

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

En Madrid, a 9 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña E.V.R., en nombre y representación de Factudata XXI S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Servicio de depósito, custodia y gestión integral del archivo de documentación clínica del Hospital Universitario La Paz, Hospital de Cantoblanco, Hospital Carlos III y Centro de Especialidades”, N° de expediente: P.A. 382014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 5 de mayo de 2014, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario La paz, se procede a la convocatoria de la licitación del contrato de “Servicio de depósito, custodia y gestión integral del archivo de documentación clínica del Hospital Universitario La Paz, Hospital de Cantoblanco, Hospital Carlos III y Centro de Especialidades”, mediante procedimiento abierto, criterio único precio y con un valor estimado de 4.942.148 euros. El 24 de mayo de 2014 fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, poniendo a su

vez los pliegos a disposición de los posibles licitadores en el Perfil de Contratante el día 26 de mayo. El plazo de presentación de ofertas finalizó el 23 de junio de 2014.

Segundo.- El 28 de mayo de 2014 Factudata XXI S.L anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el contenido de los pliegos de la licitación de acuerdo a lo establecido en el art. 44.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

El 11 de junio de 2014 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal el recurso interpuesto por Factudata XXI S.L., contra el PCAP y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

El recurso mantiene la incompatibilidad de la exigencia de clasificación y solvencia técnica, la improcedencia de la solvencia exigida en el PPT, discriminación en la valoración de los criterios de adjudicación y la necesidad de dividir el contrato en lotes a fin de no favorecer al actual adjudicatario. Solicita que se acuerde la nulidad de los pliegos retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su aprobación, con la inclusión de las correcciones y/o anulaciones solicitadas.

Tercero.- Con fecha 18 de junio de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación a partir del día siguiente al de finalización del plazo de presentación de ofertas.

Cuarto.- El 18 de junio se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP en el que se solicita la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de Factudata o, subsidiariamente, la desestimación del mismo declarando los pliegos ajustados a derecho.

Quinto.- 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.

Dentro del plazo se ha recibido escrito del único licitador que ha presentado plica manifestando que no realiza alegaciones.

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.- Procede, en primer lugar, examinar la legitimación activa de la recurrente. En el escrito de recurso manifiesta su legitimación meramente porque tiene la condición de interesada en el expediente por estar incluido el objeto del contrato de la licitación dentro del ámbito de actividades de su objeto social.

Alega, en su informe al recurso, el órgano de contratación, que el Código CPV Servicios en el que se clasifica el contrato es el 92500000-6. “*Servicios de bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales*” y dentro del objeto social de Factudata XXI S.L. no se encuentra el servicio de depósito, custodia y gestión integral de archivos de documentación clínica, dado que de la descripción que hace del objeto social en la escritura pública aportada, de 16 de octubre de 2007, cabe considerar que, al contrario de lo que entiende la recurrente, el objeto social que resulta de dicho documento no incluye entre las actividades que puede desarrollar (algunas de ellas genéricas) la prestación de los servicios que son objeto del contrato. Por tanto, la recurrente carece de legitimación para interponer el recurso especial, lo que determina que deba ser inadmitido.

Según la doctrina constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por la Constitución, comprende el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes en el proceso, si bien también se satisface el citado derecho cuando se obtiene una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal, por falta de algún requisito o presupuesto procesal legalmente establecido que impide entrar en el fondo del asunto.

Cuando la causa de inadmisibilidad es la falta de legitimación activa aquella doctrina adquiere especial relieve, entendiéndose que la interpretación de las normas procesales ha de hacerse de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad, en sentido amplio y no restrictivo, es decir, conforme al principio *pro actione*.

La noción de legitimación implica una relación específica entre el actor en un proceso y el objeto de la pretensión o petición que se ejercita. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una titularidad jurídica por parte de quien ejercita la acción y se materializa de prosperar ésta. Luego para que exista interés legítimo la resolución impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, sin que sea suficiente el mero interés por la legalidad.

El criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), como en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio.

Así el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:

“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997)”.

Al objeto de examinar la legitimación de la empresa recurrente, que no consta que sea licitadora, ni manifiesta su intención de serlo, ni invoca las circunstancias

que la legitiman activamente para la interposición del recurso, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sec. 4ª, según la cual *“Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado”*. Por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco basta con ser contratista con capacidad para contratar, sino que debe ejercitarse dicha condición.

En el caso de la impugnación de los pliegos que han de regir la licitación por quien desea tomar parte en la misma, el interés legítimo que puede verse afectado por el contenido de aquellos pliegos es el derecho del recurrente a tomar parte en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de los licitadores. Ahora bien, la ley no permite que cualquier persona jurídica tome parte en la licitación, sino que, partiendo del principio de limitación de fines propios de las personas jurídicas, exige en el artículo 57.2 del TRLCSP que las prestaciones propias del contrato estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que resulte de lo dispuesto en sus estatutos o normas fundacionales. De esta forma, aquellas personas jurídicas cuyo objeto social no les permitiera realizar las actividades que

constituyen el objeto del contrato no podrían tomar parte en la licitación para la adjudicación del mismo y, por ende, no serían titulares de un interés legítimo que se viera afectado por el contenido de los pliegos. En suma, carecerían de legitimación.

En el caso que nos ocupa, la recurrente acompaña al recurso copia de la escritura pública de modificación de los estatutos sociales en relación con el objeto social. El artículo 2º de los estatutos modificados indica que: *“la sociedad tiene por objeto la prestación, a toda clase de empresas y entidades, servicios técnicos de organización, asesoramiento, administración y comercio; la recogida de datos y procesos electrónicos para tratamiento informático; la investigación y estudio de nuevas técnicas y la mejora de métodos de producción.*

El diseño, mantenimiento y comercialización de todo tipo de programas informáticos, páginas web y portales en Internet; el comercio electrónico de todo tipo de productos; la realización de todas aquellas actividades que directa o indirectamente puedan ser realizadas por medios telemáticos.

La construcción, compraventa, arrendamiento, subarriendo y explotación de inmuebles, solares y terrenos.

Tales operaciones podrán ser realizadas por la sociedad, ya directamente, ya indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto análogo o mediante cualquier otras formas admitidas en derecho”.

