

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

En Madrid, a 27 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Linde Médica, S.L.U. (en adelante LINDE), contra la resolución de 24 de marzo de 2021 de adjudicación del contrato "Servicio Técnico-Asistencial de Monitorización de Pacientes con Patología EPOC y/o Insuficiencia Cardíaca para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón", expediente número A/SER-034384/2020, del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 4 y el 6 de noviembre de 2020, en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación electrónica del contrato de servicios de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato asciende a 499.320 euros, con plazo de ejecución de 12 meses.

Segundo.- A la licitación se presentaron cuatro empresas licitadoras, entre ellas la recurrente.

Con fecha 29 de diciembre de 2020 el Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HUGM) adjudicó el contrato de servicios a la empresa LINDE, a propuesta de la mesa de contratación, publicándose en el perfil de contratante el 30 de diciembre de 2020.

Con fechas 19 y 21 de enero de 2021, se presentan ante este Tribunal, por las representaciones de Tunstall Ibérica S.A.U. (en adelante TUNSTALL) y de Air Liquide Healthcare España, S.L (en adelante AIR LIQUIDE), sendos recursos especiales en materia de contratación contra la adjudicación del contrato. Mediante Resolución nº 83/2021 de 18 de febrero de este Tribunal se resuelven los citados recursos nº 30 y 40/2021, acumulados, desestimando el interpuesto por TUNSTALL y estimando el presentado por AIR LIQUIDE anulando la adjudicación del contrato y ordenando la retroacción de actuaciones del procedimiento al momento de ponderación de los criterios y clasificación de ofertas.

El 2 de marzo de 2021 la mesa de contratación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM), tras la revisión de la documentación técnica relativa a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas y oferta económica, propone como adjudicataria del contrato a AIR LIQUIDE por ser la oferta mejor clasificada. Con fecha 24 de marzo de 2021, mediante resolución del Director Gerente del Hospital, se acuerda la adjudicación del contrato de servicios de referencia, notificándose a los interesados y publicándose en el perfil de contratante el mismo día.

Tercero.- Con fecha 16 de abril de 2021, se presenta ante este Tribunal por la representación de LINDE recurso especial en materia de contratación impugnando la adjudicación del contrato acordada el 24 de marzo por el órgano de contratación, solicitando la nulidad o, en su defecto, anulación de la resolución de adjudicación, con retroacción del expediente para que el órgano de contratación acuerde la exclusión de la adjudicataria. Asimismo, insta la rectificación de la valoración de TUNSTALL en los epígrafes 9.2.1 y 9.2.2 del PCAP otorgándole la valoración de cero (0) puntos, y

proceda a la adjudicación del contrato a LINDE por haber presentado la mejor oferta en términos de relación calidad/precio. Por otra parte, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, solicita la suspensión de la ejecución del acuerdo de adjudicación impugnado y su mantenimiento en tanto no se resuelva el recurso. Por último, conforme a lo previsto en el artículo 56.4 de la LCSP, y para el caso de que se susciten dudas o discrepancias sobre el objeto social de la empresa AIR LIQUIDE, pide período de prueba para que se solicite al Registro Mercantil de Madrid certificación relativa a los estatutos sociales vigentes en el que se incluya el objeto social.

Cuarto.- En cumplimiento de lo establecido en 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 (en adelante LCSP), la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriendo el expediente de contratación y el preceptivo informe.

Con fecha 29 de abril de 2021, el órgano de contratación remite la documentación requerida solicitando la desestimación del recurso presentado por LINDE, dado que la adjudicación del contrato a AIR LIQUIDE cumple lo exigido en los pliegos y la normativa de contratación, además de ser la oferta más ventajosa.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 14 de mayo de 2021, se reciben en el Tribunal las alegaciones presentadas por la representación de AIR LIQUIDE el día 13, dentro del plazo concedido, solicitando la desestimación del recurso.

Sexto.- 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 en el artículo 21.1 del RPERMC, sin que se haya dictado 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 solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver los presentes recursos.

Segundo.- El recurso han sido interpuesto por licitador legitimado para recurrir el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP: *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, dado que recurre contra el adjudicatario y el segundo clasificado, de manera que de resultar estimadas sus pretensiones podría llegar a ser el adjudicatario del contrato impugnado.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación, se impugnó ante este Tribunal dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP, dado que la adjudicación del contrato se acordó, notifico y publicó el 24 de marzo, presentándose el recurso el 16 de abril de 2021.

