

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

En Madrid, a 26 de marzo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don A.C.F., en nombre y representación de Arquisocial S.L., contra la cláusula 1.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, relativo al expediente de contratación del “Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Dos lotes” expediente: 023/2014, de la Consejería de Asuntos Sociales, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 28 de febrero de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la Resolución de la Secretaría General Técnica por la que se dispone la publicación en los boletines oficiales y en el perfil de contratante de la convocatoria del contrato de servicios denominado “Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Dos lotes”. El valor estimado del contrato es de 122.190.929,28 euros.

En la misma fecha, se publicó en el perfil de contratante de la Comunidad de Madrid el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que ha de regir el contrato.

Dicho PCAP fue objeto de corrección de errores materiales por Orden de la Consejería de Asuntos Sociales de 5 de marzo de 2014.

Segundo.- La cláusula 1.5 del PCAP, relativa a la solvencia técnica o profesional exigible a los licitadores establece que:

“1º) Conforme al artículo 78, letra d) TRLCSP “Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de éste, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.”

CRITERIO DE SELECCIÓN (para ambos Lotes): Para determinar que se cumple dicha acreditación, los licitadores deben acreditar estar en posesión, con anterioridad al fin del plazo de presentación de proposiciones, de la norma UNE 158301:2007 “Servicios para la promoción de la autonomía personal. Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio”.”

Tercero.- El 17 de marzo de 2014 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Arquisocial S.L. contra la cláusula 1.5 del PCAP.

El representante de la recurrente manifiesta que existen medidas equivalentes de garantía de calidad, pues además de Director General del grupo Arquisocial ha sido el Presidente del Subcomité Técnico de Normalización CTN-158 de AENOR que precisamente alumbró la norma *UNE 158301:2007 “Servicios para la promoción*

de la autonomía personal. Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio". A mayor abundamiento el Presidente de Arquisocial fue la persona que presidió el Subcomité Técnico. Afirma que la norma preexistente ISO 9001:2008 referenciada "*gestión de servicios sociales*", debería ser medida equivalente de garantía de calidad. Y en el mismo sentido tal vez, pueda y deba considerarse igualmente la mera implantación del sistema de la European Foundation for Quality Management (E.F.Q.M.) de Excelencia en Calidad, con certificación suficiente de unos 200 puntos por una consultora, un sistema de medida también equivalente o incluso superior a la UNE 158301.

Igualmente señala que deberá considerarse que hoy día en la mayoría de las organizaciones se imponen los sistemas integrados de gestión de calidad (en adelante S.G.I.) que, sin contar con la UNE 158301:2007 que tan curiosa, específica y exclusivamente referencia el pliego cuentan con un conjunto optimizado de normas de calidad que atañen a los distintos aspectos de áreas en materia de calidad en función de su actividad social.

Por tanto, una exigencia como la prevista en el Pliego, que constituye requisito *sine qua non*, y que no permite acreditar el requisito del cumplimiento de las garantías de calidad mediante certificados equivalentes o con mecanismos alternativos es nulo de pleno derecho, por contravenir los artículos 1 y 80.2 TRLCSP y el artículo 49 de la Directiva 2004/18/CE.

Cuarto.- El 19 de marzo, se remite al Tribunal una copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Dicho informe manifiesta que la exigencia de una certificación de calidad concreta, la norma UNE 158301:2007 "*Servicios para la promoción de la autonomía personal. Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio*", supone la introducción de un criterio de solvencia técnica específica que pudiera parecer excluyente de otras ofertas que, sin poder presentar tal certificación, podrían presentar certificaciones de

naturaleza semejante a ésta, por lo que pudiera parecer que se restringe el principio de libre concurrencia si no se motivara el por qué de dicha exigencia, y no se acreditase la concurrencia de derechos e intereses legítimos más dignos de protección que el derecho a la libre concurrencia que, en el presente caso no resulta vulnerado, sino tan sólo preterido ante otros derechos revestidos de una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y, por ende, necesitados de la actuación tuitiva de la Administración.

