

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

En Madrid, a 2 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don C.G.L., en nombre y representación de Ernst & Young, S.L. (EY), contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad por la que se la excluye del procedimiento abierto “PA SER-21/2016 -Oficina de proyectos de sistemas de información sanitaria del Servicio Madrileño de Salud”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de la licitación, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, fue publicada el 9 de julio de 2016 en el DOUE y el día 13 del mismo mes en el BOE, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, así como en el perfil de contratante. El valor estimado del contrato asciende a 4.752.612,48 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su Cláusula 1. Características del contrato, apartados 1 y 5, establece lo siguiente:

“1.- Definición del objeto del contrato:

El objeto del contrato lo constituyen los servicios de oficina de gestión de proyectos relativos a los sistemas de información sanitaria (en adelante, Oficina de Proyectos).

Se contemplan tres líneas de servicio:

- Apoyo a la planificación y estudio de la viabilidad de los proyectos TIC solicitados o requeridos por el Servicio Madrileños de Salud, ayudando a la coordinación de la demanda mediante el estudio de las solicitudes recibidas en la Dirección General de Sistemas de información Sanitaria.

- Gestión integral de proyectos TIC: incluyendo para las diferentes fases del ciclo de vida de los proyectos (inicio, ejecución, seguimiento y control y cierre), distintos enfoques en función del ámbito de actuación: funcional, operativo, técnico, organizativo, recursos.

- Soporte técnico-funcional especializado: la Oficina de proyectos dará soporte técnico y funcional especializado, en la medida que se determine para cada caso, a las actividades relacionadas con todas las etapas y ámbitos de los proyectos gestionados.

Además, se incluyen como servicios complementarios, todas aquellas labores de seguimiento, control y gestión del proyecto, que de manera horizontal y común a todas las actividades se deben plantear, como la presentación y control de los indicadores que permiten asegurar el cumplimiento de los objetivos y funciones contemplados en el objeto del contrato”.

“5.- Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

b) Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Artículo 78 del TRLCSP, apartado 1.a): Una relación de los principales servicios 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.

Criterios de selección:

A estos efectos, los licitadores deben acreditar al menos tres (3) certificados de ejecución anual de servicios de Oficina de Proyectos de Sistemas de información, de carácter corporativo u horizontal, en el ámbito sanitario público o privado (incluyendo la gestión, coordinación, seguimiento y control de proyectos) de duración igual o superior a dos años, realizados en los últimos cinco años. Los certificados deberán especificar, además de lo anterior, la fecha global del contrato, importe, título, objeto de la contratación, el destinatario, público o privado del mismo y la relación de los proyectos de sistemas de información de carácter horizontal o corporativo más significativos, comprendidos en el contrato, acompañada de una breve descripción.

c) Se requiere además de la clasificación del contratista o la solvencia económica y financiera y técnica o profesional descrita anteriormente, lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, todos los licitadores deberán presentar en el sobre n° 1 “Documentación Administrativa” Certificados expedidos por organismos independientes que acrediten el cumplimiento de las siguientes normas de calidad y de gestión medioambiental:

ISO/IEC 20000-1:2011, *Information technology. Service Management Specification*).

ISO/IEC 27001:2013 *Information technology. Security Techniques. Information security management systems*.

ISO 9001:2008, *Quality management Systems*.

CMMI Maturity Level 5 para Desarrollo de Sistemas de Información (Capability Maturity Model Integration - Dev VI.3).

Certificado ISO 14001:2004 *Environmental Management System*".

Tercero.- A la licitación se presentaron tres empresas, incluida la recurrente.

El 30 de agosto de 2016 se reúne la Mesa de contratación a fin de calificar la documentación administrativa, acordando, entre otros extremos, conceder cinco días naturales para que subsanara la documentación relativa a los criterios de solvencia técnica o profesional a que se refiere el punto 5.b) del PCAP.

EY presentó el 2 de septiembre de 2016 documentación relativa al requerimiento y el 5 de ese mes, la Mesa de contratación requirió nueva subsanación, esta vez en relación con lo establecido en el punto 5.c) del PCAP, debiendo presentar “*certificado expedido a su nombre (ERNST & YOUNG, S.L. CIF B-78970506, por organismo independiente que acredite el cumplimiento de CMMI Maturity Level 5 para desarrollo de Sistemas de Información (Capability Maturity Model Integration - Dev VI.3)*”. El plazo finalizaba el 12 de septiembre.