Cuarto.- El recurso impugna el acto de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si la adjudicataria está capacitada para la prestación del servicio objeto de contratación, y si la ponderación de los criterios cualitativos de la oferta de la segunda clasificada se ha efectuado conforme a lo dispuesto en los pliegos que rigen la licitación del contrato.

A los efectos de la resolución del recurso resulta de interés citar lo dispuesto en las siguientes cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP):

PCAP

Cláusula 1. Características del contrato.

“7.2.- Acreditación de la solvencia técnica o profesional: Artículo 90 de la LCSP, apartado/s: 1, b):

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.

Criterios de selección:

b) Declaración del representante legal de la empresa en la que haga constar el personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios [personales] y/o [materiales]: SI

Los licitadores deben incluir en el Sobre 1:

- Descripción técnica del equipamiento requerido en el PPT.

- Descripción de recursos humanos requeridos en el PPT, con la cualificación de DUE y experiencia demostrable de al menos 2 años en el seguimiento de pacientes crónicos con características similares a los pacientes objeto del contrato.”

“23.- Subcontratación.

Prestaciones no susceptibles de subcontratación”

“Cláusula 6. Capacidad para contratar y criterios de selección de las empresas. *Podrán optar a la adjudicación del presente contrato las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, a título individual o en unión temporal de empresarios, que tengan plena capacidad de obrar, que no se encuentren incursas en las prohibiciones e incompatibilidades para contratar con la Administración establecidas en el artículo 71 de la LCSP, en la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid, y en el artículo 29.5 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, y que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o su clasificación de conformidad con lo establecido en el apartado 7 de la cláusula 1... Además, cuando se trate de personas jurídicas, las prestaciones del contrato objeto del presente pliego han de estar comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, conforme a sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.”*

Cláusula 15. Acreditación de la capacidad para contratar. (...)

4.- Solvencia económica, financiera y técnica o profesional. (...)

“Si el licitador ha recurrido a otras empresas para acreditar capacidades, deberá aportar la documentación referida en los apartados anteriores de dichas empresas, así como el compromiso por escrito de las entidades, que demuestre que dispone efectivamente para la ejecución del contrato de la solvencia y medios declarados”.

“Cláusula 30. Subcontratación.

El adjudicatario del contrato podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 215 de la

LCSP, quedando obligado al cumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidos en los artículos 216 y 217 del mismo texto legal...”

PPTP

“2) Definición del objeto

El objeto de este expediente es la contratación de un servicio de telemedicina para la monitorización de pacientes con EPOC o insuficiencia cardíaca crónica al objeto de detectar precozmente las agudizaciones e iniciar acciones destinadas a prevenir el empeoramiento del paciente y la necesidad de ingreso. Para asegurar la viabilidad y funcionalidad de este contrato y para garantizar la seguridad de los pacientes y los resultados en salud, todos los licitadores deben disponer de los elementos necesarios para la ejecución del programa, que se concreta en tener experiencia acreditada en la prestación de servicios de telemedicina y disponer de los requerimientos necesarios para la ejecución del programa, profesionales cualificados y desarrollo tecnológico plenamente operativo y en funcionamiento. Como más adelante se concretará la acreditación de estos extremos se incluirá en el sobre 1. Su no inclusión será causa inmediata de exclusión de este procedimiento”.

“5.- Plataforma de Telemonitorización y utilización de la misma para la coordinación del Programa de Telemedicina

La propuesta del licitador deberá incluir una plataforma tecnológica, incluyendo hardware i software, que permita atender, como mínimo, los requerimientos de este expediente.

Es preciso incluir en el sobre 1 la documentación acreditativa de la operatividad de la Plataforma y del cumplimiento de estos requisitos al tiempo de esta convocatoria de licitación...”.

“6.- Requisitos de capacitación técnica mínimos que deben reunir los licitadores

Los licitadores dispondrán en el momento de la presentación de su oferta de una estructura cualificada y suficiente para acometer la prestación del servicio con las garantías de calidad exigidas por la presente licitación.

Dada la naturaleza de la prestación, las personas encargadas de la relación con los pacientes y el filtrado de las alarmas deben ser personal sanitario (médico o

enfermera). La responsabilidad de planificar y realizar la contratación de los recursos necesarios para cumplir los niveles de servicio establecidos corresponderá al adjudicatario.

