

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

En Madrid, a 21 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Sordos Leoneses 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 08-2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 18 de agosto 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 más cuatro de posible prórroga hasta un total de cinco años.

Segundo.- El 8 de septiembre de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por Sordos Leoneses S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

Tercero.- El 13 de septiembre 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 14 de septiembre de 2023.

Se aprovecha esta Resolución para rectificar dos errores materiales contenidos en el acuerdo de suspensión y así donde dice Expt PA 05-2023, debe decir Expt PA 08/2023. En segundo lugar, donde dice que la convocatoria de la licitación se efectúa mediante anuncio publicado el 8 de enero de 2019, debe decir publicado el 18 de agosto 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.- 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 18 de agosto de 2023 e interpuesto el recurso el 8 de septiembre de 2023, 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 7.2 del PCAP:

“7.2 Acreditación de la solvencia técnica:

Artículo 90 de la LCSP, apartado a).

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

1.- Experiencia en el diseño, maquetación, y programación HTML de Memorias en inglés.

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 en inglés.

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.

En este contrato, es susceptible de subcontratación únicamente el servicio de impresión y de promoción, debiendo especificarse en la oferta que se presente esta circunstancia y la empresa a la que se subcontrata. Teniendo en cuenta este aspecto, la solvencia técnica relativa a las prestaciones con posibilidad de subcontrata se detalla a continuación, debiendo la licitadora que se subcontrate, acreditar su cumplimiento:

2.- Experiencia en la impresión de Memorias.

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 trabajos de impresión de al menos cinco (5) Memorias.

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 y el centro para el que se realiza.**

3.- Experiencia en la creación de productos promocionales.

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 servicios de creación de productos promocionales para al menos cinco (5) centros diferentes.

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 y el destinatario para el que se realiza.

*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 conculca lo establecido en el artículo 90 de la LCSP donde se desarrolla la solvencia técnica y profesional para los contratos de servicios y el cual considera como tal *"los 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"*.

Añade 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, como máximo, el órgano de contratación podrá acotar la solvencia técnica exigida a aquella recogida por el CPV del contrato, que son:

- 79822500-7 Servicios de diseño gráfico.
- 79811000-2 Servicios de impresión digital.

Atendiendo a todo ello la recurrente considera que: *"En la búsqueda de la justificación de las exigencias requeridas, lo único que el órgano de contratación*

indica, en concreto en la memoria de necesidad del contrato del servicio, es la importancia que para ellos tiene la utilización del idioma inglés en la elaboración de las memorias.

Sin embargo, una empresa puede haber maquetado en idioma inglés multitud de publicaciones de diverso tipo, lo que demostraría el dominio de estructura y composición en dicho idioma, sin necesidad de que estas publicaciones sean exactamente una memoria, por lo que entendemos que ni siquiera esta concreción se encuentra razonablemente justificada.

No obstante, al resto de exigencias de solvencia técnica ni siquiera se le dedica una frase sobre su motivación, con lo cual no estamos hablando de si estamos apreciando o no como suficiente la motivación para fijarlas de esa determinada forma, sino de que sencillamente es inexistente y además limita claramente el principio de libre competencia”.

Manifiesta, asimismo, que no está justificado, desarrollado o descritos los artículos promocionales referidos en el contenido del servicio a prestar y que, tras solicitar información sobre estos, tampoco se ha ofrecido dato alguno más allá de su peso.

Incide en la falta de justificación de que los trabajos similares que han de acreditar la solvencia técnica deban ser exactamente iguales a los requeridos, esto es una memoria en inglés.

