



**EB 2013/091**

**Resolución 121/2013, de 2 de diciembre de 2013, del sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CUSTAR, S.L. contra los pliegos y el documento descriptivo que rigen la contratación del “Diálogo competitivo para la creación de soluciones de gestión de archivo de historias clínicas del Hospital Galdakao – Usansolo tendentes al objetivo de ser un hospital digital”, tramitado por Osakidetza – Servicio Vasco de Salud, y contra la Resolución de 24 de septiembre de 2013 del Director Gerente del Hospital de Galdakao – Usansolo por la que se establece la composición de la mesa especial del diálogo competitivo.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 14 de octubre de 2013, la empresa CUSTAR, S.L. interpuso recurso especial contra los pliegos y el documento descriptivo que rigen la contratación del “Diálogo competitivo para la creación de soluciones de gestión de archivo de historias clínicas del Hospital Galdakao – Usansolo tendentes al objetivo de ser un hospital digital” y contra la Resolución de 24 de septiembre de 2013 del Director Gerente del Hospital de Galdakao – Usansolo por la que se establece la composición de la mesa especial del diálogo competitivo.

En el escrito de recurso se interesa como medida provisional la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del recurso.

**SEGUNDO:** Con fecha 31 de octubre de 2013, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (OARC / KEAO) acordó la medida cautelar solicitada.

**TERCERO:** Con fecha 31 de octubre de 2013 se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la empresa DOCU. MENT XXI. Asimismo, consta en el expediente el informe del órgano de contratación previsto en el artículo 46.2 TRLCSP.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre. El poder adjudicador alega que podría existir falta de legitimación activa porque la recurrente no abarca gran parte del objeto contractual, pero no acredita dicha afirmación, además de que la definición del objeto contractual en los términos expresados en el expediente impugnado es precisamente uno de los motivos del recurso, por lo que es claro que, en todo caso, habría un vínculo entre la posible estimación del recurso por ese motivo y el interés legítimo de la empresa. Por otro lado, la insuficiencia de los medios humanos y técnicos podría suplirse mediante el recurso a medios ajenos o licitando como Unión Temporal de Empresas.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 b) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP) prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.

El acto que se recurre se refiere a un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP con un valor estimado de 1.210.000 euros, según indica el anuncio de licitación.

**TERCERO:** El artículo 40.2 a) TRLCSP establece que podrán ser objeto de recurso

Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

En el presente caso, se impugnan los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el documento descriptivo, cuya naturaleza de documento contractual que establece las condiciones de la licitación es indudable, a la vista de lo dispuesto en los artículos 109.3, 135 y 150.2 del TRLCSP.

Se impugna asimismo la Resolución de 24 de septiembre de 2013 del Director Gerente del Hospital de Galdakao – Usansolo por la que se establece la composición de la mesa especial del diálogo competitivo. Dicha resolución no es uno de los actos expresamente mencionados como susceptibles de recurso especial en las letras a) y c) del artículo 40.2 TRLCSP, ni tampoco es un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación que decida directa o indirectamente sobre la adjudicación, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (letra b) del mismo artículo). No obstante, al estipularse la composición de la mesa en un documento contractual, susceptible de recurso especial, se procederá a su análisis



**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, el ente público de derecho privado Osakidetza – Servicio Vasco de Salud tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

**SEXTO:** El recurrente basa su pretensión en los siguientes motivos:

- a) No se motiva el cambio de la necesidad de gestión del archivo de las historias clínicas respecto de una licitación tramitada hace unos pocos meses, en la cual se configuraba la prestación de la misma manera que durante la última década. La transición del actual modelo hacia el “hospital digital” no figura entre las prioridades estratégicas del Hospital de Galdakao y la coyuntura económica no lo aconseja. Se entiende que hay una contradicción con actos propios anteriores que conlleva una especial obligación de motivación (artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en adelante, LRJPAC), así como una actuación contraria a los documentos estratégicos que rigen la actuación del poder adjudicador y a los presupuestos del Centro.
- b) No se motivan las razones por las que se acude al procedimiento de diálogo competitivo, las cuales deben expresar la complejidad o singularidad del contrato, la identificación de los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados y la imposibilidad de optar por un procedimiento de adjudicación ordinario. Por otro lado, no se dan los requisitos legales para aplicar el procedimiento de diálogo competitivo (artículos 138.2 y 180 del TRLCSP); no existe complejidad desde el punto de vista financiero, ni desde el jurídico, ni existe dificultad para definir “a priori” las necesidades y las especificaciones técnicas. Consecuentemente, se está restringiendo indebidamente la competencia, pues un procedimiento ordinario cumple mejor el objetivo de identificar la oferta económicamente más ventajosa mediante la comparación de proposiciones técnicamente homogéneas.
- c) El apartado 32 de la carátula del PCAP es contrario a derecho, ya que, ante la ausencia de normativa autonómica que regule la composición de las mesas especiales de diálogo competitivo, es aplicable el artículo 23 del Real Decreto 817/2009, que establece que, en las Mesas de diálogo competitivo deberán constar los miembros ordinarios de la Mesa de contratación más un tercio de miembros (y nunca menos de tres) que dispongan de competencia técnica en la materia a la que se refiera el