Los licitadores incluirán en el sobre 1 la descripción de medios de la empresa que, como mínimo, debe disponer de:

- *Personal sanitario, con titulación de diplomado universitario de enfermería, con experiencia demostrable de al menos 2 años en el seguimiento de pacientes crónicos de características similares a los pacientes objeto de este contrato. El adjudicatario deberá demostrar disponer en plantilla de al menos 6 personas con la citada cualificación.*

(...)

La documentación acreditativa de la disponibilidad de los medios anteriores deberá incluirse en el sobre 1 y deberá ser verificable en el momento de la licitación”.

Sexto.- La recurrente impugna de un lado la adjudicación del contrato solicitando la exclusión de la adjudicataria por falta de capacidad, y de otro lado impugna la valoración efectuada de los criterios cualitativos de adjudicación de la licitadora clasificada en segundo lugar.

Respecto al recurso presentado contra la adjudicataria del contrato de servicios LINDE plantea cinco motivos de impugnación que enumeramos a continuación y que seguidamente analizamos en detalle de manera diferenciada:

- Falta de capacidad de obrar para contratar el servicio objeto de la licitación.
- Falta de experiencia acreditada por la empresa adjudicataria y de los medios personales cualificados para la ejecución del contrato como requisitos de solvencia técnica o profesional.
- Incumplimiento de los requisitos de capacitación técnica por lo que se refiere a la plataforma tecnológica.
- Incumplimiento de la prohibición de subcontratar.

- Vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, como recapitulación de los anteriores.

6.1.- La recurrente alega falta de capacidad de la adjudicataria para contratar manifestando que el objeto social de AIR LIQUIDE según resulta de sus estatutos sociales, contenidos en su escritura constitutiva, es el siguiente:

“La fabricación, distribución, suministro y compra y venta, bajo todas sus formas del aire líquido, del oxígeno, del nitrógeno y de cualesquiera otros gases o mezclas de los mismos”.

Y por tanto, la actividad que constituye el objeto del servicio licitado no se halla comprendida en el objeto social de la empresa, ni dentro de sus fines o ámbito de actividad y, en consecuencia, no puede ser ejecutada por dicha sociedad por falta de capacidad para su ejercicio, conforme a los artículos 22.1.d) y 23.b) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, habiendo vulnerado el órgano de contratación los artículos 65.1 y 66.1 de la LCSP, así como la cláusula 6 del PCAP, por lo que el acto de adjudicación impugnado es nulo de pleno derecho en aplicación de lo establecido en el artículo 39.2.a) de la LCSP, como no puede ser de otro modo por razones de orden público y para preservar el interés general, debiéndose excluir a AIR LIQUIDE del procedimiento de adjudicación.

Asimismo, indica que *“No puede invocarse de contrario que, si bien la actividad objeto del servicio licitado no se halla comprendida en el objeto social de la sociedad adjudicataria, dicha actividad ha de entenderse incurso en los fines o en el ámbito de actividad de dicha sociedad por cuanto la referida actividad no se inscribe en “la prestación asistencial o tratamiento domiciliario del paciente, sino en la instalación en el domicilio del paciente de los equipos y plataforma de monitorización que realice las lecturas de las constantes y signos vitales y las transmita al Servicio del Hospital” (cláusula 1.3 del PCAP). En consecuencia, no se trata de una actividad comprendida entre las relativas a “la prestación de los servicios de atención sanitaria en el ámbito*

domiciliario”, ni a “la instalación y suministro de gases medicinales en los hospitales y centros sanitarios” a que se contraen el ámbito de actividad y los fines a que se encuentra ordenada la empresa adjudicataria, sino que se trata de una actividad de carácter técnico consistente en la instalación de equipos en el domicilio de los pacientes y el seguimiento de los datos proporcionados por una plataforma informática (hardware y software) para la monitorización y control a distancia de las constantes vitales de dichos pacientes y su transmisión a los Servicios (de Neumología y Cardiología) del Hospital”.

El órgano de contratación informa que el objeto del contrato es el servicio técnico-asistencial de monitorización de pacientes con patología EPOC y/o insuficiencia cardiaca, y para la correcta ejecución del mismo se requiere disponer de personal asistencial, de una plataforma tecnológica con las funcionalidades requeridas en los Pliegos, y la disposición e instalación de aparatos y equipos (definidos en el PPTP) en el domicilio del paciente.