Con fecha 6 de septiembre de 2016 se ha llevado a cabo el acto de apertura de las ofertas y analizada la primera documentación que se solicitó para subsanar se acordó excluir a EY al no haber acreditado la solvencia técnica de acuerdo con lo dispuesto en el punto 5.b) del PCAP y en los términos que fue requerido, toda vez que “*Dos de los certificados aportados por la empresa corresponden a servicios prestados o ejecutados no por la empresa licitadora, ERNST & YOUNG S.L., sino por empresas distintas de la licitadora, de otros países, como ERNST & YOUNG SPA (empresa italiana) o ERNST AND YOUNG SSL (estadounidense). El licitador no aporta compromiso de adscripción de los medios necesarios, por parte de estas sociedades, para la correcta prestación del servicio.*

El tercer certificado se refiere a servicios prestados a DIGNITY HEALTH (Mercy and Memorial Hospitals) por ERNST & YOUNG en Estados Unidos, sin que pueda deducirse si dicha empresa es la licitadora (ERNST & YOUNG S.L., empresa española), o ERNST & YOUNG SSL (estadounidense).

El 8 de septiembre de 2016 EY aportó documentación en contestación al segundo requerimiento de subsanación junto con un escrito de alegaciones poniendo de manifiesto que su exclusión era irregular por ser anterior a la

finalización del plazo para cumplir esa subsanación, alegaciones que fueron contestadas en la reunión de la Mesa de contratación del día 15 de septiembre e inadmitidas por haber establecido el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) un régimen de impugnación que responde a la exigencia de las Directivas de la Unión Europea, el recurso especial, que no es compatible con un sistema que atribuye al órgano de contratación la resolución de reclamaciones que pueden afectar a actos susceptibles del recurso.

El 20 de septiembre de 2016 se notifica a EY la resolución por la que se excluye a la recurrente del procedimiento abierto por los motivos anteriormente expuestos y añade al anterior motivo *“tampoco se da por subsanada esta documentación, certificado expedido por CMMI INSTITUTE a favor de EY LLP, acreditando el cumplimiento del CMMI Maturity Level 5 y la declaración de adscripción de medios conforme a la cual EY LLP se compromete a poner a disposición de ERNST&YOUNG, S.L. cualesquiera medios sean necesarios, en base a la Resolución 41/2013, del Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León. Los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad sólo garantizan esta circunstancia respecto a la empresa y la actividad de ésta para las cuales se ha expedido”*.

Cuarto.- El 23 de septiembre de 2016 fue presentado ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación por la representación de EY, que previamente habían anunciado el recurso.

El 7 de octubre de 2016 se remite al Tribunal, el recurso, el anuncio y una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el escrito de recurso se alega por la empresa, en primer lugar, la nulidad de la exclusión de su oferta por defectos procedimentales. En segundo lugar, reitera la improcedencia de la exclusión basada en el incumplimiento de los requisitos de solvencia.

Quinto.- El 28 de septiembre, este Tribunal acordó suspender la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la misma.

Sexto.- 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, no habiéndose formulado ninguna.

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.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, por tanto susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo a que se refiere artículo 44.2.a) del TRLCSP, dado que la Mesa de contratación acordó el 6 de septiembre de 2016 la exclusión de EY, lo que fue notificado el 20 y el recurso se interpuso el 23 de septiembre de 2016.

Cuarto.- La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora que ha sido excluida del procedimiento. Se acredita también la representación del firmante del recurso.

Quinto.- En primer lugar, la recurrente considera que el acto de exclusión resulta nulo al ser anterior a la finalización del plazo de subsanación, vulnerando el artículo

81 RGLCAP, así como por abrir la proposición del único licitador admitido antes de haber determinado si la oferta de EY era admitida, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 160.1 del TRLCSP y en la cláusula 13 del PCAP.