contrato; en el caso de Osakidetza. Las mesas están compuestas por un presidente y tres vocales, que sumados a las tres personas con cualificación técnica hace un mínimo de siete miembros, mientras que la Mesa especial, constituida mediante la resolución de 24 de septiembre de 2013 tiene seis miembros. Todo ello conlleva una falta de garantía de imparcialidad y no discriminación, y determina la anulabilidad del apartado 32 de la carátula del PCAP y de la mencionada resolución. Además, no se ha motivado la composición de la Mesa, configurada por la Resolución de 24 de septiembre de 2013.

- d) El apartado 30.2.3 de la carátula del PCAP y el 7.1.4 del documento técnico rector de la licitación establecen un límite de tres candidatos seleccionados, como máximo, para ser invitados al diálogo competitivo. Dicha decisión es contraria a derecho por carecer de justificación y por perjudicar innecesariamente el principio de concurrencia, no existiendo una necesidad real de tal limitación, habida cuenta de que la competencia beneficia al sector público y, en última instancia, a la sociedad; de hecho, en otros casos de aplicación del diálogo competitivo no se ha restringido el número de licitadores o se ha puesto un límite más amplio. A juicio del recurrente, el límite debiera ser de cinco empresas, a la vista del valor estimado del contrato y las posibles restricciones organizativas.
- e) Los criterios de selección de los candidatos a participar en el diálogo competitivo son los siguientes:
- Plan de gestión de la documentación. Almacenamiento, custodia interna, préstamos, transporte, manipulación y expurgo. Así como la custodia externa de la documentación (40 puntos).
  - Propuesta de digitalización e indexación de la documentación (20 puntos).
  - Herramientas de software y hardware en la digitalización (5 puntos).
  - Propuesta para la integración de nueva información generada a partir de la digitalización inicial para que pueda ser visualizada desde las aplicaciones Osabide Global y Clinic (15 puntos).
  - Capacidad de integración con las aplicaciones informáticas existentes en Osakidetza (10 puntos).
  - Personal técnico o de las unidades técnicas (5 puntos).
  - Plan de formación (5 puntos).

Estos criterios son contrarios a los artículos 181.2 y 163.1 del TRLCSP, que establecen que los criterios de selección de los invitados han de valorar objetivamente la solvencia de los candidatos, sin que quepa hacer depender la selección de los invitados de aspectos relacionados con la prestación demandada, como sucede en el presente caso (con la posible excepción del “personal técnico o de las unidades técnicas”).

- f) La fórmula de la valoración de los criterios de adjudicación de naturaleza económica consiste en distribuir los puntos del siguiente modo: «se asignará 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo establecido, hasta



el máximo de los puntos establecidos en cada uno de los criterios» para el precio por préstamo, préstamo por custodia externa y por digitalización y «aplicando 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo o global establecido tras el diálogo con los candidatos y hasta el máximo de los puntos establecidos en el criterio» para el precio por integración.

Ello supone que existe un límite conocido previamente superado el cual no se recibirá puntuación adicional, a pesar de que ello implique que una oferta determinada sea más económica y ventajosa, lo que implica una formulación indebida del criterio, que contradice también los principios de eficiencia y libre competencia.