El objeto del contrato incluye, según el PPT, el depósito y custodia de la documentación así como la gestión de la documentación clínica que contiene entre otras prestaciones la gestión informática del archivo. El Hospital La Paz dispone de soporte documental en formato digital, por ello la empresa adjudicataria ha de suministrar la información de historias clínicas en el soporte que sea requerido por la dirección del centro precisando disponer del equipamiento informático necesario. Se exige también el procesamiento informático de la documentación y disponer de las infraestructuras informáticas necesarias para la realización de los servicios contratados. Es decir se aprecia una identidad, al menos parcial, del objeto social

con el objeto del contrato, debiendo además interpretar el objeto social con carácter amplio.

Por otra parte no corresponde al Tribunal las funciones de examen de la aptitud y solvencia de la empresa recurrente para participar en la licitación que corresponden a la Mesa de contratación, ni prejuzgar la forma individual o en colaboración con otros empresarios en que pueda presentar oferta.

Por ello, de conformidad con el criterio de considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio, considerando que al menos una parte de las prestaciones del contrato pudieran estar incluidas en el objeto social de la recurrente, cabe concluir que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada, al tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues el anuncio de la licitación se publicó el 24 de mayo de 2014 y la puesta a disposición de los pliegos en el perfil de contratante tuvo lugar el 26 del mismo mes. Por tanto el recurso presentado el 11 de junio está dentro de plazo.

Cuarto.- También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP de cuantía superior a 207.000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso este impugna, en primer lugar, la exigencia de un determinado nivel de solvencia técnica en la cláusula 1.5.3 del PCAP además de la clasificación exigible a las empresas españolas.

La cláusula 1.5.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que la clasificación exigible al contratista será L 1 D. En relación con la solvencia la cláusula 1.5.3 del mismo establece:

“Para todas las empresas:

Acreditación de la solvencia técnica para los apartados 5.1 y 5.2: Artículo 78 en relación con el 64 del TRLCSP:

Criterios de selección:

Relación de los principales servicios o trabajos realizadas en los dos últimos años en centros sanitarios de más de 700 camas, directamente relacionados con el objeto del contrato indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.

Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante la presentación de un mínimo de dos certificados de cada uno de los dos últimos años de buena ejecución, expedidos o visados por el órgano competente.

Certificados de calidad según normas UNE, ISO y/o equivalente y manual de calidad de la empresa”.

Argumenta la recurrente que la categoría 27, en la que aparece clasificado el objeto del contrato, está incluida entre aquellas en la que es exigible la clasificación previa. Por tanto se cuestiona si puede exigirse además un plus de solvencia, en este caso técnica.

Entiende la recurrente que el órgano de contratación puede exigir, de acuerdo a lo establecido en el artículo 62 del TRLCSP, una concreción de las condiciones de solvencia en los términos establecidos en dicho artículo, pero no solicitar un *“plus de solvencia”* consistente en la justificación de servicios similares realizados en los dos últimos años en los términos solicitados, ni solicitar una certificación de calidad y el manual de calidad de la empresa, pues la posesión de la primera lleva implícita la existencia del segundo. El número tan reducido de hospitales con los que se pueda justificar la solvencia técnica cierra de facto la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que persigue. La exigencia

de justificación de la prestación de servicios similares la entiende contraria a los principios recogidos en el artículo 1 del TRLCSP de libertad de acceso a las licitaciones, prohibición de discriminación e igualdad de trato a los licitadores y salvaguarda de la libre competencia. Por una parte, y de acuerdo con el Catálogo Nacional de Hospitales 2013, publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el número de hospitales de más de 500 camas, en todo el territorio nacional, asciende a 78, por lo que supone que el número de hospitales de más de 700 camas será incluso inferior.

Como consecuencia de lo expuesto, solicita la nulidad del apartado 5.3 de la cláusula 1 del PCAP o, en su defecto, la anulación de la justificación de los servicios realizados en los dos últimos años y de la aportación del manual de calidad de la empresa.

En su informe el órgano de contratación defiende el nivel de solvencia exigido dado que todas las Comunidades Autónomas disponen de más de un hospital de estas características. Aún así y para garantizar la competencia, el único requisito pedido es certificar que se ha realizado un trabajo similar al objeto del contrato en un centro con la mitad de la estructura y de la actividad que la del Hospital Universitario la Paz. Recuerda que la elección de los medios de acreditación de la solvencia corresponde al órgano de contratación y en qué forma, alternativa o acumulativa, son exigibles, que dicho texto legal, aún sin ser aplicable de modo general, tampoco prohíbe esta exigencia complementaria, y por lo que respecta al certificado de calidad y el correspondiente manual, por ser un contrato sujeto a regulación armonizada, su exigencia se ampara en el artículo 80 del TRLCSP.

Procede examinar las tres cuestiones derivadas de la argumentación y pretensión de anulación de la cláusula 1.5.3 del PCAP que formula la recurrente, en primer lugar si para la contratación objeto del recurso es exigible la clasificación, en segundo lugar si además de la clasificación se puede solicitar también requisitos

adicionales de solvencia y en tercer lugar si el nivel concreto de la solvencia adicional solicitada se ajusta al TRLCSP y es proporcional al objeto del contrato.

1. A la vista de lo expuesto no se discute ni la clasificación del contrato en la categoría 27 ni la legalidad de la exigencia de clasificación empresarial. En consecuencia el principio de congruencia que obliga al Tribunal a atenerse en su resolución a las pretensiones incluidas en el recurso impide el análisis de la cuestión teniendo por conformes a las partes sobre su necesidad.

No obstante, ante la estimación parcial del recurso por los motivos que en adelante se verán, ante la verdaderamente dificultosa labor de aplicación de una normativa en vigor cuya aplicación se altera en virtud de la disposición transitoria cuarta del TRLCSP y la remisión a normativa anteriormente derogada y que también había sido modificada y regulada en su transitoriedad, que produce grave dificultad en la seguridad de la interpretación auténtica de su literalidad o incluso de la normativa aplicable temporalmente y ante la necesidad de elaborar nuevos pliegos el Tribunal, aunque sea de forma somera, considera necesario manifestar su parecer a fin de facilitar la elaboración del nuevo PCAP. Así, estando de acuerdo con la interpretación del régimen transitorio aplicable a la modificación sobre clasificación de las empresas y requisitos mínimos de solvencia introducidos por la ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, dada por la Circular 1/2014 de la Abogacía General del Estado, el Tribunal considera que transitoriamente el artículo 25.1, párrafo primero del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, mantiene su vigencia.

