

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

En Madrid, a 29 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de PRODUCCIONES MIC S.L. (en adelante MIC) contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación del contrato de “Servicio de diseño, maquetación, impresión, promoción y programación HTML de la memoria científica del instituto de investigación sanitaria del Hospital Universitario la Paz a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, (PA 05-2023), este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de mayo de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 120.000 euros y un plazo de ejecución de un año.

Segundo.- El 6 de junio de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por MIC contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

Tercero.- El 23 de junio de 2023 el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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).

Cuarto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de 15 de junio de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente señala en su recurso que, dentro del plazo inicialmente conferido para formular propuestas, presentó escrito ante el órgano de contratación anunciando su intención de recurrir los citados anuncio y pliegos, y haciendo saber que no presentaba oferta dado los requisitos de solvencia exigidos que son objeto de impugnación en este recurso.

Si bien es cierto que la recurrente no ha presentado oferta a la licitación, impugna una cláusula de los pliegos referida a criterios de solvencia que le impiden participar en la licitación, por lo que de acuerdo con la doctrina mantenida por este Tribunal debe reconocérsele legitimación para presentar recurso, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 16 de mayo de 2023 e interpuesto el recurso el 6 de junio, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto resulta de interés transcribir la cláusula 1.6 del PCAP:

“Acreditación de la solvencia técnica:

Artículo 89 de la LCSP, apartado a).

Los criterios para la acreditación de la solvencia técnica son los siguientes:

1.- Experiencia en el diseño, maquetación, impresión, promoción y programación HTML de memorias científicas en inglés para Centros de Investigación:

Esta experiencia se acreditará mediante la relación de los servicios efectuados por el interesado en el curso de los tres últimos años (2020, 2021 y 2022), indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, siendo el requisito mínimo el haber realizado al menos cinco (5) memorias científicas en inglés, y para al menos un (1) Centro de Investigación.

Los trabajos o servicios efectuados, contenidos en la relación anterior, aparte de referenciarse, deberán acreditarse mediante la aportación de certificados de buena

ejecución, en que conste el servicio, el idioma del mismo y el centro para el que se realiza, así como la duración del contrato.

Cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por medio de un Certificado de cumplimiento por parte de la empresa licitadora de la normativa de gestión de la calidad UNE-ES-ISO 9001 o equivalente.

2.- Indicación del personal, integrante en la empresa, que se va a encargar de la ejecución del contrato:

- Un Director creativo con perfil de licenciado/a superior en Bellas Artes: deberá contar con 5 años de experiencia demostrables en el diseño, maquetación, impresión, promoción y programación HTML de memorias científicas en Centros de Investigación.*

- Un diseñador gráfico. Deberá contar con 5 años de experiencia demostrables en el diseño, maquetación, impresión, promoción y programación HTML de memorias científicas en Centros de Investigación.*

La experiencia anteriormente señalada del Director creativo y del resto del equipo de trabajo se acreditará mediante:

- 1. La presentación de los CV, que incluyan la experiencia profesional requerida en el apartado 6.2 de la cláusula 1, especificando las funciones desarrolladas en cada puesto de trabajo y el idioma en el que se han realizado.*

- 2. Certificados de buena ejecución en los que consten las funciones desarrolladas y el tiempo durante las que las han llevado a cabo.*

Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales: NO”.

La recurrente fundamenta su recurso en que la citada cláusula conculca los principios de libre concurrencia, competencia, igualdad de trato y no discriminación.

Como primer argumento sostiene que el PCAP incurre un claro error al remitirse al artículo 89 de la LCAP, que se refiere a la solvencia técnica del contrato de suministro, cuando previamente ha sido definido como de servicios. A su juicio, este

error no es baladí y no se puede considerar como una mera “*errata*” sin mayor trascendencia toda vez que el pliego rector de la licitación no acierta a la hora de definir la solvencia técnica mínima para desarrollar el objeto del contrato.