La exigencia de la norma UNE 158301:2007 constituye el resultado de una actividad reflexiva preparatoria del contrato. Esta norma, cuya certificación está al alcance del conjunto general de empresarios que quieran licitar contratos específicos de gestión de servicios de ayuda a domicilio, contempla elementos que son básicos y, a la vez, específicos de tal servicio que, difícilmente, pueden ser acreditados por otras certificaciones más generales o aparentemente omnicomprensivas. En el presente caso, otras certificaciones como la ISO 9001 “Gestión de Servicios Sociales”, por su vocación generalista y omnicomprensiva, no desciende a los niveles de concreción de calidad a los que sí desciende una norma específica como la exigida en la actual licitación.

La Administración está legitimada para, con la exigencia de tal certificación, restringir, en la práctica, la libre concurrencia de los empresarios en la presente licitación por la ponderación que ha de hacer respecto de los derechos e intereses legítimos que concurren en el ámbito de licitación. Entre esos derechos concurrentes están, por una parte, derechos pertenecientes a personas en situación de dependencia y que afectarían a la dignidad de sus personas, al libre desarrollo de su personalidad y a derechos inviolables que les son inherentes, los cuales tendrían la calificación de derechos fundamentales conforme al artículo 10.1 de la Constitución Española. Frente a ello, se encuentra el derecho a la libre concurrencia de los empresarios licitantes, igualmente digno de protección y recogido en el artículo 38 de la Constitución Española, eso sí, con un nivel menor de protección que los derechos ya citados de las personas en situación de dependencia, lo que legitima

plenamente que la Administración pueda supeditar en el presente caso el derecho a la libre concurrencia y libre competencia, al derecho que tienen las personas en situación de dependencia a recibir una atención con la calidad que exige la norma UNE 158301:2007.

Manifiesta también el órgano de contratación, en su informe al recurso, que no resulta de aplicación el artículo 80 TRLCSP. Asimismo, el artículo 21 de la Directiva 2004/18/CE, relativa a los contratos de servicios que figuran en el Anexo II B de la misma entre los que se encuentran los de la categoría 25, establece que la adjudicación de éstos sólo estará sujeta a los artículos 23.4 y 35. Es decir, el artículo 49 de la Directiva al que hace referencia la recurrente, no es de aplicación al contrato objeto del recurso.

Quinto.- Con fecha 19 de marzo de 2014, habiendo finalizado el plazo de presentación de ofertas, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de Quavitae Servicios Asistenciales SAU que alega que para prosperar la alegación sería preciso que existieran esas medidas equivalentes de garantía, cuestión que entra de lleno dentro de la discrecionalidad del órgano de contratación y que en el supuesto de que se considerase que el PCAP debió contemplar la posibilidad de presentar otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los operadores económicos, resulta inadmisibles el intento de que el Tribunal dé el visto bueno a la pretendida equivalencia de la acreditación que ostenta la recurrente. En todo caso considera que el Tribunal no puede dictaminar en este trámite si una determinada acreditación es o no

equivalente y si garantiza la solvencia que necesita la Administración, siendo tal determinación competencia del órgano de contratación, por lo que en ningún caso podrá exigir a éste la inclusión en el PCAP de una mención adicional a medidas equivalentes más allá de la genérica remisión que contempla el artículo 78 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Arquisocial S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica cuyo objeto social (prestación de servicios relacionados con la acción social, protección de la infancia y juventud, con la asistencia a los colectivos de población considerados como desfavorecidos) se encuentra comprendido dentro del sector de los servicios objeto del contrato e interesada, según manifiesta, en concurrir con su oferta a la licitación convocada *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP correspondiente a un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, incluido en la categoría 25 del anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 2.a) en relación del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el PCAP impugnado fue publicado y puesto a disposición de los interesados el 28 de febrero de 2014, e interpuesto el recurso el 17 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- Mantiene la recurrente que la cláusula 1.5 del PCAP no se ajusta a Derecho al exigir una determinada certificación de calidad existiendo otras equivalentes y no se permite la acreditación por medios alternativos. Ante los sistemas integrados de gestión de calidad, o ante un sistema E.F.Q.M. con un mínimo de 200 puntos, o ante la ISO 9001, la propia UNE 158301:2007 cede terreno en su eficacia. Todas ellas y otras alternativas constituyen medidas cuando menos equivalentes en materia de calidad. Entiende que no cabe cuestionamiento técnico, pues el mismo está tasado en la numerosa bibliografía técnica existente.