En relación a la clasificación el artículo 65 del TRLCSP, en la redacción dada por el apartado Tres de la Disposición Final Tercera de la Ley 25/2013 citada establece:

“Artículo 65 Exigencia y efectos de la clasificación.

1. *La clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los siguientes casos y términos:*

a)...

b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. (...).”

No obstante la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP, tras la redacción dada por el apartado ocho de la Disposición final tercera de la Ley 25/2013, anteriormente citada establece:

“Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas y de los requisitos mínimos de solvencia.

El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(...)”

Por su parte, el artículo 25.1 TRLCAP en su redacción inicial establecía:

“Para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3, en ambos casos por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas (120.202,42 euros), será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación.

Se exceptúan de este requisito los contratos comprendidos en las categorías 6 y 21 del artículo 206 y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo,

los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”.

El párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del TRLCAP declaraba la exigencia de clasificación en contratos de obras y de servicios de determinados importes, exceptuando de dicha exigencia a los contratos de servicios de las categorías 6, 21 y 26 del artículo 206 (contratos de servicios financieros, jurídicos, de esparcimiento, culturales y deportivos), y los que tuvieran por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Por tanto a primera vista, mantenida su vigencia, supondría que debería exigirse la clasificación para todos aquellos contratos de servicios no amparados en las excepciones del mismo (en las categorías 6 y 21 del artículo 206 y algunos de los comprendidos en la categoría 26).

Pero queda claro que la vigencia que restablece la disposición transitoria cuarta se refiere a la redacción del citado artículo en el momento de su declaración de vigencia por la actual disposición transitoria cuarta del TRLCSP y en dicha fecha la redacción del artículo 25.1 del TRLCAP también había sido modificada por el artículo 54.1 de la Ley 30/2007, en cuanto dispensaba de clasificación los contratos comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

En este sentido y para mayor claridad el Tribunal se remite a la Resolución 300/2014, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pues comparte la exposición y conclusiones de la misma en cuanto concluye que no es exigible la clasificación para la celebración de los siguientes contratos:

“Los que, no comprendidos en las letras precedentes, sean subsumibles en las categorías 8, 26 (no solo los de creación e interpretación artística) y 27 del Anexo II del TRLCSP, puesto que la exigencia de clasificación para ellos se contenía en el artículo 25.1 quedó derogada en virtud de la redacción originaria del artículo 54 LCSP y de la DT 5ª LCSP”.

En consecuencia, estando incluido el contrato objeto del recurso en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP no es susceptible de exigir clasificación para ser contratista del mismo.

2. En segundo lugar, como hemos señalado anteriormente para la ordenada resolución del recurso, señala la recurrente que *“en este caso, el importe estimado del contrato exigía la clasificación, conforme al artículo 65.1 del TRLCSP”*, por tanto, considera claro que para este contrato la clasificación como contratista de servicios es obligatoria e indispensable, centrándose la cuestión, en consecuencia, en si puede exigirse además un plus de solvencia, en este caso técnica.

En este aspecto la respuesta la tenemos en el artículo 65 del TRLCSP que establece que *“la clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los siguientes casos y términos”*. En el mismo sentido, el artículo 74.2 del TRLCSP dispone que la clasificación del empresario acreditará su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo que aquéllos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma. Vemos que la clasificación sustituye a la solvencia, siendo alternativas, no acumulables. No es, por tanto, necesaria la exigencia de acreditación alguna de solvencia en los contratos en los que *ex lege* fuese exigible la clasificación. Por ello en el supuesto objeto del recurso cabe apreciar la nulidad de la exigencia conjunta de ambas maneras de acreditar la solvencia de las empresas licitadoras.

En cuanto a la posibilidad de exigir una solvencia adicional el artículo 64.2 del TRLCSP establece que *“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el*

documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”.

De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia, o en su caso clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la posibilidad de exigir un plus de solvencia mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales, debiéndolo hacer constar en la proposición, es decir como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos.

Sin embargo no es esto lo que se contempla en la cláusula 1.5.3 del PCAP ahora impugnada, pues aquí lo que se pide es la acreditación de un determinado nivel de solvencia de acuerdo con el artículo 78 del TRLCSP (relación de los principales servicios o trabajos realizados en los dos últimos años en centros sanitarios de más de 700 camas que se acreditarán mediante un mínimo de dos certificados de cada uno de los dos últimos años) y no como permite el artículo 64 un compromiso de adscribir concretos medios personales o materiales a la ejecución del contrato. Por tanto, dicha exigencia de solvencia, como adicional a la clasificación, es contraria a la ley.

Distinto es el caso de la petición de un certificado de calidad según la norma UNE, ISO y/o equivalente cuya petición tiene su base legal en el artículo 80 del TRLCSP que sí puede ser exigido de forma adicional a los restantes criterios de solvencia o clasificación. Aunque el contrato objeto de recurso no se encuentra sujeto a regulación armonizada, el Tribunal viene considerando que la posibilidad de solicitar este tipo de certificados también es aplicable a los contratos no sujetos a regulación armonizada, tal como expuso en su Resolución 54/2014, 26 de marzo. Por tanto, sería posible y el Tribunal considera ajustada a derecho la exigencia de un certificado de calidad de la empresa.

3. En tercer lugar se plantea si el nivel concreto de la solvencia adicional solicitada en la cláusula 1.5.3 del PCAP se ajusta al TRLCSP y es proporcional al objeto del contrato.

Considera la recurrente que se puede exigir una concreción de las condiciones de solvencia en los términos del artículo 62 del TRLCSP pero no solicitar un plus consistente en la justificación de servicios similares realizados en los dos últimos años, ni solicitar una certificación de calidad de la empresa y el manual de calidad de la empresa, pues la posesión de la primera lleva implícita la existencia del segundo, solicitando la nulidad o anulación de la justificación de los servicios realizados en los dos últimos años y la aportación del manual de calidad.