A tenor de lo recogido en la escritura de constitución de la empresa AIR LIQUIDE, así como de la inscripción contenida en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del sector público (ROLECE), la empresa adjudicataria cuenta con la capacidad de obrar requerida al estar el objeto del contrato comprendido dentro su objeto social. A dichos efectos adjunta: escritura, listado CNAE 8690: Otras actividades sanitarias, y certificado del ROLECE.

Por otra parte, acompaña certificado del ROLECE de la empresa LINDE donde se especifica su objeto social, muy parecido al de AIR LIQUIDE o incluso menos acorde a la naturaleza del contrato.

Por su parte, la adjudicataria en su escrito de alegaciones plantea, en primer lugar, que el recurso en lo que respecta a este aspecto debe reputarse extemporáneo, dado que la capacidad fue evaluada por la mesa de contratación en su reunión de 18 de diciembre de 2020 (Acta publicada el 30 de diciembre), admitiendo la oferta de AIR LIQUIDE, confirmando con ello su capacidad para la ejecución del contrato.

En segundo lugar, AIR LIQUIDE acredita que el servicio objeto de contratación se encuentra plenamente incluido en su ámbito de actividad, acompañando certificado del Registro Mercantil, en el que se comprueba que desarrolla su actividad en el ámbito sanitario, respecto de todo tipo de servicios médicos y asistenciales y, por lo tanto, el objeto de la presente licitación se encuentra, incuestionablemente, comprendido en su objeto social.

Asimismo, indica que la doctrina de los tribunales de contratación ha venido manteniendo la no exigencia de una coincidencia literal entre el objeto del contrato licitado y el objeto social de los licitadores, sino única y exclusivamente que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa, citando a los efectos resoluciones de este Tribunal, y del Central.

Por último, alega que igualmente desarrolla su actividad en el ámbito de la telemedicina con pacientes crónicos a través de su filial Care 4 Chronics, S.L.U. (en adelante C4C), sociedad íntegramente participada por ella que, puede considerarse un instrumento más a su disposición, acompañando certificado del Registro Mercantil en el que se recoge el objeto social de C4C (anteriormente denominada Servicios de Hospitalización Domiciliaria, S.L.U.), y documento acreditativo de la íntegra participación, lo que confirma la plena capacidad para prestar servicios de la naturaleza a contratar tanto directamente como a través de sus filiales.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar, como figura recogido en el fundamento de derecho tercero, que el recurso especial se ha interpuesto en tiempo y forma puesto que el acto que le ha sido notificado a la recurrente ha sido la adjudicación del contrato, sin que la LCSP en sus artículos 44.2.b) y 50.1.c), ni el RPERMC en su artículo 19, prevean la obligatoria impugnación de los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación no notificados a los interesados.

En cuanto a la capacidad de obrar de la adjudicataria para la contratación del servicio impugnado se comprueba que el objeto social de AIR LIQUIDE que figura inscrito en el Registro Mercantil, así como en el certificado del ROLECE lo constituye:

“a) La fabricación, distribución, suministro y compra y venta, bajo todas sus formas del aire líquido, del oxígeno, del nitrógeno y de cualesquiera otros gases o mezcla de los mismos especialmente comprimidos o líquidos, destinados a las aplicaciones medicinales. La fabricación y la compra y venta de todos los productos que de aquellos se deriven o que para su fabricación hubieran de emplearse. La fabricación, distribución y suministro de todo tipo de gases industriales, especiales y puros, así como sus mezclas; b) La intermediación en la prestación de todo tipo de servicios médicos y asistenciales en clínicas, hospitales y domicilio de los pacientes, incluyendo, entre otros, los relacionados con la oxigenoterapia y aerosolterapia, el suministro de gases medicinales en los establecimientos hospitalarios o los servicios de terapias respiratorias a domicilio. El suministro o alquiler de instalaciones y aparatos destinados al tratamiento médico, mediante la administración de gases. El suministro y alquiler de instalaciones, aparatos, botellas y tanques para el servicio de suministro de gases a su mercado natural; c) ... Otras actividades sanitarias. Para la consecución de este objeto social, la Sociedad podrá efectuar cuantas actividades de tipo medicinal, inmobiliario y comercial sean consideradas necesarias o útiles al desenvolvimiento del objeto principal. La Sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes del objeto social, total o parcialmente en Sociedades con objeto complementario. La adquisición y tenencia de participaciones y/o acciones de otras compañías, ya sea directamente o a través de filiales ...”