Considera que, en aplicación del artículo 90 de la LCSP, no se justifica siquiera mínimamente la necesidad de aportar de hasta cinco trabajos exactamente iguales al ahora licitado. A priori, y a falta de una mínima motivación al respecto en la documentación precontractual, nos encontramos ante un indicio de que la solvencia técnica exigida es desproporcionada y limita claramente el principio de libre concurrencia. No se justifica el porqué de ese volumen de documentos y, menos aún, la concreción de los mismos. Así mismo, se detecta tal limitación si analizamos cuál es la solvencia técnica exigida y comparamos la misma con el objeto del contrato.

Añade que el apartado 1 del citado artículo 90 establece que para acreditar la solvencia se puede exigir una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo, los tres últimos años. Así mismo establece que para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir, además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación Central de Productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV.

En este caso, el objeto del contrato es el servicio de diseño, maquetación, impresión, promoción y programación HTML de la memoria científica del Instituto de Investigación Sanitaria del Hospital Universitario La Paz, siendo los códigos CPV asignados al contrato los siguientes:

- 79822500-7 Servicios de diseño gráfico.

- 79811000-2 Servicios de impresión digital.

Se trata de dos conceptos amplios, que chocan frontalmente con la determinación del pliego: únicamente son válidos los trabajos realizados relativos a memorias científicas en inglés y para al menos un Centro de Investigación.

Por otro lado, cuestiona que deban contar en su plantilla con dos perfiles muy concretos. Con respecto a los dos perfiles de personal exigidos únicamente como solvencia técnica pero sin adscripción requerida para la ejecución del servicio, las exigencias son todavía más limitantes que las solicitadas a la empresa en su conjunto, pues tratándose de dos perfiles vinculados a la fase creativa y de diseño gráfico, se les exige experiencia demostrable en todas y cada una de las fases del servicio, incluyendo la impresión -cuya categoría profesional en absoluto tiene que ver con los perfiles detallados- y la programación HTML, que están vinculadas a perfiles especialistas en procedimientos informáticos (no creativos). Por muy polifacético que sea un mismo trabajador, no es posible que una misma persona participe en todas las fases del proyecto. Por último, además se solicitan que todas las memorias científicas hayan sido llevadas a cabo en Centros de Investigación.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la Fundación tiene la obligación (norma establecida por el Instituto de Salud Carlos III) de la presentación anual cada 30 de septiembre de una Memoria Científica en la que se exponga el balance de la actividad científica, así como la recopilación de proyectos y publicaciones científicas desarrolladas por los Grupos de Investigación de IdiPAZ.

Para el cumplimiento de dicha obligación considera que los licitadores deben reunir unos requisitos, condiciones y criterios de participación mínimos, por lo que se establecen unos parámetros de solvencia técnica-profesional.

La aportación de certificados de buena ejecución, en el que figuren la experiencia en la realización de, como mínimo, cinco memorias científicas en inglés, para el menos un Centro de Investigación se ampara en la necesidad de garantizar que, los licitadores que concurran reúnan unas condiciones mínimas de solvencia, más aun teniendo en cuenta el poco margen de preparación y ejecución que tendrá el adjudicatario para cumplir con la prestación (apartado 17, cláusula 1 del PCJP), así como todos los aspectos y conocimientos propios del lenguaje, composición, estructura, y elaboración de contenido de los que sí dispone un licitador que frecuente la prestación de este tipo de servicio a Centros de Investigación. A estos aspectos han de sumarse la obligatoriedad legal y al protocolo interno que debe seguirse tras la realización de la Memoria Científica, la cual debe remitirse y publicarse en portales de Organismos y Entidades Europeos e internacionales, exigiéndose así el cumplimiento de unos estándares mínimos de profesionalidad y experiencia. Por lo tanto, la determinación de la solvencia técnica establecida, observa una adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato, encontrándose vinculada a su objeto y a los medios de acreditación de la misma que se prevén en la LCSP.