Los requisitos de solvencia técnica previstos en la cláusula 1.5.3 del PCAP, recogidos en el antecedente de hecho segundo de esta resolución son según la recurrente limitativos de la concurrencia. Por una parte, y de acuerdo con el Catálogo Nacional de Hospitales 2013, publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el número de hospitales de más 500 camas, en todo el territorio nacional, asciende a 78, por lo que supone que el número de hospitales de más de 700 camas será incluso inferior. Este número tan reducido de hospitales con los que se pueda justificar la solvencia técnica cierra de facto la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que persigue.

Según el informe del órgano de contratación al recurso, cuando el Hospital solicita de los licitadores las acreditaciones que figuran en los pliegos no lo hace por capricho o para reducir la concurrencia de interesados, si no que tiene en cuenta la complejidad y cuantía de los datos a gestionar, el ámbito a los que afectan los mismos (la salud y la vida de los pacientes), el elevadísimo número de pacientes atendidos, las obligaciones legales y responsabilidades a que está sujeta la administración sanitaria, y por ello se formulan en los pliegos la exigencia de acreditación de los requisitos expresados (experiencia de prestación de servicios en

hospitales de más de 700 camas, normas UNE, ISO o equivalentes). En este sentido recuerda que el Hospital Universitario La Paz tiene aproximadamente cada año 50.000 ingresos de hospitalización convencional, 75.000 hospitalizaciones de día, 1.500.000 consultas y 250.000 urgencias. Indica que todas las comunidades autónomas disponen de un hospital de las características exigidas. Aún así y para garantizar la competencia, el único requisito pedido es certificar que se ha realizado un trabajo similar al objeto del contrato en un centro con la mitad de la estructura y de la actividad que la del Hospital Universitario La Paz y lo que hace es seleccionar, con arreglo a los requisitos legales, la empresa que esté en disposición, y lo acredite, de prestar los servicios demandados. Señala también que por lo que respecta al certificado de calidad y el correspondiente manual, por ser un contrato sujeto a regulación armonizada, su exigencia se ampara en el artículo 80 del TRLCSP, sin explicar la necesidad acumulativa de ambos documentos.

Aunque resulta incompatible la exigencia de solvencia en forma acumulada a la de la clasificación, de ser exigible solo el nivel de solvencia, la cláusula 1.5.3 impugnada ha de reunir los requisitos del artículo 62.2 del TRLCSP debiendo estar los concretos niveles exigidos vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

El artículo 74 del TRLCSP establece que la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79.

En cuanto a la solvencia técnica o profesional, el artículo 78.a) del TRLCSP establece que:

“En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.”

No obstante la disposición transitoria cuarta del TRLCSP establece que la nueva redacción dada a este artículo por la Ley 25/2013, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos. En consecuencia, permanece vigente la redacción anterior que fijaba un plazo de tres años al periodo al que se debe referir la relación de los principales servicios o trabajos realizados frente a los cinco que figuran en la redacción transitoriamente no vigente.

En el presente caso se han cumplido, en cuanto a los medios de acreditar la solvencia, los requisitos del artículo 62 del TRLCSP en cuanto que se han incluido y especificado en el PCAP y se encuentran vinculados al objeto del contrato, si bien hay que analizar si se actuó dentro de las facultades discrecionales o si en el establecimiento de dichos criterios se han infringido los límites a la proporcionalidad y se ve afectado el principio de libre concurrencia.

La Recomendación 1/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre medios de acreditación de la solvencia, considera que las actuales circunstancias de la economía y del mercado están provocando una disminución de la actividad de empresarios y profesionales,

por lo que les resulta cada vez más difícil acreditar su solvencia mediante la relación de trabajos efectuados en los tres últimos años, o mediante la declaración sobre el volumen global de los últimos tres ejercicios, al ser estos los de menor actividad a causa de la actual situación económica. Por tanto resulta preciso que no se exijan estos medios con carácter exclusivo sino que se otorgue al candidato o licitador la posibilidad de acreditar la solvencia mediante otro u otros de los medios establecidos en la Ley. Por ello, recomienda que los órgano de contratación establezcan alternativamente otro u otros medios de acreditación de dichas solvencias de entre los enumerados en la Ley para que los licitadores puedan optar a la adjudicación del contrato garantizando el cumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos o licitadores.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 13/1997, en relación a la interpretación que ha de darse a la expresión “*referido como máximo a los tres últimos ejercicios*”, ha señalado que la Ley quiere que la solvencia se acredite en relación a un periodo de tiempo y no ejercicio a ejercicio. Por ello cuando la cifra de negocios o la relación de servicios realizados deben referirse al último trienio previo a la licitación no implica que los licitadores hayan de acreditar la solvencia económica y financiera y profesional por cada uno de los ejercicios que se integran en el trienio.

El Tribunal considera que, una exigencia rigorista de los criterios de solvencia requiere una adecuada justificación en atención al objeto del contrato, por cuanto el límite de la posibilidad concedida al órgano de contratación para elegir los medios de acreditación de solvencia, debe ser el respeto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberá exigirse un plus concreto de solvencia si en relación al objeto del contrato no se justifica, pudiendo ser en otro caso limitativa de la concurrencia.

En el supuesto que nos ocupa el requisito de solvencia limita de tres a dos el número de años a los que es posible referir la relación de servicios o trabajos realizados como acreditación de la experiencia en trabajos similares, por ello no se

ajusta al medio previsto en el apartado a) del artículo 78 del TRLCSP, debiendo procederse a su modificación.