Por tanto, hemos de convenir con el órgano de contratación y con la adjudicataria del contrato en que los fines, objeto o ámbito de actividad de AIR LIQUIDE, conforme a sus estatutos o reglas fundacionales, le capacitan para la contratación convocada, conforme a lo dispuesto a estos efectos en los artículos 165 y 166 de la LCSP y en la cláusula 6 del PCAP.

Por lo expuesto, se desestima este primer motivo de impugnación.

6.2.- En segundo lugar, la recurrente plantea la falta de experiencia y medios personales de la adjudicataria para la ejecución del contrato, manifestando que por tratarse de un contrato de telemonitorización, la experiencia exigida al personal sanitario debe referirse a la actividad de monitorización (y no a la prestación de asistencia sanitaria a domicilio) y, en concreto, de pacientes con EPOC y con insuficiencia cardíaca, de acuerdo con lo establecido en el artículo 74.2 *in fine* de la LCSP, experiencia en telemonitorización que no puede acreditar por lo que a su personal de plantilla se refiere por no desarrollar la referida actividad.

Asimismo, observa que en la página web de AIR LIQUIDE no figura entre las actividades y servicios que presta el relativo al objeto de contrato *“instalación en el domicilio del paciente de los equipos y plataforma de monitorización que realice las lecturas de las constantes y signos vitales y las transmita al Servicio del Hospital”*, según la cláusula 1.3 del PCAP. Es más, cuando la web se refiere al *“Servicio de Televigilancia”*, único servicio de telemedicina incluido, lo limita a *“un servicio de seguimiento y control de los principales parámetros en la instalación de gases medicinales”*, consistente en un *“sistema de control remoto para atender mejor las necesidades del hospital y centros sanitarios para garantizar la seguridad del suministro”* y, por tanto, que se ubica y se ejecuta en los hospitales y centros sanitarios, que nada tiene que ver con la instalación en el domicilio de los pacientes, según resulta de la citada cláusula 1.3 del PCAP.

Por otra parte, destaca la falta de experiencia acreditada en la prestación de servicios de telemedicina establecido en la prescripción 2 del PPTP, requisito del que deben disponer todos los licitadores por ellos mismos en el momento de la presentación de su oferta, según el tenor literal de la prescripción 6 del PPTP, al no ser en este caso la experiencia susceptible de integración con medios ajenos conforme al artículo 75.1, y no haberse presentado, además, en el sobre nº 1 de su oferta el formulario Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), debidamente cumplimentado y firmado, correspondiente a cualquier otra entidad a la que eventualmente la adjudicataria hubiera recurrido para acreditar su solvencia por lo que

se refiere a la experiencia exigida para contratar como requisito de solvencia técnica o profesional. A estos efectos señala que la cláusula 1 del PCAP, apartado 23. Subcontratación, determina de forma inequívoca que se trata de *“prestaciones no susceptibles de subcontratación”*, de cuanto se infiere que el órgano de contratación, al amparo del artículo 75.4 de la LSCP, ha optado por la exigencia de que todos los trabajos relativos al servicio objeto del contrato, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutados directamente por el propio licitador

Lo mismo indica respecto de los recursos humanos exigidos para contratar como requisito de solvencia técnica o profesional, requisitos de capacitación técnica mínimos del PPTP que deben reunir los licitadores, cuya falta constituye causa inmediata de exclusión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en la prescripción 2 del PPTP, y causa de nulidad de los contratos celebrados por poderes adjudicadores y, en consecuencia, de los acuerdos de adjudicación de los que éstos traen causa, con arreglo a lo previsto en el artículo 39.2.a) de la LCSP.

Por su parte el HGUGM respecto a la falta de experiencia y de los medios personales cualificados como requisitos de solvencia técnica o profesional de la adjudicataria informa que, a juicio del órgano de asesoramiento del órgano de contratación, la empresa adjudicataria ha acreditado fehacientemente las exigencias, remitiendo la declaración responsable acreditativa de la solvencia técnica, así como los documentos justificativos de la misma.

La adjudicataria del contrato en su escrito de alegaciones plantea que en el sobre nº 1 adjuntó, conforme a lo exigido en el PCAP, tanto la declaración responsable de subcontratación de la empresa C4C, como el DEUC correspondiente y el compromiso de integración de solvencia suscrito por el representante legal de C4C, sociedad íntegramente participada por AIR LIQUIDE, por lo que la disponibilidad de los medios técnicos para la ejecución del contrato es indiscutible.