El órgano de contratación en su informe rebate el argumento del recurrente referido a los defectos procedimentales y afirma que la Mesa de contratación ha actuado conforme a derecho. Al no quedar acreditada la solvencia técnica dentro del primer plazo de subsanación, de cuyo resultado se informó en la Mesa de contratación del día 6 de septiembre de 2016, se acordó en ese momento la exclusión ya que aunque se solventase la segunda subsanación ello no modificaría los argumentos y hechos que fundamentan la decisión de exclusión derivados de este incumplimiento, por lo que la Mesa decidió la apertura de la única proposición admitida a la licitación -Accenture S.L.-, al haber quedado las otras empresas excluidas de la licitación en la acreditación de la solvencia técnica (Ernest & Young S.L. y la UTE Everis Spain, S.L.U., Everis Centers Group, S.L.U. y Everis Centers, S.L.U.).

El 15 de septiembre de 2016, la Mesa examinó la documentación aportada por la recurrente en relación con la segunda solicitud de subsanación, para concluir que tampoco ha subsanado las deficiencias encontradas, de todo lo cual queda constancia en las actas y se recoge en la Resolución adoptada por el Viceconsejero de Sanidad el 20 de septiembre de 2016.

En cuanto al vicio de nulidad del procedimiento alegado, conviene recordar que en relación al orden de apertura de los sobres el artículo 160 del TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en su art 22 (en adelante RD 817/2009) y el RGLCAP en sus art 80 y siguientes, regulan con detalle todo lo relativo a la presentación de proposiciones, el orden de apertura y valoración de ofertas, cuestiones de especial trascendencia en el procedimiento de contratación del sector público.

En la reunión de la Mesa de 6 de septiembre se deja constancia de que el motivo que determina la exclusión de la empresa Ernst & Young, S.L. fue la falta de aportación de los certificados acreditativos de la solvencia técnica exigida, dentro del primer plazo de subsanación, motivo suficiente, por sí solo y sin perjuicio de la posible disconformidad del afectado, para la exclusión de su oferta y no apertura de la misma en la sesión en que procedía la apertura del sobre 2. No obstante, en la reunión de 15 de septiembre, se añade como otro motivo de exclusión no haber subsanado tampoco el segundo requerimiento relativo a los certificados de calidad: *“no se da por subsanada la presentación del certificado expedido por CMMI INSTITUTE a favor de EY LLP, acreditando el cumplimiento del CMMI Maturity Level 5 y la declaración de adscripción de medios conforme a la cual EY LLP se compromete a poner a disposición de ERNST & YOUNG, S.L. cualesquiera medios sean necesarios, en base a la Resolución 41/2013, del Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León. Los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad sólo garantizan esta circunstancia respecto a la empresa y la actividad de ésta para las cuales se ha expedido”*.

Aun resultando que el primer motivo de la exclusión era determinante, estando pendiente y en plazo la segunda subsanación hubiera sido adecuado posponer la Mesa para la apertura de proposiciones hasta la finalización de este plazo. No obstante, la prosecución del procedimiento cuando se han determinado ya (aunque con solo alguno de los motivos) las empresas admitidas y excluidas no vulnera el procedimiento ni se puede incardinrar como una de las causas de nulidad prevista en el art 32 del TRLCSP.

Sexto.- El primer motivo de exclusión consiste en no haber acreditado la solvencia técnica exigida relativa en la aportación de tres certificados de ejecución anual de servicios de duración igual o superior a dos años, con los demás requisitos mencionados en el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP reproducida en los antecedentes de hecho.

Afirma EY, en primer lugar, que la oferta contenía un compromiso general de adscripción de medios como consta en el documento “Certificados de calidad”, no habiéndose requerido que junto con los certificados de trabajos realizados para acreditar la solvencia que debiera aportar otros compromisos de adscripción de medios. En segundo lugar, considera improcedente además la no admisión del certificado de servicios prestados a DIGNITY HEALTH, por la sociedad estadounidense ERNST AND YOUNG a la vista del compromiso de adscripción de medios general aportado en la documentación contenida en el Sobre 1.

Procede por tanto determinar si la exclusión por la falta de acreditación de la solvencia técnica por dichos motivos fue conforme a derecho.

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La acreditación de solvencia es un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren (Directiva 2004/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), de ahí la importancia de que ese requisito sea adecuadamente valorado y en su caso sea rectificada cualquier infracción en relación con el mismo.