La exigencia de la realización de la Memoria Científica en inglés, se fundamenta en ser este el idioma en el que se divulga el conocimiento científico, siendo, por tanto, fundamental para compartir los resultados de nuestras investigaciones, así como para acceder a todos los resultados de investigación, que mayoritariamente se publican en este idioma. Además, conviene destacar que el uso del inglés resulta fundamental para el proceso de evaluación de nuestras Memorias Científicas a nivel internacional, con el objetivo de posicionar a IdiPAZ en categorías y rankings prestigiosos e influyentes, como “*Scimago Journal & Country Rank*”, en los que se aplican factores de medición de los índices de calidad de las publicaciones científicas. Todo ello sin mencionar la remisión de todas sus Memorias Científicas a Organismos Europeos, tales como HADEA, EMA, IHI, ECRIN, EATRIS y EOS, entre otros, para los que se exige el uso del inglés.

Por otro lado, manifiesta que IdiPAZ, se concibe como un espacio de investigación biomédica multidisciplinar, y es su propia denominación la que les lleva a establecer que la experiencia mínima requerida en la realización de Memorias Científicas, haya sido para al menos un Centro de Investigación. No es lo mismo diseñar y maquetar una Memoria Científica motivada y desarrollada contando con conocimientos y experiencia del ámbito científico al que va dirigida (saber que es un ensayo clínico, un estudio observacional, un proyecto de investigación, un Investigador Principal...) que no tenerlos. Por consiguiente, esta solvencia técnica que se requiere al licitador, no refiere discriminatoria ni desproporcionada, pues resultan imprescindibles para la ejecución del servicio con garantías de las prestaciones propias derivadas del contrato, minimizándose así los costes humanos de las tareas a realizar, y maximizando su eficacia.

Los códigos CPVs asignados al objeto contractual (79822500-7 y 79811000-2), se encuentran vinculados a la actividad económica objeto de licitación, abarcando de manera totalitaria lo establecido en el objeto: diseño, maquetación, impresión, promoción y programación HTML de la Memoria Científica. Dichos CPVs, no son dos conceptos amplios y chocantes entre sí con la determinación del pliego, ya que, en este punto, es conveniente destacar que, un aspecto es el *“objeto del contrato”*, y otro muy diferente *“la solvencia técnica-profesional”* exigida para acceder al procedimiento y garantizar la efectiva prestación del servicio.

Entiende que los requisitos fijados para la acreditación de la solvencia técnica, guardan relación directa con el objeto del contrato y los CPVs asignados, dada la complejidad técnica y el tiempo que se dispone para la ejecución del mismo. El propio Pliego de Prescripciones Técnicas, incluye un apartado para describir las especificaciones técnicas del servicio *“2.1. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS”*.

Respecto a la exigencia de adscripción de un Director creativo y un Diseñador Gráfico, sostiene que se trata de garantizar el efectivo, rápido y pleno cumplimiento del servicio. Se trata de perfiles especialistas en la esencia del objeto contractual, pues

entre las competencias básicas de un director creativo y de un diseñador gráfico, se encuentran la capacitación para la realización de proyectos informáticos, proyectos impresos y todo tipo de aptitudes en entornos digitales e informática.

Añade que en cláusula 1, apartado 21 del PCJP se permite la subcontratación parcial para el servicio de impresión y la promoción, debiendo especificarse en la oferta que se presente esta circunstancia y la empresa a la que se subcontrata. No se exige que una única empresa cuente con un personal específico para poder concurrir a la licitación, pues tal y como se especifica en el PCJP, se otorga la posibilidad de subcontratar la impresión y la promoción del servicio, entendiéndose éstos como aspectos del objeto del contrato que podrían no ser habituales o frecuentes en el objeto social de un mismo operador económico.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si los criterios de solvencia técnica objeto de controversia son ajustados a Derecho y si están justificados en el expediente de contratación.

Artículo 74 de la LCSP establece *“Exigencia de solvencia.*

1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

Por su parte, el artículo 116.4 de la LCSP establece: *“En el expediente se justificará adecuadamente:*

a) La elección del procedimiento de licitación.

- b) La clasificación que se exija a los participantes.*
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso”.*

Resulta necesario, por tanto, comprobar con carácter previo si los criterios de solvencia técnica exigidos en los pliegos se encuentran justificados en el expediente.

Los criterios objeto de controversia se centran en la exigencia del requisito mínimo el haber realizado al menos cinco memorias científicas en inglés, y para al menos un centro de investigación y la integración en la empresa de unos perfiles profesionales (director creativo y diseñador gráfico) con unos determinados años de experiencia profesional.