La cláusula 1.7.2 del PCAP prevé expresamente que los medios a adscribir a la ejecución del contrato podrían estar integrados o no en la empresa -obviamente,

siempre que se cuente con la disponibilidad de los mismos- y que el modo de acreditar dicha solvencia técnica es una declaración responsable del representante legal de la empresa, por lo que dado que AIR LIQUIDE presentó la correspondiente declaración responsable justificando la disponibilidad de los medios técnicos requeridos por el PCAP el planteamiento del recurrente en relación con este aspecto no puede tener acogida alguna. La cláusula 15.4 del PCAP igualmente ratifica la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos.

Adicionalmente recuerda que la doctrina y la jurisprudencia han venido considerando que, cuando se trata de medios de una filial íntegramente participada por el licitador, que es precisamente el caso que nos ocupa, dichos medios no son medios externos, sino que deben considerarse a estos efectos como medios del propio licitador, por lo que ni tan siquiera estaríamos, en puridad, en un supuesto de acreditación de solvencia con medios externos, puesto que dicha filial no es sino un instrumento a disposición del licitador para proceder a la ejecución del contrato.

Respecto de la subcontratación alega que la cláusula 30 del PCAP la admite siempre que se cumplan los requisitos del artículo 215 LCSP, que en el caso que nos ocupa se cumplen plenamente. Asimismo, indica que el apartado 23 de la Cláusula 1 del PCAP no prohíbe la subcontratación, puesto que no especifica ninguna prestación no susceptible de subcontratación, si el órgano de contratación hubiera querido excluir de la posibilidad de subcontratación alguna de las prestaciones del contrato, debería haberlo indicado a continuación de la frase *“Prestaciones no susceptibles de subcontratación”*. Esta es la única interpretación ajustada a Derecho, puesto que el artículo 215.2.e) de la LCSP declara que *“De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”*. La subcontratación por tanto es la regla general, y la posibilidad de excluir algunas tareas

de dicha subcontratación es excepcional y exige decisión expresa en tal sentido por parte del órgano de contratación y justificación en el expediente de contratación.

Incluso si se entendiera que la redacción de dicha cláusula es oscura, procedería aplicar lo dispuesto en el artículo 1288 del Código Civil, que establece el principio general relativo a que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Este Tribunal a la vista de la documentación que obra en el expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes comprueba que la adjudicataria ha acreditado la solvencia técnica exigible para contratar conforme a lo dispuesto en las cláusulas 1.7.2 y 15.4 del PCAP y ha cumplido con lo dispuesto en la prescripción 6 del PPTP, por lo que no se aprecia vulneración de los requisitos exigidos en los pliegos ni de lo dispuesto en los artículos 65, 74, 75 y 90 de la LCSP, por lo que también procede desestimar este motivo de impugnación.

La jurisprudencia europea y las directivas vienen manteniendo una interpretación amplia respecto a *la facultad que tienen los operadores económicos de utilizar, para la ejecución de un contrato, medios que pertenecen a una o varias otras entidades, eventualmente junto con sus propios medios, así la sentencia de la sala quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2013 indica: “Por tanto, procede considerar que la Directiva 2004/18 permite acumular capacidades de varios operadores económicos para cumplir las exigencias mínimas de capacidad establecidas por la entidad adjudicadora siempre que se acredite ante ésta que el candidato o el licitador que invoca capacidades de una o más entidades tendrá efectivamente a su disposición los medios de esas últimas que resulten necesarios para la ejecución del contrato. Dicha interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las directivas en la materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de las entidades adjudicadoras... igualmente puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, (...). Ciertamente, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una*

determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate. No obstante, dado que dicho supuesto constituye una situación excepcional, la Directiva 2004/18 se opone a que el Derecho nacional eleve dicha exigencia a la categoría de regla general, (...)”.