La posibilidad de exigencia de determinadas condiciones de calidad se encuentra regulada en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en su artículo 48 y en la legislación nacional en el artículo 78 del TRLCSP.

En cuanto a la acreditación de las normas de garantía de calidad el artículo 49 de la citada Directiva 2004/18/CE establece:

“Normas de garantía de la calidad.

Cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las series de normas europeas relativas a la certificación. Los poderes adjudicadores reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados

miembros. También aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los operadores económicos”.

En la legislación nacional, el artículo 80 del TRLCSP dispone:

“Artículo 80. Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad.

1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios”.

Observamos, en primer lugar, que este precepto se refiere a contratos sujetos a regulación armonizada, que no es el caso que nos ocupa. No obstante, si para la contratación sujeta a regulación armonizada es posible esta exigencia de solvencia, no puede negarse que para los contratos no sujetos a regulación armonizada pueda establecerse un requisito similar, pues los poderes adjudicadores del sector público están sujetos a las mismas normas de acreditación de la aptitud para contratar para todo tipo de contratos, incluida la posibilidad de solicitar certificados de garantía de calidad. En ese caso los requisitos que se establezcan habrán de ser compatibles con los principios de la contratación del sector público, indicando desde el momento que se convoque la licitación los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que se exija para la admisión en el procedimiento de adjudicación, con el objetivo prioritario de garantizar el libre acceso de las empresas a la licitación pública, la igualdad de trato y la máxima concurrencia,

principios recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, no introduciendo obstáculos artificiales a la competencia.

Por tanto, la exigencia del cumplimiento de las normas de garantía de calidad, cuando se hayan previsto, en contratos no sujetos a regulación armonizada también se ha de hacer de manera respetuosa con los citados principios, lo que determina que tales exigencias tengan relación con el objeto del contrato y sean necesarias para su consecución, proporcionales al mismo, y que no se exijan de forma excluyente cuando existan otros medios iguales o equivalentes, para dicha acreditación.

Una vez admitida la posibilidad de exigencia de este requisito en este tipo de contratos no sujetos a regulación armonizada, debemos analizar cómo se hará la acreditación del nivel exigido. Considera el Tribunal que resultan de aplicación los mismos principios que cuando se trata de contratos sujetos a regulación armonizada en la regulación mencionada del TRLCSP (artículo 80). Quiere ello decir que, el órgano de contratación está obligado a admitir certificados equivalentes y medios de prueba alternativos a los certificados exigidos en el pliego ahora impugnado para garantizar la calidad que presenten los empresarios. La exigencia de una determinada certificación de calidad debe constituir una mera alternativa de acreditación, sin que implique la exclusión de la posibilidad de acreditación por otros medios.

Debemos ahora analizar si la exigencia de la concreta norma de calidad UNE 158301:2007, sin admitir otras que sean equivalentes, que es el objeto del recurso, vulnera el principio de concurrencia.

La Guía sobre Contratación Pública y Competencia, elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia (apartado 2.A.5, pg. 16), señala que las Administraciones Públicas que decidan exigir certificados de calidad deben aceptar la certificación emitida por cualquier entidad acreditada por la Entidad Nacional de

Acreditación o por cualquiera de los organismos de acreditación con los que ésta tiene suscritos acuerdos de reconocimiento mutuo. Los pliegos no deben mencionar ninguna entidad de certificación concreta.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto análogo, que si bien resolvía sobre la exigencia de un determinado certificado para la impartición de cursos, es perfectamente trasladable, mutatis mutandis, a este supuesto, en la Resolución 94/2012, de 12 de septiembre y también en la Resolución 139/2013, de 19 de septiembre, ésta referida al certificado de gestión ambiental.