- g) El pliego establece la obligación del contratista de subrogar al personal actualmente adscrito al servicio; sin embargo, el pliego no contempla qué sucederá con ese personal al finalizar el contrato, dado que al finalizar su vigencia tendrá lugar la «desaparición del archivo de HHCC actual integrándose toda la documentación existente y la que hoy en día se genera en papel en los diferentes sistemas de información», siendo posibles varias opciones (incorporación a la plantilla del hospital, el licitador se hará cargo del personal, el personal se subrogará en la nueva licitación que pudiera darse para la gestión del archivo digital de historias clínicas...). En la medida en que dicha información es relevante para la preparación de las ofertas, su ausencia atenta contra el principio de transparencia.
- h) Finalmente, solicita la estimación del recurso y la concesión de una indemnización de 4.950 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados por la infracción legal que ha dado lugar al recurso (fundamentalmente, honorarios de los letrados asesores contratados para prepararlo), así como la tramitación urgente de la licitación del servicio de gestión del archivo de historias clínicas y el reconocimiento del derecho a practicar pruebas complementarias derivadas del conocimiento de la documentación justificativa del acuerdo de licitación que se le pudiera facilitar.
- i) Con fecha 21 de octubre de 2013, el recurrente presenta un escrito de «alegaciones complementarias» que, en síntesis, viene a reiterar los argumentos citados en las letras anteriores.

**SÉPTIMO:** La empresa DOCU. MENT XXI alega lo siguiente:

- a) Por lo que se refiere a las críticas del recurrente relativas a las necesidades a satisfacer con el procedimiento de contratación iniciado y a la concreta prestación objeto del mismo, se estima que el recurrente desconoce que el servicio de archivo de historias clínicas es prioritario para un hospital y que Osakidetza está inmersa en un proyecto cuya implantación supondrá eliminar el papel y cambiarlo por un soporte electrónico. El hospital requiere que se aporten soluciones a los “papeles” que genera y que llegan al archivo, que es lo que se pretende con el contrato impugnado.



- b) La elección del procedimiento es una potestad del órgano de contratación; en el caso del diálogo competitivo, puede utilizarse cuando «considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato», dada su complejidad. Dicha complejidad está suficientemente justificada en la documentación del expediente (ver, por ejemplo, las páginas 3 y 4 del documento descriptivo), quedando claro que se trata de impulsar un cambio en el modelo tradicional, más allá del cambio tecnológico, un nuevo enfoque global, por lo que el diálogo se inicia para producir una amplia reflexión global que requiere una respuesta sistémica. Así, se busca la aportación de soluciones organizativas y técnicas al papel generado en el centro, siendo el objetivo final una solución integrada. Por otro lado, la actuación prevista supondrá, a medio plazo, un importante ahorro. Asimismo, es ajustado a derecho limitar a tres el número de empresas que serán invitadas al diálogo (artículo 181.2 TRLCSP) y el sistema de la valoración económica, pues el artículo 183.2 TRLCSP establece que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa «habrán de tomarse en consideración varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado.»
- c) Los criterios de selección de los invitados son plenamente legales; la acreditación de la solvencia económica, técnica y financiera es una fase previa y anterior a la de selección de los candidatos para participar en el diálogo competitivo, y así lo distinguen la carátula del PCAP y el documento descriptivo, que dedican los apartados 29 y 7.1.1, respectivamente, a la solvencia, en concordancia con el artículo 165 TRLCSP; el apartado 7.1.4 del documento descriptivo, por el contrario, establece los criterios de selección de las empresas que van a ser invitadas al diálogo, criterios que son ajustados a la legalidad vigente.
- d) El apartado 32 de los pliegos es ajustado al artículo 321 TRLCSP, siendo incierto que la mesa deba tener siete miembros o un número mínimo de tres expertos. La mesa designada se compone de los cuatro miembros ordinarios de las mesas de Osakidetza, según el artículo 20 del Decreto 255/1997, que aprueba los Estatutos Sociales de Osakidetza, más dos especialistas, respetándose el mínimo de un tercio del umbral del artículo 21.
- e) No procede la indemnización solicitada, pues los gastos se derivan de una decisión libre y espontánea de la recurrente y, en todo caso, no se ha acreditado el perjuicio ni justificado la cantidad.
- f) La pretensión de que el OARC / KEAO obligue a la Administración a tramitar por el procedimiento urgente la licitación del servicio de gestión del archivo de historias clínicas no tiene fundamento y excede de las competencias de dicho Órgano.
- g) Finalmente, solicita la desestimación del recurso