En cuanto a la proporcionalidad del criterio el Tribunal considera que el tamaño del Hospital, que cuenta con 1.328 camas, justifica adecuadamente la necesidad de experiencia de la empresa contratista en centros sanitarios de más de 700 camas directamente relacionados con el objeto del contrato, no obstante se exige un mínimo de dos certificados de cada uno de los dos últimos años. Como hemos señalado la acreditación de la solvencia no puede limitarse a los dos últimos años y al pedir dos certificados en cada una de ambas anualidades ello supone que se pide una ejecución de trabajos en dos hospitales de más de 700 camas en cada uno de esos dos años, o sea cuatro certificados en los dos años lo cual resulta excesivo. Si bien sería admisible la justificación del nivel de solvencia indistintamente con una certificación que alcance el nivel deseado, también sería admisible la aportación alternativa de dos certificaciones referidas a centros de más de 700 camas, sin que se pueden limitar a cada uno de los años, sino que se deben admitir en el periodo del trienio que señala el TRLCSP. Por tanto la cláusula debe ser modificada.

En cuanto a la exigencia acumulada del manual de calidad y la certificación de calidad de una empresa hay que señalar que ésta acredita la gestión de una determinada, independientemente de que el producto resultante sea o no de calidad y es diferente a la certificación de calidad de los productos que acredita que los productos y servicios a los que se les concede son objeto de controles y evaluaciones de calidad establecidos en los sistemas de certificación. Tal como hemos indicado el órgano de contratación puede seleccionar de entre los enumerados en el TRLCSP los medios para acreditar la solvencia figurando adicionalmente, en el artículo 80, que en los contratos sujetos a regulación armonizada los órganos de contratación puedan exigir certificados que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad que 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. Estando el contrato objeto del recurso clasificado en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, no se encuentra sujeto a regulación armonizada por lo que cabría cuestionarse la posibilidad de exigencia de tales certificaciones. No obstante este Tribunal ya se ha pronunciado en la Resolución 139/2013, de 19 de septiembre, en el sentido de que la posibilidad de exigir certificados de calidad es admisible también en los contratos no sujetos a regulación armonizada.

El Manual de calidad es un documento donde se especifican la misión y visión de una empresa con respecto a la calidad así como la política de la calidad y los objetivos que apuntan al cumplimiento de dicha política. Es de obligada realización en la implantación de la norma ISO 9001. El Tribunal considera que si bien podría ser exigible en virtud del artículo 78 (apartados b y c) relativos a descripción de las medidas empleadas por los empresarios para garantizar la calidad, en cambio para las empresas que acrediten estar en posesión de una certificación de calidad, como es el caso, la petición de ambos documentos de forma acumulativa es innecesaria y restrictiva de la competencia. Así si se aporta la certificación ISO dicho manual se supone. También es aceptable la presentación de otras certificaciones que acreditan la gestión de calidad y exigir otra documentación adicional sería innecesario pues nada aporta a lo ya certificado. En consecuencia deberá eliminarse la exigencia acumulativa de estar en posesión del manual de calidad de empresa y del certificado de calidad.

Sexto.- La cláusula 11 “*proyecto técnico y documentación requerida*” del PPT exige que las empresas licitadoras presentarán un proyecto técnico en el que se expondrá detalladamente las actuaciones a seguir sobre determinados programas y junto a la memoria técnica deberán presentar como parte de su oferta cuantos datos, información y documentación estimen oportunos a efectos aclaratorios de su capacidad material y técnica y expresamente, entre otros, los siguientes:

“Las empresas licitadoras certificarán, la experiencia en la ejecución de servicios de digitalización de historias clínicas e integración de la información digitalizada en la historia clínica electrónica de al menos un hospital dependiente del Sistema Nacional de Salud con al menos 2.500 movimientos/día de documentación clínica y con más de 700 camas, siendo ésta una condición exigible para poder participar en este concurso”.

Según la recurrente el requisito exigido a los licitadores contenido en el párrafo transcrito no se ajusta a la legalidad, considerando que pese a su inclusión en el PPT, la pretensión del órgano de contratación es la de que sirva para acreditar condiciones de aptitud y/o solvencia del licitador ofertante y observa tres tipos de irregularidades:

1. La experiencia en la ejecución de servicios de digitalización de historias clínicas e integración de la información digitalizada en la historia clínica electrónica no se ajusta al objeto del contrato, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 1.1 del PCAP y en el desarrollo de las especificaciones del PPT.

2. La limitación de la certificación de la citada experiencia a las realizadas en hospitales del Sistema Nacional de Salud, o sea, hospitales públicos, no respeta lo establecido en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

3. La limitación del tamaño de los hospitales de la citada experiencia.

Asimismo, en el apartado *“Acreditaciones y certificaciones”* de la cláusula 11 *“proyecto técnico y documentación requerida”* del PPT, se establece que en la fecha de presentación de las ofertas técnicas, las empresas licitadoras dispondrán y presentarán, entre otros, la certificación de la norma ISO 27001:2005 de *“Sistema de Gestión de Seguridad de la Información”*. Considera la recurrente que así como con las otras certificaciones relacionadas no existe ninguna duda sobre su idoneidad en relación al objeto del contrato, no ocurre lo mismo con la norma referenciada. Añade que la cláusula 7 *“gestión de la documentación clínica”*, en su apartado 7 *“Gestión Informática”* del PPT establece:

“Toda la gestión del archivo en lo referente a la documentación clínica (solicitante, préstamo, envío, devolución, etc.) se hará utilizando el programa informático del hospital, que se encuentra oficialmente registrado cumpliendo la normativa legal de protección de datos; los empleados de la empresa del archivo que en el desempeño de sus funciones hagan uso de este programa, cumplirán los requisitos de seguridad exigidos por el hospital “. Así pues, si el programa a utilizar es propiedad del hospital y las bases de datos están ubicadas en el sistema informático del Hospital, el cumplimiento de la norma aludida corresponde al Hospital, por lo que la exigencia de la citada certificación a los licitadores resulta sin sentido y desproporcionada, en cuanto que limita la libre concurrencia sin que exista una necesidad real de la misma, o al menos, una explicación motivada de su inclusión por parte del órgano de contratación.

Por otro lado, la cláusula 3 del PPT *“infraestructura física”*, en su apartado 2 *“equipamiento informático”* establece:

“En el momento de la valoración de las ofertas técnicas, las empresas licitadoras dispondrán de:

a)...

b)...

e) Hardware necesario para la gestión integral del servicio y para el proceso de digitalización.

Según la recurrente el órgano de contratación establece un requisito (hardware necesario para el proceso de digitalización) que no tiene relación con el objeto del contrato, pues en ningún apartado de los Pliegos se hace referencia que en el mismo esté incluido un proceso de digitalización de la documentación.