En consecuencia, la obligación de acreditar como criterio de selección necesariamente la norma UNE 158301:2007 vulnera el principio de concurrencia. No se discute esta conclusión por el órgano de contratación que para defenderla sostiene que se trata de dar primacía en la colisión de este derecho con el derecho de las personas en situación de dependencia, por lo que el anterior queda preterido. No comparte el Tribunal tal conclusión puesto que no existe colisión de derechos. La colisión de derechos implica que la protección de un derecho alegada por un sujeto es incompatible con la protección de otro derecho invocado por otro sujeto. En caso de conflicto jurídico entre dos derechos debe prevalecer o debe preferirse el bien jurídico de mayor jerarquía. Pero no es este el caso que nos ocupa, la protección de la libre concurrencia es perfectamente compatible con la protección de los derechos de las personas en situación de dependencia, debiendo respetarse ambos en los correspondientes procedimientos, el uno respecto del acceso al servicio por parte de las personas dependientes que lo tengan reconocido y el otro en el procedimiento de contratación, no precisando que ninguno deba ser sacrificado en pos del otro.

Tampoco se puede aceptar el argumento de que la recurrente, o el conjunto general de empresarios, tienen a su alcance la certificación UNE 158301:2007. El hecho de que la certificación esté en poder de varios posibles licitadores y al alcance de los demás no enerva su carácter limitativo de la concurrencia al imponer una

condición que supone un trato desigual pues excluye certificaciones equivalentes, es decir que cumplen los mismos criterios de calidad.

En el caso que ahora nos ocupa, como el propio órgano de contratación reconoce, si bien la norma UNE 158301:2007 cumple con todas las exigencias en orden a la garantía de la efectividad de la prestación del servicio que precisa el órgano de contratación, no es la única, existiendo la posibilidad de aportar certificados equivalentes de otros órganos de acreditación sin que proceda en este momento pronunciarse sobre la equivalencia de los enunciados en el recurso, sino dejando a los licitadores la posibilidad de presentar certificados expedidos por organismos autorizados. Cabe recordar que puede tratarse de alguno de los certificados enumerados en el recurso, pero pueden admitirse también de otros órganos, por ejemplo el informe 4/2006, de 4 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, reconoce la posibilidad de valorar la certificación de calidad Madrid Excelente.

En cuanto a la necesidad de que figure expresamente la aceptación de certificados equivalentes en el propio PCAP, cabe citar también, lo dispuesto en el mismo TRLCSP en relación a las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas en el artículo 117.3 que señala que éstas pueden definirse por referencia a especificaciones contenidas en normas o sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos europeos de normalización, acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”. Asimismo, en relación a las normas de gestión medioambiental, la Comunicación Interpretativa de la Comisión, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, en su apartado 2.2.2, señala que *“los poderes adjudicadores podrían mencionar explícitamente en la documentación o anuncio de contrato que siempre que las empresas dispongan de un sistema de gestión y auditoría medioambiental que satisfaga los requisitos de capacidad técnica, éste será aceptado como justificante”*.

Por todo lo expuesto este Tribunal considera que la exigencia establecida en la cláusula 1.5 es restrictiva de la libre concurrencia y por tanto debe ser sustituida por otra que permita que sean aceptados todos los certificados de calidad equivalentes al que figura en el PCAP impugnado, expedidos conforme a las normas europeas, aceptando incluso otras pruebas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios. En consecuencia, procede estimar el recurso y anular el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP, que, de considerar necesario mantener el requisito, deberá redactarse de nuevo para aceptar alternativamente los certificados conforme a la norma UNE 158301:2007, o los certificados equivalentes y otros medios que justifiquen la aplicación de las normas de garantía de calidad, procediendo a una nueva licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don A.C.F., en nombre y representación de Arquisocial S.L., contra la cláusula 1.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, relativo al expediente de contratación “Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Dos lotes” expediente: 023/2014, de la Consejería de Asuntos Sociales, debiendo modificar la cláusula 1.5 del PCAP y proceder a una nueva licitación abriendo plazo para la presentación de ofertas.

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 47.5 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.