**OCTAVO:** El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) El diálogo competitivo es el procedimiento de adjudicación adecuado cuando el poder adjudicador conoce sus necesidades pero no cuál es la mejor técnica para satisfacerlas; en estos casos es precisa una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores.
- b) Con respecto a la falta de motivación alegada en relación con el cambio de necesidad, así como en relación con el uso del diálogo competitivo, el Director Económico Financiero del Hospital propuso, dentro del Plan Estratégico del centro, al órgano de contratación el inicio del expediente en los términos que se establecen en la correspondiente memoria, señalando que no es posible definir los medios técnicos aptos para satisfacer las necesidades en términos de rendimiento o exigencias funcionales por tratarse de un contrato particularmente complejo, pudiendo modificarse la cobertura financiera y jurídica. No se trata de un servicio puro de gestión del archivo de historias clínicas, sino de un proyecto tendente a que éste desaparezca. Se está cumpliendo con el principio de concurrencia porque se facilita el acceso no sólo a empresas que se dedican a la custodia, digitalización y gestión de archivos, sino también a las que trabajan en procesos de integración automáticos.
- c) La composición de la Mesa cumple con el artículo 321 TRLCSP, que no señala el número de miembros de la mesa pero sí que se incorporarán un número de personas cualificadas.
- d) No existe incremento del gasto y el contrato puede suponer un significativo ahorro.
- e) La limitación del número máximo de empresas invitadas a tres es acorde con el artículo 181.2 TRLCSP y con la experiencia internacional, que acredita que restringir el concurso a una lista corta genera mayor confianza de los participantes en el potencial éxito conlleva una oferta más trabajada y de mayor calidad.
- f) Los órganos de contratación son libres para elegir los criterios de selección de los invitados al diálogo competitivo; esta facultad se ha ejercido con responsabilidad y proporcionalidad.
- g) El reproche del recurrente a los criterios de adjudicación confunde la oferta económicamente más ventajosa con la oferta más económica; la determinación de la primera implica el uso de varios criterios vinculados con el objeto del contrato, en cuyo caso se fijará la ponderación relativa de cada uno de ellos.



- h) En relación con el alcance de la obligación relativa al personal adscrito al servicio, se establece que la subrogación es obligatoria. No obstante, el futuro del personal subrogado una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato no se establece, ya que las opciones pueden ser muchas y podrán determinarse bien en la fase de diálogo o bien en instancias de carácter político a su finalización.

**NOVENO:** El recurrente alega que no se motiva el cambio en la necesidad que satisface el contrato impugnado respecto a contratos anteriores, y que el actual objeto contractual es contradictorio con las restricciones presupuestarias y con los documentos estratégicos que rigen la actividad del Hospital. Debe recordarse que, dentro de los límites legales y para el cumplimiento de sus fines institucionales, el poder adjudicador goza de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto de los contratos que sean necesarios para la satisfacción del interés público que tiene encomendado (ver, por ejemplo, la resolución 225/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). El ejercicio legítimo de dicha discrecionalidad no puede ser sometido al control de este Órgano, a no ser que pueda apreciarse arbitrariedad o infracción de algún principio fundamental de la contratación pública, lo que no consta en el caso analizado. Por otra parte, el requisito formal de plasmar en el expediente las necesidades que el contrato pretende satisfacer (artículo 22.1 TRLCSP) se cumple, siquiera formalmente, en los apartados 3.1 y 3.2 del documento descriptivo.

**DÉCIMO:** Se discute por el recurso la adecuación de tramitar el procedimiento de adjudicación mediante el diálogo competitivo. Según el artículo 138.2 TRLCSP, y a diferencia de lo que sucede con los procedimientos abierto y restringido, que son de aplicación general porque su utilización no está condicionada a la existencia de ciertos requisitos y son por ello denominados “ordinarios”, el diálogo competitivo (como sucede con el procedimiento negociado) puede emplearse únicamente en ciertos casos, los previstos en el artículo 180 TRLCSP. Este precepto establece que «el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato»; **en concreto**, «se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.» Asimismo, debe recordarse que el artículo 109.4 TRLCSP establece que «en el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento», requisito cuyo cumplimiento es útil para que este Órgano pueda verificar si se cumplen los requisitos legales que autorizan el uso del diálogo competitivo.