El artículo 62 del TRLCSP dispone que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones

mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determine por el órgano de contratación y los medios para su acreditación deberán especificarse en el Pliego.

En este caso el PCAP (punto 5.b de la cláusula 1) recoge expresamente los requisitos de solvencia arriba descritos.

A tal efecto la recurrente aporta una declaración responsable de cumplimiento de los requisitos mínimos de solvencia técnica y profesional en la que relaciona cinco trabajos realizados entre 2012 y 2016 y dos en fase de ejecución, siendo requerido por la Mesa de contratación de 30 de agosto para que acreditará “*un mínimo de tres certificados de ejecución anual de servicios de Oficina de Proyectos de Sistemas de Información, de carácter corporativo u horizontal, en el ámbito sanitario público o privado (incluyendo la gestión, coordinación seguimiento y control de proyectos) de duración igual o superior a dos años, realizados en los últimos cinco años. Los certificados deberán especificar, además de lo anterior, la fecha global del contrato, importe, título, objeto de la contratación, el destinatario, público o privado del mismo y la relación de los proyectos de sistemas de información de carácter horizontal o corporativo más significativos, comprendidos en el contrato, acompañada de una breve descripción. (Deberá ampliar y traducir el certificado presentado, y aportar otros dos certificados detallados).*

- *Deberá presentar una declaración responsable en la que se compromete a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, un equipo de prestación del servicio con los requisitos de cualificación y experiencia de los perfil profesionales que cumpla con los requisitos establecidos en los puntos 5.2.1, 5.1.2 y 5.2.3 de la cláusula 5, “Equipo de trabajo” del pliego de prescripciones técnicas. (La declaración presentada no tiene el grado de detalle requerido)”.*

Examinada dicha documentación resulta acreditado que los certificados de ejecución no pertenecen a la empresa EY, S.L. Así:

- El certificado del Instituto Nacional de Seguridad Social Italiana, Dirección General de Recursos Fundamentales, relativo al Proyecto para el mantenimiento evolutivo de aplicaciones y lanzamiento, desarrollo, y gestión de nuevos proyectos para los sistemas de información de carácter corporativo del instituto Nacional de la Seguridad Social italiana esta otorgado a la empresa SOCIEDAD ERNST & YOUNG SPA, CALLE F.WITTGENS N.6, 20100 MILÁN.

- El certificado de JOHNSON & JOHNSON relativo al “Proyecto GEMINI” cuyo objeto es “Oficina de Técnica para la creación e impulso del nuevo modelo informacional de la compañía, creación de un nuevo datawarehouse corporativo y el catálogo de cuadros de mando necesarios para gestionar la organización” esta otorgado a ERNST AND YOUNG, LLP 5 Times Square New York, NY 10036-6530.

- El certificado del Dignity Health Medical Group relativo a “Oficina de Gestión de Programas y Proyectos para la actualización de sistemas e implantación de CIE-10” esta otorgado a la empresa ERNEST & YOUNG.

A la vista de lo cual resulta que ninguno de los trabajos certificados para acreditar la solvencia técnica corresponden a servicios prestados o ejecutados por la empresa licitadora, Ernst & Young, S.L., sino que se pretende acreditar el nivel de solvencia únicamente recurriendo a medios externos, sin que acredite una solvencia mínima propia para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato toda vez que ninguno de los certificados presentados se refiere a la experiencia en la realización de trabajos por la licitadora.

Efectivamente, el artículo 63 del TRLCSP prevé que *“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”*.

El recurso a medios externos para acreditar la solvencia técnica para ejecutar las prestaciones objeto del contrato (distinto del compromiso de adscripción de medios a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP) está admitida legalmente sí, pero con determinados requisitos como seguidamente veremos, que el licitador por sí mismo debe aportar parte de la solvencia y que lo aportado por terceros se ponga a disposición del contratista de una manera efectiva.