Concluye exponiendo que: *“En definitiva, la solvencia técnica requerida nada tiene que ver con asegurar que el servicio se desarrolle con garantías, ya que lo que se consigue es anular la posibilidad de competencia efectiva para quien haya desarrollado este mismo servicio en años anteriores, como de hecho así ha ocurrido. Esta limitación al principio de libre competencia se refleja en que, una vez producido el acta de apertura del sobre nº 1, únicamente una empresa (la que viene ejecutando el servicio) es la que ha podido presentar oferta”.*

Como no podía ser de otra forma, invoca la Resolución de este Tribunal 261/2023, de 29 de junio, adoptada por la impugnación de los pliegos de condiciones y en concreto por la solvencia requerida, que no ha sido adaptada perfectamente a los términos de dicha resolución.

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 en inglés, para al 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, 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 Europeas 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 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 haya sido para, al menos, un Centro de Investigación.

Por consiguiente, esta solvencia técnica que se requiere al licitador, no debe considerarse ni 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.

Manifiesta que: *“En relación con la solvencia técnica exigida en esta licitación, conviene mencionar lo establecido en la cláusula 1, apartado 23 del PCJP:*

“Subcontratación: Si

Parcial: únicamente podrá subcontratarse 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 una solvencia técnica mínima exigida 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. La subcontratación brinda la posibilidad de acreditar la solvencia técnica relativa a los perfiles requeridos, siempre y cuando tanto el licitador principal como la empresa subcontratada, cumplan pormenorizadamente con las prescripciones del pliego, que no es otra que garantizar que los candidatos cuenten con los conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad para realizar la prestación”.

Entiende que los requisitos fijados para la acreditación de la solvencia técnica, guardan relación directa con el objeto del contrato y es proporcional a la complejidad técnica del mismo, pues exigir otro tipo de solvencia para el nivel de experiencia requerido, conllevaría a la división contractual en lotes, siendo la naturaleza del contrato un conjunto unificado, que hace imposible su adquisición por separado y, por lo tanto, la generación de lotes en el procedimiento.

Como ya se ha citado la Resolución 261/2023 de 29 de junio, de este Tribunal, tuvo ocasión de pronunciarse sobre los pliegos de condiciones en ese momento vigentes, resolviendo a favor del entonces recurrente y acordando la justificación suficientemente motivada del requerimiento de la solvencia técnica que a priori solicita el órgano de contratación o en su defecto y de forma deductiva a falta de justificación la anulación de dichas exigencias.

La ejecución de dicha resolución ha sido parcialmente asumida y ejecutada, de tal forma que persiste la insistencia de solicitar como acreditación de la solvencia técnica la maquetación de al menos cinco en inglés en los últimos tres años.

No podemos dejar de destacar que solo una empresa acudió a la primera licitación anulada por este Tribunal y nuevamente y en solitario a esta segunda que hoy nos ocupa.

En la Resolución 261/2023, de 29 de junio, este Tribunal manifestó: “*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”.

Los mismos fundamentos jurídicos son válidos para el caso que nos ocupa, añadiendo la realidad de que el órgano de contratación parece no querer entender que la maquetación es la forma de un documento y no el fondo, por lo que a las empresas dedicadas a la prestación de estos servicios les es indiferente el idioma, el contenido o la transcendencia del texto a maquetar. Reducir el concepto similar a los mismos trabajos que se requieren por el objeto del contrato, esto es maquetación de memorias en inglés, habiendo obviado la referencia a memoria científica como todo cambio en ejecución de la Resolución 261/2023, solo reduce la competitividad entre licitadores, hecho demostrado por la ausencia de éstos, solo una empresa ha presentado oferta, casualmente el mismo prestador del servicio desde hace años.

En otro orden de cuestiones, ciertas prestaciones complementarias del servicio como la promoción de la memoria, pueden no ajustarse a la actividad principal de la maquetación e impresión de un texto, de hecho, en el caso que ahora nos ocupa, se posibilita la subcontratación de estos servicios, motivación más que suficiente para dividir el contrato en lotes y, en consecuencia, requerir para cada servicio la solvencia necesaria.

Añadir que la no justificación en lotes tampoco queda suficientemente motivada en el expediente de licitación.

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 Sordos Leoneses 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 08-2023, 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 14 de septiembre 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.