Mantiene el órgano de contratación en su informe al recurso que sorprende tal afirmación dado que en los apartados 3.2, 4.2, 7.8, 10 y 11 del PPT se indica claramente la ejecución de los procesos de digitalización para el cambio de soporte de la información física a soporte digital de la documentación clínica objeto del

presente procedimiento de contratación. Con la previsión solicitada en la cláusula 11 del PPT se pretende garantizar la efectiva ejecución de todas las prestaciones relacionadas con la transformación del servicio y el proceso de cambio al soporte digital al que alude el apartado 7.8 del PPT. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define como documentación clínica el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial. De manera que el soporte podrá ser físico pero también digital y la gestión integral debe garantizar el cambio de soporte cuando sea necesario.

En cuanto a la limitación de la experiencia a los hospitales del Sistema Nacional de Salud, mantiene el órgano de contratación que es en estos centros donde hay obligación de prestar todos los servicios a todos los ciudadanos. Por otro lado, equiparar los hospitales del Sistema Nacional de Salud a los hospitales públicos, como hace la recurrente, no es correcto, puesto que hay Comunidades Autónomas, como Cataluña, que tienen integrados en su red sanitaria pública hospitales que no son públicos.

En relación a la “*Gestión informática*” del PPT y disposición del hardware necesario: certificación ISO 27001 y hardware para la digitalización, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que ambos requerimientos se hallan vinculados técnicamente con el objeto del contrato y las prestaciones exigidas, en particular el proceso de innovación digital en la recogida, tratamiento y acceso digital a la información de los datos del paciente. De modo que todo el proceso de innovación digital se encuentre regulado bajo una normativa de seguridad certificada que aporte una cobertura global del nivel de seguridad correspondiente a la información sensible a tratar, garantizando el cumplimiento de la normativa de protección en las instalaciones concretas puestas a disposición del servicio, garantizando que la seguridad de la información se gestiona de forma coherente y veraz, permitiendo asegurar la información frente a la pérdida de confidencialidad,

integridad y disponibilidad. Sorprende la contradicción de la alegación de la recurrente a la solicitud de puesta a disposición del hardware necesario para el proceso de digitalización, y no cuestione el requerimiento del software necesario que se demanda en el artículo 3.2. Ambas exigencias están relacionadas con el soporte informático que aplica el Hospital y que se debe mantener en todo caso. Los trabajadores de la adjudicataria deben cumplir estrictamente los requisitos de seguridad y confidencialidad en los términos exigidos por el Hospital que no son otros que los establecidos por la ley. El pliego expresa claramente que la empresa adjudicataria debe integrar documentación de pacientes en el tipo de soporte que requiera el Hospital, si el soporte requerido es digital es evidente que la empresa tendrá que garantizar las medidas de seguridad que el Hospital defina y que no son otras que las contempladas por la legislación vigente, dado el carácter altamente confidencial que tiene la información que se utiliza en un hospital. No se trata, por tanto, de restringir la libre competencia.

A la vista de las alegaciones de las partes procede, en primer lugar, examinar la naturaleza de las distintas cláusulas impugnadas y si el contenido de ambos Pliegos que rigen la licitación responde al contenido que la normativa de contratos del sector público exige. La recurrente entiende respecto de la cláusula 11 que, pese a su inclusión en el PPT, la pretensión del órgano de contratación es la de que sirva para acreditar condiciones de aptitud y/o solvencia del licitador y el órgano de contratación trata en su informe todas las cuestiones anteriormente abordadas en este fundamento, al igual que hace la recurrente en el recurso como “*requerimientos de solvencia en el PPT*”. El Tribunal no comparte tal apreciación, pues de la redacción del PPT se desprende la solicitud a los licitadores de un proyecto técnico y una serie de documentación que será objeto de valoración, sin embargo en ningún apartado del PCAP se traslada en qué sobre ha de incluirse, ni cómo se ha de proceder a tal valoración técnica, pues se trata de un procedimiento abierto con un único criterio de adjudicación. Se produce falta de conexión entre ambos pliegos pues si lo que se pretendía era regular cuestiones de solvencia técnica su lugar adecuado no es la dispersión entre ambos y a lo largo de su clausulado, sino

exclusivamente en el PCAP, en la cláusula dedicada al efecto. Si se pretende presentar un proyecto de gestión valorable como criterio de adjudicación también su lugar debería ser el PCAP incluyendo un criterio de adjudicación de calidad debidamente baremado y objetivado, y si lo que se pretende es establecer una serie de obligaciones del adjudicatario como condiciones de ejecución de las prestaciones del contrato igualmente deben reflejarse como tales en el PPT. El PPT adolece pues de falta de claridad en este aspecto.

Como hemos analizado en el fundamento de derecho anterior en el PCAP se exige clasificación y un determinado nivel de solvencia técnica. Cabe cuestionarse si la regulación del PPT en cuanto que establece que será necesaria determinada documentación referida a la experiencia de las empresas licitadoras en el momento de valoración de las ofertas técnicas *“para poder participar en este concurso”* tiene tal condición de requisito de solvencia e incluso si es posible su regulación en el citado pliego.

Según el artículo 115.2 del TRLCSP relativo al contenido de los PCAP: *“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. (...)”*. En el artículo 62 relativo a la exigencia de solvencia se dispone que los requisitos mínimos de solvencia que deberá 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.

La concreción del contenido del PCAP la realiza el artículo 67 del RGLCAP, estableciendo que en el mismo necesariamente han de figurar, entre otros extremos:

“h) documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones”

Además el PCAP debe contener las exigidas en el artículo 8 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril.

En cuanto a los PPT, el artículo 116 del TRLCSP establece la necesidad de su existencia, de su aprobación y su contenido, referido esencialmente a la realización de la prestación y definición de sus calidades.