La memoria de 10 de septiembre de 2013, suscrita por el Director Económico – Financiero del Hospital, justifica el procedimiento elegido «en virtud de lo establecido en el Documento Descriptivo donde se recogen las necesidades, los objetivos y las





finalidades del Hospital Galdakao – Usansolo en cuanto a la Gestión del Archivo de Historias Clínicas y dado que nos es imposible definir los medios técnicos aptos para satisfacerlas, en términos de rendimiento y/o exigencias funcionales por tratarse de un contrato particularmente complejo donde la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores se hace fundamental, se propone al Órgano de Contratación la tramitación del procedimiento mediante el Diálogo Competitivo establecido en los Artículos 179 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.» Esta motivación es genérica y se limita a reproducir la normativa aplicable sin señalar cuáles son las razones que, en el caso concreto, aconsejan acudir al procedimiento de diálogo competitivo, por lo que será necesario acudir al documento descriptivo, al que se remite la memoria. El citado documento tampoco incluye un apartado para manifestar expresamente dichas razones y, a juicio de este Órgano, de su contenido no se deduce que el contrato tenga un objeto particularmente complejo que justifique su adjudicación mediante el diálogo competitivo, como se expondrá a continuación.

El contrato carece de complejidad en los aspectos jurídicos, pues las prestaciones son claramente clasificables dentro del contenido típico del contrato de servicios y no parece que del resultado del diálogo competitivo y la posterior formalización del contrato pueda surgir una relación entre el poder adjudicador y el contratista que requiera de su regulación mediante un clausulado especialmente complicado que no pueda preverse en la documentación contractual inicial. Por ejemplo, y sin perjuicio de que se podría haber optado por otro régimen distinto, el caso citado por el órgano de contratación en sus alegaciones («regulación de los derechos de propiedad intelectual e industrial de las diferentes soluciones de integración si las hubiere y análisis para su posterior comercialización») tiene ya su propia regulación en el apartado 35 del PCAP. Tampoco consta ninguna dificultad en los aspectos financieros, pues parece que el coste del contrato se va a sufragar ordinariamente, con cargo al presupuesto del poder adjudicador y con abonos directos al contratista previa justificación de los servicios prestados, y no se prevé que vaya a utilizarse ningún sistema de pago especial que suponga un reparto especial del riesgo o cuya determinación implique complicados cálculos financieros. Respecto a la dificultad para definir los medios técnicos para satisfacer las necesidades de la Administración, no pueden considerarse relevantes las genéricas afirmaciones sobre un nuevo «modelo de negocio», ya que cualquier nuevo contrato, sea cual sea su procedimiento de adjudicación, puede dar lugar a una relación contractual distinta a la que antes era aplicable al servicio que constituye su objeto, sobre todo cuando ya se ha dicho que el documento descriptivo no tiene trazas de que la nueva relación vaya a tener excesivas peculiaridades jurídicas o económicas. Análogo comentario merece el carácter «innovador» y «exportable a otras organizaciones de Osakidetza», características que no son exclusivas de los contratos adjudicados por diálogo competitivo ni justifican, por sí solas, su empleo.

Este Órgano entiende que del contenido de los documentos contractuales se deduce que no hay dificultad para describir las soluciones técnicas precisas para satisfacer las necesidades de la Administración en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, combinando si es preciso la correcta



delimitación del objeto contractual con una redacción suficientemente abierta de las prescripciones técnicas y permitiendo, en su caso, la presentación de variantes (artículo 147 TRLCSP). Tampoco se ha justificado que el contrato no pueda adjudicarse por procedimiento abierto o restringido; de hecho, el objeto contractual es, en buena parte, realizar el mismo trabajo que se realiza actualmente y parte de «las capacidades que el sistema ya tiene a día de hoy» (apartado 2.3 del documento descriptivo). Es cierto que muchos aspectos de la prestación no están suficientemente perfilados, pero ello no se debe a ninguna dificultad intrínseca para ello, sino a una deficiente o contradictoria definición del objeto y de las cláusulas contractuales. Así, por ejemplo, no se entiende que la forma de pago sea mensual y «acorde con la superación de las diferentes fases del proyecto» y servicios realizados y, en cambio, vayan a ser criterio de adjudicación (y por lo tanto, no susceptible de alteración durante el diálogo) los precios unitarios por préstamo, custodia externa, digitalización e integración (que, por cierto, superan en la suma de su estimación al presupuesto del contrato) y no haya referencia diferenciada a los precios derivados de la implantación del citado proyecto; contradicción que impide conocer si el producto final entregable son las prestaciones susceptibles de precio unitario o el sistema nuevo ya implantado, o ambas.