Conviene señalar que aun siendo posible complementar la acreditación de la habilitación empresarial o la solvencia profesional que se precisa para ejecutar un contrato basándose en la habilitación y medios de una sociedad de su grupo de empresas como se afirma en el Informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación de la habilitación empresarial o profesional con medios externos, no es menos cierto que complementar supone añadir a la solvencia propia la de otras empresas para mejorarla, lo cual es muy distinto a acreditar este requisito mediante trabajos que en su totalidad corresponden a los realizados por otras empresas.

Según la doctrina establecida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en su Resolución 607/2014, de 1 de septiembre (Fundamento de Derecho Octavo) *“todo licitador, aunque se valga de medios externos, ha de acreditar un mínimo de solvencia propia. (Resoluciones de este tribunal 117/2012 y 560/2013, entre otras) tal y como se infiere, además del artículo 24.1 RGLAP, de los artículos 54.1 (que considera como requisito de aptitud para contratar con el sector público la acreditación de la solvencia económica y técnica o de la clasificación cuando sea exigible), 62.1 (que alude a que los empresarios deberán estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia), 66.1 (que, aun dispensando de la clasificación a los empresarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea, les exige acreditar la solvencia, ya concurran aisladamente, ya lo hagan en una Unión y 227.2 e) (que impone límites al porcentaje que puede ser objeto de subcontratación, fórmula por excelencia, aunque no única, del recurso a medios externos), todos ellos del TRLCSP”.*

No habiéndose aportado ningún certificado de servicios realizados directamente por la empresa licitadora, Ernst & Young, S.L., se considera que EY no ha acreditado que posee una solvencia propia mínima para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato tal y como afirma el TACRC en su Resolución nº 607/2014.

A fin de acreditar la efectiva puesta a disposición de la licitadora para la ejecución del contrato los medios técnicos de los terceros con que acredita la experiencia en la realización de trabajos similares, EY presenta una declaración responsable genérica con el compromiso de adscripción de medios entre las sociedades Ernest & Young España, S.L. y Ernest & Young India GSS CS&A y otra igualmente inespecífica por la que se compromete “*a dedicar o adscribir los medios personales y materiales suficientes para la debida ejecución del servicio objeto del contrato de “Oficina de proyectos de sistemas de información sanitaria del Servicio madrileño de Salud”, nº de expediente: PA SER-21/2016-INF, tal como indica el pliego de condiciones administrativas particulares*”.

Afirma la recurrente que el compromiso aportado tiene un alcance mucho más amplio que el que con carácter general se suele aportar por las empresas adjudicatarias de un contrato. Así en el documento denominado “Certificado de calidad” consta que “*EY España pertenece a la organización y la estructura legal de EY Global, que ha sido diseñada para poner los recursos necesarios para nuestros clientes allí donde estén y con los recursos de EY Global que sea necesario para cada proyecto.*

(...).

Los países miembros de EY Global se comprometen a:

Autorizar la supervisión de los órganos de gobierno de EY Global y de los responsables de las Áreas.

La movilidad de los recursos, medios y experiencias para cubrir las necesidades de clientes y proyecto.

(...).

En línea con su pertenencia a EY EMEA, y siguiendo la filosofía de la Firma, en EY GLOBAL se establecen compromisos de adscripción de medios entre los distintos países para promover y proporcionar servicios que requieren de un nivel de certificación específico.

EY cuenta, en concreto para este proyecto, con las certificaciones necesarias en el ámbito de la gestión de sistemas de información y desarrollo de aplicaciones, como son ISO/IEC 20000-1: 2011, ISO/IEC 27001: 2013 y CMMI L5”.

Del tenor literal de las declaraciones de adscripción de medios aportadas por EY en la subsanación así como a la documentación aportada en el sobre 1 por la recurrente se deduce que tiene solo valor declarativo o programático pero no acreditativo o probatorio de los medios que se compromete a adscribir. Aunque tales declaraciones de voluntad constituyen principios organizativos de carácter interno que afectan a las empresas de la red (comunitarias y extranjeras) resulta necesario especificar los medios concretos que se adscriben para la ejecución de este contrato en qué forma se van a poner a disposición de la licitadora.

No siendo procedente realizar nuevo requerimiento para subsanar la documentación presentada en trámite de subsanación por ser claros los requerimientos realizados por el órgano de contratación, este Tribunal, a la vista de los certificados y del criterio de selección contenido en el PCAP, considera adecuada a derecho la actuación de la Mesa de contratación de excluir a la recurrente por no acreditar la solvencia requerida.