Los aspectos que deben contener los PPT se detallan en el artículo 68.1 del RGLCAP, en vigor en cuanto no se oponga a lo dispuesto en el texto legal, y en el apartado 3 dispone que *“en ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*. Es decir, junto a la delimitación positiva del contenido de los PPT, el citado apartado 3 impone un contenido negativo de las materias que no pueden integrarse en el mismo. Serán los técnicos especializados en la materia objeto del contrato quienes han de concretar en los correspondientes PPT los requisitos que han de tener los bienes a suministrar, la forma de elaboración, la características técnicas de la prestación, el mantenimiento, en su caso, la forma y plazo de entrega, etc.

La ley claramente establece la necesidad de la existencia en el procedimiento de contratación de dos documentos diferentes y con contenidos específicos: el PCAP y el PPT. No obstante ambos pliegos tienen carácter contractual, como se desprende, entre otros, del artículo 116 del TRLCSP, al disponer que los pliegos y los documentos que contienen las prescripciones técnicas particulares, aprobados por el órgano de contratación, han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades.

En consecuencia, este Tribunal considera que la redacción de las cláusulas del PPT, en cuanto que regulan o pretenden regular la solvencia técnica exigible a los licitadores modifican el contenido del PCAP introduciendo de forma dispersa y

confusa criterios de solvencia no previstos en aquél, por lo que se produce vulneración del artículo 68.3 del RGLCAP.

De pretender incluir como criterio de solvencia en una nueva licitación lo previsto en la cláusula 11 relativo a la experiencia en la ejecución de servicios de digitalización de historias clínicas, cabe reproducir lo ya dicho en el fundamento de derecho anterior de esta Resolución con carácter general respecto de los criterios de solvencia y apreciar que a diferencia de aquél requisito, en este se exige la experiencia en un solo hospital, pero en este caso que sea dependiente del Sistema Nacional de Salud y cuente con 2.500 movimientos/día y más de 700 camas.

El Tribunal considera que de pretender incluir este nivel de solvencia técnica estaría vinculado al objeto del contrato y también es proporcional al mismo pues la exigencia de 2.500 movimientos al día y 700 camas hospitalarias están en relación al volumen de movimientos y ocupación del hospital destinatario de la prestación. Pero tal como aprecia la recurrente es limitativo de la concurrencia circunscribir la experiencia a hospitales integrados en el Sistema Nacional de Salud, pues siendo el objeto del contrato el servicio de depósito, custodia y gestión del archivo de documentación clínica ha de ser indiferente la titularidad del hospital, siendo así admitido también en el artículo 78.a) que acepta que el destinatario de los servicios sea público o privado. En aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo los pliegos, debe acreditarse la existencia de los contratos en los términos expuestos, de modo indiferente entre el destinatario público o privado de aquéllos previos servicios, sin que sea posible que el órgano de contratación limite la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato tenga la versatilidad de poder ser contratado en el sector público y en el sector privado. El criterio sería además contrario a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 14/2013 al suponer una ventaja a favor de los que hayan contratado previamente con cualquier administración. En consecuencia procede anular el apartado reproducido de la cláusula 11 del PPT.

En relación a la exigencia de una certificación ISO 27001:2005 el Tribunal considera que su posible exigencia como criterio de solvencia tiene encaje, haciéndolo constar en el PCAP, dentro de los medios enumerados en el artículo 78.c) en relación al 80 del TRLCSP relativo a los medios para la acreditación en los contratos de servicios, a fin de garantizar seguridad a la información que será objeto de tratamiento durante la ejecución del contrato, estando vinculado al objeto del mismo.

Por otro lado la exigencia del hardware necesario para la gestión integral del archivo y proceso de digitalización puede establecerse y así figura (no como requisito de solvencia) como condición de ejecución del contrato, aunque si ha planteado dudas tal vez convendría una mejora de la redacción de las obligaciones del Hospital y del adjudicatario en el proceso de ejecución contractual.

Séptimo.- La cláusula 4.1 del PPT relativa a la ejecución del servicio establece que la ejecución del servicio abarca los siguientes aspectos:

“Recogida inicial de las historias clínicas siendo por cuenta del adjudicatario los gastos de transporte, manipulación, inventariado, procesamiento o cualquier otro actividad que necesita llevar a cabo para la buena gestión del archivo. Si la empresa adjudicataria del presente procedimiento abierto fuera otra distinta a la que actualmente realiza el servicio, la adjudicataria deberá asumir el coste derivado de los trabajos de traslado de la documentación existente en ese momento. En este sentido, abonará a la actual adjudicataria un importe de 113.600 €, IVA incluido, en compensación por las labores de puesta a disposición de los contenedores de historias clínicas existentes y por las labores de embalaje de la documentación en los contenedores que suministre la nueva empresa.

La nueva empresa adjudicataria asumirá también la obligación de recoger la documentación en la entrada de los locales donde se encuentra actualmente, trasladarla y ubicarla en sus instalaciones en las condiciones necesarias para garantizar que la actividad asistencial y otras vinculadas al hospital no se vean

afectadas. En ningún caso, el proceso de traslado implicará coste alguno para el hospital”.

La cláusula transcrita, en opinión de la recurrente incumple el artículo 1 del TRLCSP y el artículo 45 de la Ley 14/2013, en base a lo siguiente:

1. Establecer una ventaja inicial a favor de la actual adjudicataria.
2. Imponer una relación mercantil, en el supuesto de adjudicación a un nuevo licitador, entre la actual y futura adjudicatarias a través de los Pliegos de una contratación pública.
2. Indefensión de la hipotética nueva adjudicataria al no establecerse los criterios y responsabilidades de ambas empresas en el servicio impuesto.
3. Desproporcionalidad de la cantidad a pagar impuesta.

Solicita la recurrente la disgregación del presupuesto, estableciendo en lotes separados el coste de traslado, excluyendo del mismo a la actual adjudicataria si mantiene el lugar de custodia de la documentación, y la ejecución del servicio, y la anulación de la imposición del pago por la puesta a disposición de la nueva adjudicataria de la documentación custodiada.