En conclusión, ni de la motivación aportada en el expediente ni del contenido de los documentos contractuales se deduce que existan los requisitos legalmente previstos para aplicar el procedimiento de diálogo competitivo, por lo que debe estimarse este motivo de recurso.

**UNDÉCIMO:** Se impugna el apartado 32 de la carátula del PCAP por infringir el artículo 23 del 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. Como se ha indicado en el fundamento jurídico tercero, esta impugnación debe admitirse a trámite porque su objeto es una estipulación contenida e integrada en un documento, como los pliegos, susceptible de recurso especial.

El análisis del motivo de impugnación debe comenzar por determinar cuál es la norma aplicable al procedimiento. De acuerdo con la Disposición Final Segunda, apartado 2, del TRLCSP, los artículos 320 a 323 de dicho cuerpo legal, que regulan los órganos de asistencia a los órganos de contratación de las Administraciones Públicas y en concreto las Mesas de Contratación y que el R.D 817/2009 desarrolla (ver también su Disposición Final Primera), no son legislación básica reservada al Estado. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas con competencia en la materia pueden dictar normativa propia, que será la aplicable en el ámbito correspondiente. En concreto, en la Comunidad Autónoma de Euskadi, el Decreto 136/1996 contiene una regulación que establece, entre otras cuestiones, las funciones, composición y ámbito objetivo de actuación de las Mesas de Contratación, que es aplicable a Osakidetza según su Disposición Adicional Tercera. Asimismo, el artículo 20 de los Estatutos Sociales de Osakidetza (Decreto 255/1997) contiene normativa sobre



el régimen orgánico de la contratación del Ente, dedicando su párrafo 4 a las Mesas de Contratación. De dicha normativa se deduce que no hay una regla que prevea una Mesa específicamente prevista para la tramitación del diálogo competitivo, debiendo aplicarse la norma autonómica general, es decir, el artículo 20.4 de los Estatutos Sociales de Osakidetza, que establece que la Mesa se compondrá de un presidente que sea cargo directivo de la organización respectiva distinto al que sea el órgano de contratación de la misma, dos vocales designados por el órgano de contratación y un vocal-secretario designado por el órgano de contratación de entre los letrados o los técnicos de gestión licenciados en derecho adscritos a la organización correspondiente, que ejercerá las funciones de Asesor Jurídico y Secretario de la Mesa, con voz y voto. Sin embargo, el apartado 32 del PCAP se remite a la normativa estatal, concretamente al artículo 321 del TRLCSP, el cual se remite a su vez a los artículos 320.2 TRLCSP y 21.2 y 23.1 del Real Decreto 817/2009. Estos preceptos prevén una composición de la Mesa cuantitativa y cualitativamente diferente de la prevista en el artículo 20 de los Estatutos Sociales; por ello, el apartado 32 de la carátula del PCAP no se ajusta a derecho y debe ser anulado.

**DUODÉCIMO:** El recurrente impugna la opción tomada por el poder adjudicador de limitar a tres el número máximo de empresas que pueden ser seleccionadas para el diálogo competitivo, pero no señala cuál es la infracción legal que justificaría que este Órgano anulara esta cláusula o la sustituyera por el límite de cinco empresas que él propone, más allá de una genérica invocación del principio de concurrencia. La alegación no puede prosperar teniendo en cuenta que el límite marcado por la Administración, cuya adopción no requiere, por cierto, motivación expresa, está claramente autorizado por el artículo 181.2 TRLCSP.

**DECIMOTERCERO:** El recurrente impugna los criterios que se emplearán para seleccionar a las empresas invitadas porque entiende que, en general, no están referidos a la solvencia del licitador. Sin embargo, la empresa DOCU. MENT XXI alega que la solvencia se acredita en un momento previo al que sirve para acreditar los criterios de selección de los invitados.

