la Directiva 93/37, en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y la Sentencia Caso Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146) se refiere al principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo”.

Siguiendo la doctrina de este Tribunal la proporcionalidad de la solvencia vendrá determinada por la relación entre lo que se exige y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes.

Queda acreditado tanto en los PCAP como en la documentación del expediente la razonable exigencia de solvencia en relación al servicio altamente especializado y técnico objeto de la contratación, se estima el recurso en cuanto a la eliminación del término “servicios de protección radiológica” entendiéndose que solo se referirá a “unidades técnicas de protección radiológica”, se estima también en cuanto a la eliminación de la regla que imponía que en caso de UTE constase con la autorización del Consejo de Seguridad Nuclear la empresa o empresas que constituyesen el 50% de la UTE, desestimándose el resto de motivos.

El recurrente alega en segundo lugar distintas cuestiones referidas a los tres criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en el apartado 8 PCAP y que son los siguientes:

"A) 2.1 Experiencia en evaluación de la exposición a gas radón del Director Técnico especialista en evaluaciones de gas radón que actúe como interlocutor con el Servicio de Prevención de Canal de Isabel 11 (35 puntos).

Se requiere que el Director Técnico adscrito al objeto del contrato tenga una experiencia acreditada, habiendo participado en los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en la elaboración de 12 o más informes de evaluación de la exposición a gas radón de lugares o puestos de trabajo; valorando el número de informes (hasta 35 puntos).

(...)

A) 2.2 Publicaciones en libros, revistas o página web especializada nacional o internacional referentes al objeto del contrato por parte del Director Técnico que se adscribirá a la ejecución del contrato (6 puntos).

Se requiere que el Director Técnico adscrito al objeto del contrato haya publicado 5 o más artículos de interés en libro, revista o página web especializada nacional o internacional, referente al tema objeto del contrato, como primer o segundo firmante; valorando el número de publicaciones (hasta 6 puntos). (...).

A) 2.3 *Reducción del plazo de entrega de los informes de evaluación de los puestos y/o lugares de trabajo respecto a los indicados en el apartado 2.17 del Pliego de Prescripciones Técnicas (1 mes de 31 días naturales) y acceso a la documentación (hasta 10 puntos).*

Se requiere que los informes de evaluación sellados y firmados por la UTPR se envíen al Servicio de Prevención de Canal de Isabel 11, S.A. en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la realización de envío de los captadores o dosímetros; valorando la reducción de los plazos de entrega de los informes y la disponibilidad de una plataforma informática que permita consultar y descargar los informes de evaluación (hasta 10 puntos)”.

Según el órgano de contratación el recurrente alega que el criterio de valoración indicado en el apartado 8 A) 2.1 del Anexo 1 del PCAP entremezcla solvencia y criterios de adjudicación. Manifestando a ese respecto que: *“En ningún caso se está mezclando solvencia y criterios de valoración. Únicamente se valoran los informes que por encima del mínimo de solvencia requerido, haya elaborado el Director Técnico propuesto”*. Añadiendo que *‘el artículo 145.2 de la LCSP permite que se valore la experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución’*. Estas mismas afirmaciones las efectúa el órgano de contratación en relación a la valoración de las publicaciones en libros, revistas o páginas web especializadas por parte del Director Técnico, se trata de un criterios que permite valora la calidad del personal que afecta directamente a la ejecución del servicio”.

Este Tribunal viene manteniendo en diversas resoluciones valga por todas ellas la Resolución 26/2016, de 15 de febrero de 2016 que *“La valoración de la experiencia del equipo humano adscrito a la ejecución del contrato por encima del nivel mínimo exigido para acreditar la solvencia es admisible como criterio de adjudicación, pues dicha experiencia puede aportar mayor calidad a la ejecución del contrato”*.

Por lo que respecta a la reducción del plazo de entrega de los informes y la

posible incidencia de recepción de los captadores o dosímetros, el órgano de contratación manifiesta que ya el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) considera este posible retraso y lo conceptúa como incidencia debidamente justificada, por lo que la impugnación del criterio carece de fundamento.

En cuanto al número de informes a solicitar por Canal de Isabel II, se comprueba por este Tribunal que la oferta económica se establece como precios unitarios, por lo que carece de fundamento alguno esta alegación.

Por último el recurrente detecta un error en la redacción de los PPT, toda vez que en relación con la ratificación de los informes el PCAP establece un listado de profesionales que podrán efectuar esta ratificación y el PPT omite a uno de ellos. El órgano de contratación confirma que se trata de un error material y que procederá a su corrección.

A la vista de lo anteriormente expuesto y a excepción del error material anteriormente señalado se desestima el recurso en base a este supuesto.

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 H.R.S., en nombre propio, contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones, publicados el 17 de julio de 2019 para la contratación del “Servicio de Asistencia Técnica para la Medición y Evaluación Higiénica de los Niveles de Exposición a Gas Radón mediante Dosimetría Personal y Muestras Fijas

en Puestos y Lugares de Trabajo del Canal de Isabel II” número de expediente 174/2018 con la extensión descrita en el fundamento de derecho número cinco.

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.- 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.