Igualmente, en el asunto Ballast Nedam Groep I, el Tribunal de Justicia declaró que una sociedad holding que no ejecute obras por sí misma no puede ser excluida de los procedimientos de licitación para la contratación pública de obras por el hecho de que sus filiales que ejecutan las obras sean personas jurídicas distintas si puede acreditar que tiene efectivamente a su disposición los medios de las filiales que sean necesarios para la ejecución del contrato. En el asunto Ballast Nedam Groep II el Tribunal de Justicia reafirmó la postura adoptada en el asunto Ballast Nedam Groep I y fue más allá en su definición al afirmar que al valorar la capacidad técnica de una sociedad matriz, la autoridad pública que elabora la lista de contratistas autorizados, debe tener en cuenta la capacidad técnica de las sociedades que forman parte del mismo grupo. En el asunto Holst Italia el Tribunal de Justicia aplicó la jurisprudencia Ballast a una situación en la que la sociedad que pretendía participar en un procedimiento de licitación no era la persona jurídica dominante en el grupo de sociedades, y confirmó que una sociedad de esas características podía basarse en las capacidades de otras sociedades que formaban parte del grupo, «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas». El Tribunal de Justicia declaró que ningún licitador puede ser excluido de un procedimiento por el mero hecho de que proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de «una o varias entidades distintas de él». De ello se desprende que una normativa nacional que excluya de un procedimiento de licitación a operadores económicos que invoquen las capacidades de más de una entidad vulnera el derecho de los operadores económicos a elegir este método de cumplimiento de los criterios de selección y, por

tanto, es incompatible con la Directiva 2004/18. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades.

Este Tribunal comparte el criterio amplio en la interpretación de la integración de la solvencia por medios externos prevista en el artículo 75 de la LCSP, considerándolo como un auténtico derecho, que solo puede ser limitado de manera excepcional, situación que no se da en el presente caso. Asimismo conviene traer a colación la Sentencia de 10 de octubre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, conforme a la cual *“No es interpretación acorde a derecho, la denegación de la posibilidad de licitar a una sociedad mercantil por falta de solvencia técnica, cuando la Administración tiene constancia de su integración en un grupo empresarial con unidad de gestión y negocio, la tenencia acreditada de dicha solvencia técnica, declarada por el órgano competente, por otra de las sociedades integrantes del grupo empresarial con unidad de negocio, por cuanto independientemente de las formas jurídicas societarias adoptadas por el grupo empresarial, la realidad económica del objeto del contrato conlleva que la finalidad económica perseguida es unitaria y, por tanto, la aportación de los recursos a la obtención material del fin económico perseguido implica la actuación de todos los medios de que dispone dicho grupo empresarial, y por ello, la aportación de la total solvencia técnica que el grupo empresarial ostente”*.

6.3.- Como tercer motivo LINDE plantea el incumplimiento de la adjudicataria de los requisitos de capacitación técnica que deben reunir los licitadores por lo que se refiere a la plataforma tecnológica, alegando que no dispone por sí misma de la plataforma tecnológica al tiempo de la presentación de su oferta y pretende integrar dicho requisito de solvencia con medios ajenos, concretamente mediante la subcontratación de los servicios de la empresa C4C, expresamente prohibido por la cláusula 1.23 del PCAP. Asimismo indica que no acredita la disponibilidad de la plataforma tecnológica por cuanto se ha limitado a presentar una mera Declaración responsable en la que

manifiesta unilateralmente que tiene intención de subcontratar parte de las prestaciones objeto del contrato a C4C, no habiendo un compromiso mutuo en tal sentido, y sin aportar el formulario DEUC, con infracción de lo establecido en el artículo 215.2.a) de la LCSP y en la cláusula 12.6 del PCAP. Lo que constituye motivo de exclusión según sanciona la prescripción 2, párrafo cuarto, del referido Pliego, siendo asimismo causa de nulidad con arreglo a lo previsto en el artículo 39.2.a) de la LCSP.

El órgano de contratación, respecto a la plataforma tecnológica, alega que la empresa adjudicataria ha recurrido, de conformidad con lo establecido con el artículo 75 de la LCSP, y en la cláusula 12 del PCAP a la empresa C4C (íntegramente participada por Air Liquide) que complementa con su solvencia técnica los requisitos requeridos a Air Liquide. A cuyos efectos remite la siguiente documentación:

- * Compromiso de integración de la solvencia por la empresa C4C.
- * Declaración de pertenencia de grupo empresarial.
- * Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) de C4C.
- * Compromiso de adscripción de medios personales y materiales.
- * Certificado operatividad plataforma.
- * Certificados de la Plataforma. Marcado CE y validaciones.

Por su parte, la adjudicataria en su escrito de alegaciones manifiesta que no es cierto que se limitara a aportar una declaración responsable unilateral de subcontratación, sino que se aportó igualmente el correspondiente compromiso firmado por el representante legal de C4C de complementar con su solvencia técnica los requisitos de solvencia técnica requeridos a mi representada, y de poner a su disposición todos los medios personales y técnicos precisos para la correcta prestación del servicio. Por lo tanto, se acreditó en los términos legalmente exigidos la disponibilidad de la plataforma tecnológica requerida, amén de que como ya se ha expuesto anteriormente, siendo C4C una filial íntegramente participada por AIR LIQUIDE ni tan siquiera se considerarían medios externos, sino medios propios por lo

que la disponibilidad de los mismos está fuera de toda duda, sin siquiera ser necesario aportar dicho compromiso.