Analizado el expediente de contratación no consta ni en la memoria de necesidad ni en ningún otro documento la justificación de los criterios de acreditación de la solvencia técnica.

A este respecto, procede traer a colación la Resolución nº 91/2019 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público que resume de manera diáfana la doctrina al respecto, que este Tribunal comparte: *“Ciertamente, la falta de justificación en el expediente de la solvencia técnica, la fórmula de valoración y la de cláusula de territorialidad, no permite a este Tribunal formarse un juicio para emitir su resolución,*

salvo que, allí sí, el órgano de contratación ha argumentado en el informe del artículo 56 de la LCSP.

“...Tal y como este Tribunal tiene asentado (por todas, resoluciones 45/2018, 18/2018), el artículo 28 de la LCSP, que prevé la necesaria justificación y motivación de los elementos esenciales de los contratos, tiene, sin duda, una vinculación directa con el logro de los fines establecidos en el artículo 1 de la LCSP y, en particular, la garantía de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato, y garantía -en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto- de una eficiente utilización de los fondos públicos, mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (en este sentido, por todas, las resoluciones de este Tribunal 147 / 2017 y 173/2016 y las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC- 363/2017, 262/2017 y 530/2016).

Asimismo, cabe afirmar que la justificación exigible de los elementos esenciales de la contratación con carácter previo y / o en el propio pliego de la licitación no pueden ser suplidos por las argumentaciones y motivaciones que pueda esgrimir el órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del recurso interpuesto ex artículo 56.2 de la LCSP (en este sentido, la Resolución 45/2018, 18/2018, así como las resoluciones 176/2017, 152/2017, 195/2015, también de este Tribunal, el Acuerdo 9/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón –TACPA- y la Resolución 47/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi)”.

En otras palabras, la motivación de los elementos esenciales que configuran las contrataciones debe ser conocida por los posibles interesados, cuando menos, a partir del momento en que los pliegos de la licitación son objeto de conocimiento para aquellos. A tales efectos, la LCSP prevé también en su artículo 63.3.a) la obligación de publicación el perfil de contratante de la memoria justificativa del contrato.

Dado que la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación reduce las posibilidades de control a la apreciación de error manifiesto o en la inobservancia de los elementos reglados, y no permite una evaluación alternativa a la

efectuada por el órgano calificador, difícilmente se puede considerar que el informe acreditativo de la necesidad e idoneidad del contrato se trata de un requerimiento meramente formal del expediente y, por el contrario, se debe considerar un elemento sustantivo necesario para que se pueda llevar a cabo la función revisora de dicha discrecionalidad”.

Ciertamente, como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, el órgano de contratación goza de discrecionalidad para determinar los modos de acreditar la solvencia, ahora bien, esta discrecionalidad tiene un límite en la necesidad de que los criterios tengan relación con el objeto del contrato y sean proporcionales, de modo que no limiten la concurrencia.

El ejercicio de esta discrecionalidad técnica puede ser revisado por los Tribunales, para lo que es imprescindible conocer los motivos que han llevado al órgano de contratación a establecer esos criterios de solvencia y no otros, ya que en otro caso esa función revisora deviene imposible.

Así mismo, deben ser conocidos por los potenciales licitadores con objeto de ejercer su derecho a una tutela judicial efectiva.

Por consiguiente, no nos encontramos ante una mera obligación formal, sino que tiene un carácter sustancial, ligada al cumplimiento de los principios de la contratación pública recogidos en el artículo 1 de la LCSP.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso, anulándose los pliegos y el procedimiento de licitación, debiendo, en el caso de que se aprueben nuevos pliegos, justificar en el expediente de contratación los criterios de acreditación de la solvencia técnica, en los términos señalados anteriormente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de PRODUCCIONES MIC S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación del contrato de “Servicio de diseño, maquetación, impresión, promoción y programación HTML de la memoria científica del instituto de investigación sanitaria del Hospital Universitario la Paz a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, (PA 05-2023), anulándose los pliegos y el procedimiento de licitación en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal con fecha de 15 de junio de 2023.

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.