Séptimo.- En relación con el segundo motivo del recurso relativo a la no acreditación por EY del certificado CMMI Maturity Level 5 para Desarrollo de Sistemas de Información (Capability Maturity Model Integration - Dev VI.3) la recurrente lo considera incurso en error por la naturaleza del certificado, que afirma es diferente a la de los certificados de calidad. Asevera que mediante este certificado no certifica “*un aspecto propio e intrínseco de la organización y funcionamiento de una empresa que no es sustituible por el de otra*”, sino que se acredita que la empresa que lo obtiene cumple una serie de procesos que, atendida

su naturaleza, son fácilmente trasladables, “*exportables*”, a otra empresa, por lo que disponiendo de este certificado EY LLP, que está integrada al igual que EY en la red EY Global y EY EMEIA (para los países de Oriente Medio, Europa, India y África), y existiendo una declaración general de adscripción de medios, EY tiene a su disposición todos los procesos a los que se refiere el CMMI 5 del que dispone EY LLP.

Por el contrario el órgano de contratación considera incumplido este requisito porque EY no acredita ni con ese certificado ni con ningún otro certificado equivalente expedido por organismo establecido en otro Estado miembro de la Unión Europea la solvencia requerida. Añade que el certificado además está expedido a nombre de EY LLP (IT Advisor Services, Bangalore and Gurgaon) de la India, lo cual no es conforme al artículo 80 del TRLCSP, ni el 62.1 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, ni con la interpretación del contenido de tales preceptos que se ha realizado tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por la doctrina de los Tribunales Especiales de Recursos Contractuales, y por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativas, tanto del Estado como de la Comunidad de Madrid. Insiste que la naturaleza de los certificados exigidos es aportar un medio de acreditación obtenido mediante la auditoría por parte de una entidad externa independiente en relación, entre otros aspectos, al cumplimiento estricto de los mencionados “procesos”, sin que sea suficiente el mero argumento de que, de ser adjudicatario, adoptaría de alguna manera los modos de trabajo y procesos importados de una empresa distinta a la licitadora y sin explicitar ningún tipo de mecanismo o uso de recursos humanos, tecnológicos o materiales ni de auditoría de cumplimiento para el período de vigencia de la contratación.

No es suficiente una mera declaración ni la vinculación existente entre empresas del grupo para acreditar que se vaya a aplicar un sistema con la calidad exigida por el pliego, como afirma recientemente el TACRC en su resolución 510/2016 “*la consideración de que el certificado emitido lo es a nivel de organización, y no se refiere solo a la persona jurídica que expresamente nombra,*

carece de soporte probatorio; y no se acredita que el certificado se refiera a las unidades de la licitadora. Y, en cuanto al argumento subsidiario, la mera relación entre empresas vinculadas no significa que la matriz vaya a poner a disposición del licitador las unidades certificadas, lo que no consta”.

En este caso el PCAP exige de conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, que los licitadores deberán presentar en el sobre nº 1 “Documentación Administrativa” los certificados expedidos por organismos independientes que acrediten el cumplimiento las normas de calidad y de gestión medioambiental relacionadas en los antecedentes de hecho.

Consta que la recurrente aporta certificado expedido por CMMI INSTITUTE, a favor de EY LLP, acreditando el cumplimiento de CMML Maturity Level 5 (optimizing) y la declaración de adscripción de medios conforme a la cual EY LLP se compromete a poner a disposición de Ernst & Young, S.L. cualesquiera medios sean necesarios para la ejecución del contrato.

Según la doctrina de los Tribunales administrativos en materia de contratación en relación con los certificados de calidad regulados en el artículo 80 del TRLCSP, no sería aceptable, para acreditar el cumplimiento de las normas relativas a la gestión de la calidad y medioambiental, basarse en su cumplimiento por otra empresa, ya que éste se refiere a un aspecto propio e intrínseco de la organización y funcionamiento de una empresa que no es sustituible por el de otra, y además, la referencia a la solvencia de otra empresa sólo es posible en lo que respecta a la disponibilidad de medios personales y materiales para la ejecución del contrato. En consecuencia, en el caso de exigirse el cumplimiento de las normas relativas a la gestión de la calidad y medioambiental, no cabe suplir su falta con los certificados de otras empresas, aunque pertenezcan al mismo grupo.