Igualmente se aportó el DEUC correspondiente a C4C.

Este Tribunal comprueba en la documentación que obra en el expediente de contratación que figura debidamente acreditada la disponibilidad de la plataforma tecnológica exigida en los pliegos y con los requisitos requeridos por parte de la adjudicataria, dando por reproducidas las argumentaciones efectuadas en el apartado 6.2, procediendo igualmente la desestimación de este motivo de impugnación.

6.4.- La recurrente alega que la adjudicataria ha incumplido la prohibición de subcontratar establecida en el PCAP al declarar su voluntad de subcontratar con un tercero la plataforma tecnológica (hardware y software), lo que no es menor por cuanto dicha plataforma es la base del servicio de telemonitorización objeto del contrato y, por tanto, su prestación principal.

El órgano de contratación en relación a la prohibición de subcontratar informa que para la ejecución del contrato se requiere disponer de personal asistencial, con unas características y experiencia concretas, siendo esta prestación la de mayor valor económico de este contrato, de ahí que para garantizar la prestación y continuidad del mismo se determinase incluir en el PCAP la prohibición de subcontratar. Indudablemente, para ejecutar este contrato se requiere de servicios complementarios como son el suministro de equipos y de una plataforma, software que conlleva el pago de una licencia, necesarios para la ejecución del contrato. Cuando el pliego establece que no se permite la subcontratación, tal prohibición debe entenderse referida a la prestación principal objeto del contrato y no a las prestaciones adicionales o complementarias requeridas. Además, en este caso, la plataforma informática se integra como una adscripción de medios materiales al contrato, estando debidamente justificado en la documentación aportada en el expediente y que se adjunta al punto anterior.

Este Tribunal da por reproducidos los argumentos empleados en los apartados anteriores por lo que procede igualmente su desestimación.

6.5.- Por último, alega vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores en relación al acuerdo de exclusión de la sociedad Offshore Special Services, SL del procedimiento de licitación por “no cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos”, al considerar que la adjudicataria incumple los requisitos de capacidad y solvencia técnica y profesional por lo que procede su exclusión del procedimiento de adjudicación, medida no adoptada por el órgano de contratación.

La adjudicataria alega que dado que no incurre en los incumplimientos achacados por la recurrente no existe razón alguna para su exclusión ni se encuentra, por ello, en una situación análoga a la de la sociedad excluida lo que determina que no se haya vulnerado el principio de igualdad de trato entre licitadores. Asimismo no considera aceptable el alegato de un supuesto trato discriminatorio de un tercero que nada ha manifestado en tal sentido.

Este Tribunal no considera que se haya producido en la actuación del órgano de contratación, ni en la adjudicataria, incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos ni en la LCSP, estima que no procede la exclusión del procedimiento pretendida por la recurrente, sin apreciar en consecuencia vulneración del principio de tratamiento igualitario y no discriminación recogidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

Por todo lo expuesto, se desestima el recurso interpuesto por LINDE contra la adjudicataria del contrato al no quedar acreditada la falta de capacidad de obrar ni de solvencia técnica y profesional alegados, conforme a lo dispuesto en los artículos 65, 66, 74, 75 y 215 de la LCSP, ni el incumplimiento de los pliegos que rigen la contratación del servicio. Por ello carece de virtualidad entrar a analizar los motivos de impugnación de la valoración de los criterios cualitativos de adjudicación de TUNSTALL, como segundo clasificado para la adjudicación del contrato, alegados por LINDE, toda vez que no queda excluida del procedimiento AIR LIQUIDE, ni en

consecuencia se anula la resolución de adjudicación acordada el 24 de marzo de 2021 por el órgano de contratación del HGUGM.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Linde Médica, S.L.U., contra la resolución de adjudicación del contrato, de fecha 24 de marzo de 2021 a la empresa Air Liquide Healthcare España, S.L., del contrato "Servicio Técnico-Asistencial de Monitorización de Pacientes con Patología EPOC y/o Insuficiencia Cardíaca para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón", expediente número A/SER-034384/2020, del Servicio Madrileño de Salud.

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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación previsto en el artículo 53 de la LCSP, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.3 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.