Según indica el órgano de contratación, en su informe al recurso, es necesario establecer las condiciones adecuadas que exige un material sensible como el que es objeto del contrato, para que no se paralice la prestación del servicio. La obligación de pago de la cantidad correspondiente a la puesta a disposición de contenedores y embalaje es una obligación que exige el órgano de contratación al nuevo adjudicatario y que deriva del Pliego, por lo que su cumplimiento será tutelado y exigido en el marco del presente contrato, de acuerdo con la obligación del actual adjudicatario de facilitar la tarea de traslado, sin que ello suponga el origen o imposición de una relación jurídico privada mercantil entre el adjudicatario actual y el nuevo. En cuanto al coste derivado de los trabajos de traslado de la documentación existente que, en su caso, asumiría el nuevo contratista, debe indicarse que se trata de un coste que no forma parte del precio del

contrato. Por tanto, la oferta económica que presenten los licitadores y que será objeto de valoración se limitará, para todos, a las cantidades que abonará la Administración por la prestación del servicio, sin que esté incluido el coste de traslado, y sin que exista necesidad de desagregar dicha partida. No se puede afirmar que la empresa actual tiene algún tipo de ventaja por tener albergada la documentación en sus instalaciones, ya que las especificaciones de este concurso, los volúmenes de documentación y las tareas a realizar comprenden un tratamiento integral de la información. De hecho, en las actuales instalaciones, donde está albergada la documentación, no pueden realizarse algunas de las tareas exigidas en este procedimiento, por lo que la actual adjudicataria se vería obligada a trasladar su actual ubicación o a introducir inversiones mucho más costosas de lo que significa el traslado. Por otro lado, señalar que esta es la práctica común en los procedimientos de contratación que tienen por objeto este tipo de servicios específicos de los centros hospitalarios, y no de otras administraciones que no requieren tal inmediatez en las actividades que desarrollan.

El artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que no se ha incorporado al TRLCSP establece:

“Artículo 45. Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.

1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.

Asimismo el artículo 44.Tres de la citada Ley 14/2013 añade mediante una letra d) al artículo 32 del TRLCSP una nueva causa de nulidad de derecho administrativo:

“Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier administración”.

Mediante Acuerdo 39/2013, de 15 de octubre, sobre adaptación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares informados, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, procede a efectuar modificaciones en los pliegos tipo informados por la Junta para su adaptación a la Ley 14/2013 y justifica que no resulta preciso efectuar adaptación acerca de la prohibición de discriminación a favor de los contratistas que hayan contratado previamente con cualquier Administración, dado que los modelos de pliegos no recogen ninguna ventaja directa ni indirecta para la empresas que hayan sido contratistas. En consecuencia procede analizar si se produce dicha circunstancia en cada pliego concreto tanto a la hora de definir los criterios de solvencia en virtud de los cuales se seleccionan las empresas licitadoras como los criterios de adjudicación en virtud de los que se selecciona la oferta económicamente más ventajosa o al establecer los derechos y obligaciones del contrato.

Según la recurrente los costes del traslado de la documentación existente son una unidad de ejecución susceptible de aprovechamiento separado, por lo que el órgano de contratación puede, en aras de una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios, desagregar el presupuesto de ejecución, de tal forma que si la actual adjudicataria lo volviera a ser, el ahorro de costes repercutiera sobre la Administración y no sobre la cuenta de resultados de la empresa adjudicataria, evitando a la vez la discriminación que esta situación produce con respecto al resto de los licitadores.

El artículo 32 del TRLCSP contiene los supuestos de nulidad de pleno derecho, razón por la cual el Tribunal tiene que pronunciarse, en primer lugar, sobre si concurre vicio de nulidad radical en los pliegos por otorgar éstos de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Esto es, por vulneración del artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

La finalidad del artículo 45 citado no es sólo evitar la posición de ventaja del licitador anterior en la prestación de los concretos servicios objeto del contrato, sino que el legislador busca con tal medida fomentar la apertura de la contratación del sector público a nuevos licitadores. Así se deduce, tanto del tenor literal de la norma (empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración), como del contexto normativo, al incluirse la nueva disposición, precisamente en la ley cuyo objeto es apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales a comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización.

El principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para el ejercicio de una actividad económica sino que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para el libre ejercicio de dicha actividad. La previsión del coste de desplazamiento del archivo desde su actual ubicación a las instalaciones del nuevo adjudicatario supone una ventaja para la actual prestadora del servicio que en su oferta no ha de tener en cuenta esos gastos con lo cual resultará, a priori, más competitiva que la de sus competidores que a la hora de cuantificar el importe total de la oferta han de tener en cuenta una prestación por importe de 113.600 euros que a aquél no le es exigible, por tanto las ofertas no son comparables en términos de igualdad y se otorga cierta ventaja en su formulación a una de las aspirantes al contrato. Por ello la cláusula se opone al artículo 45 de la Ley 14/2013 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32.d) del TRLCSP debe ser anulada.

Lo anterior sin perjuicio de las condiciones de entrega a la finalización del contrato exigibles al actual prestatario del servicio cuyo cumplimiento corresponde velar al órgano de contratación y sobre cuyo cumplimiento o interpretación no se puede pronunciar este Tribunal.

Propone la recurrente la división del contrato en dos lotes, uno para la ejecución del objeto del contrato consistente en el depósito custodia y gestión del archivo de documentación clínica y otro para el traslado desde los depósitos del actual prestador del servicio a los nuevos en caso de cambiar de adjudicatario. Debiéndose elaborar un nuevo pliego donde se recojan las condiciones de traspaso de forma que no se conceda ventaja al actual prestador del servicio la decisión entre la fórmula propuesta por la recurrente o cualquier otra que reúna esa característica corresponde al órgano de contratación que ha de promover el contrato en condiciones de igualdad sin que pueda el Tribunal inducir una u otra forma en la que se ha de cumplir.

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, interpuesto por Doña E.V.R., en nombre y representación de Factudata XXI S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de “Servicio de depósito, custodia y gestión integral del archivo de documentación clínica del Hospital Universitario La Paz, Hospital de Cantoblanco, Hospital Carlos III y Centro de Especialidades”, N^o de expediente: P.A. 382014, anulando las cláusulas 1.5.3 del

PCAP, la 4.1 del PPT y parcialmente la 11 del PPT, debiendo proceder a su nueva redacción, en los términos señalados en los fundamentos de derecho y proceder a una nueva convocatoria de la licitación si se mantienen las necesidades que se pretenden satisfacer con la contratación.

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.