Es de destacar que para la correcta ejecución del contrato, el tipo actividades a los que afecta este Certificado deberán realizarse directamente por la empresa a la que le ha sido otorgado, que además debería ser la empresa licitadora (EY), que

sería la que por tanto estaría sujeta a la exigencia de los mencionados certificados, pero no se acredita que dicha empresa disponga de sistemas de gestión calidad con un determinado estándar, ni procedimiento ni medio de auditoría externo e independiente que lo corrobore, por lo que no queda constatado que estos serán, efectivamente aplicados por EY y que se vaya a aplicar un sistema con la calidad exigida en los Pliegos para la realización de los trabajos.

Conviene recordar que los certificados de calidad y gestión medioambiental acreditan la idoneidad de los procesos y procedimientos de la empresa a la que se le otorga o extiende, mediante auditoría periódica por parte de una entidad externa independiente, considerándose su acreditación necesaria a los efectos de garantizar su aptitud para la realización de los trabajos objeto de la prestación que se persigue conseguir mediante este contrato. En este caso, el certificado CMMI de calidad aportado está extendido a nombre de la entidad EY LLP (IT Advisor Services, Bangalore and Gurgaon) de la India, por lo que no se acredita que la empresa EY haya pasado por el proceso de auditoría por parte de entidad externa independiente.

Los certificados expedidos para una empresa determinada, como en este caso el CMMMI-CEV nivel 5, respecto de alguno de los centro de la empresa, acreditan para ellos el cumplimiento de las normas citadas en esos niveles de calidad, pero no de las restantes empresas del grupo. El certificado expedido para una empresa no puede servir para acreditar el cumplimiento de tales normas por otras que no los posean o los posean para actividad diferente.

En su recurso, EY pretende argumentar que un certificado de calidad del tipo CMMI de nivel 5 obtenido por una empresa es exportable a otras, al basarse en el seguimiento de unos determinados procesos. Sin embargo, la naturaleza de los certificados exigidos es aportar un medio de acreditación obtenido mediante la auditoría por parte de una entidad externa independiente en relación, entre otros aspectos, al cumplimiento estricto de los mencionados procesos. El recurrente pretende por tanto reemplazar la valía acreditativa de una acto de auditoría por entidad independiente por el mero argumento de que, de ser adjudicatario, adoptaría

de alguna manera los modos de trabajo y procesos importados de empresa distinta a la licitadora y sin explicitar ningún tipo de mecanismo o uso de recursos humanos, tecnológicos o materiales ni de auditoría de cumplimiento para el período de vigencia de la contratación.

Por lo que respecta a la adscripción de medios personales a la que se refiere el recurso de EY hay que señalar que el documento al que hace referencia bajo el nombre “Certificados de calidad” presentado en la proposición de EY no puede ser considerado un compromiso de adscripción de medios a efectos de este contrato por parte de las empresas cuyos certificados han sido aportados por EY, sino como una declaración unilateral de EY en la se recoge “la filosofía de la Firma”. En concreto el párrafo a que nos referimos dice:

“EY España pertenece a la organización y la estructura legal de EY Global, que ha sido diseñada para poner los recursos necesarios para nuestros clientes allí donde estén y con los recursos de EY Global que sea necesario para cada proyecto. Los países miembros de EY Global se comprometen a:

Autorizar la supervisión de los órganos de gobierno de EY Global y de los responsables de las Áreas.

La movilidad de recursos, medios y experiencias para cubrir las necesidades de clientes y proyecto”.

En consecuencia, considera el Tribunal que la actuación de la Mesa no teniendo por subsanado tampoco este requisito de solvencia es ajustada a derecho, por lo que debe ser desestimado el motivo de recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don C.G.L., en nombre y representación de Ernst & Young, S.L. (EY), contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad por la que se la excluye del procedimiento abierto “PA SER-21/2016 -Oficina de proyectos de sistemas de información sanitaria del Servicio Madrileño de Salud”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

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

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