El artículo 181.2 TRLCSP, referido al diálogo competitivo, establece que «serán de aplicación en este procedimiento las normas contenidas en los artículos 163 a 165, ambos inclusive. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres.» De esta remisión se deduce que el legislador ha querido que el régimen del procedimiento restringido sea aplicable al diálogo competitivo, de tal modo que el sistema de selección de los candidatos invitados a presentar ofertas del primero es también el que se sigue para la selección de las empresas invitadas a participar en el diálogo del segundo. Llegados a este punto, debe analizarse cuál es la naturaleza de los criterios de selección en el procedimiento restringido, pues, consecuentemente, será la misma que la de los empleados para elegir a los participantes en el diálogo competitivo. A la vista de los artículos 163.1 TRLCSP «Con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá



haber establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 75 a 79, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones» y 165.1 TRLCSP «El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 167», no cabe duda de que se trata de criterios de solvencia, como confirma el artículo 11 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas. A la misma conclusión se llega analizando el artículo 29.3 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Ello conduce a la estimación del recurso en este punto, pues la mayoría de los criterios expresados en el punto 7.1.4 del documento técnico rector de la licitación, no se refieren a la solvencia de los licitadores, sino a aspectos de la prestación que se contrata y parecen más bien criterios de adjudicación por su vinculación a la prestación. La excepción sería el criterio «Personal técnico o de las unidades técnicas», que podría incardinarse en el artículo 78 b) TRLCSP, y las «Herramientas de software hardware en la digitalización», que podría encontrar acomodo en el artículo 78 h) TRLCSP. Sin embargo, ni siquiera en esos criterios se cumple con la exigencia del artículo 62.2 TRLCSP, que establece que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo», es decir, no se señala un umbral mínimo para cada criterio por debajo del cual los licitadores no serán considerados solventes. Por todo ello, la anulación se extiende a todo el apartado 7.1.4 del documento descriptivo.

**DECIMOCUARTO:** Respecto a la valoración de los precios unitarios máximos establecidos, se impugna que exista un límite conocido previamente, superado el cual no se recibirá puntuación adicional. El apartado debatido del documento descriptivo dice lo siguiente:

Se asignará 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo establecido, hasta el máximo de los puntos establecidos en cada uno de los criterios” (fórmula aplicable para la valoración de los precios unitarios de los préstamos, unidades de custodia externa y digitalizaciones).

“La fórmula matemática a aplicar en el criterio de precios por integración se determinará en función de las soluciones ofertadas y elegidas en la fase de diálogo aplicando 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo o global establecido tras el diálogo con los candidatos y hasta el máximo de los puntos establecidos en el criterio” (fórmula aplicable para la valoración del precio por integración).

El sistema de puntuación es, como bien explica el recurso, inaceptable, principalmente por ser contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP). Es claro que, cuando se valora el precio de la prestación, la ventaja económica se identifica con los precios más bajos, es decir, con las rebajas que se proponen respecto al precio máximo, y que el



principio de igualdad impide atribuir la misma puntuación a ofertas disparmente ventajosas, aunque ambas hayan superado un determinado porcentaje de descuento respecto al importe de licitación. A partir de ahí, cabe preguntarse qué sentido tiene dejar de puntuar las rebajas a partir de un límite cuando la experiencia más común enseña que las rebajas que superan ese límite siguen incrementando la ventaja económica para el comprador. Parece que la única respuesta posible es que el órgano de contratación estima que las proposiciones que ofertan precios menores que el límite no son fiables por anormales o desproporcionadas, pero tal explicación no puede admitirse, pues la temeridad sólo puede declararse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 152.3 TRLCSP), que incluye la audiencia al contratista sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida, y tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara, la eliminación de la oferta (en el caso analizado, se daría el absurdo de que una oferta que se deja de puntuar por no parecer fiable tendría la máxima puntuación). Debe señalarse que el sistema impugnado no sólo es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes). Por todo ello, este motivo de recurso debe ser aceptado y el apartado 7.3.2 del documento descriptivo, anulado. Independientemente de todo ello, debe señalarse la anomalía que supone el hecho de que, en el caso de los precios por integración, un elemento fundamental del criterio de adjudicación (precio unitario máximo o global) se termine de perfilar en el diálogo competitivo, cuando dicho criterio debe fijarse definitivamente en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo (artículo 183.2 TRLCSP).

**DECIMOQUINTO:** El apartado 9 de la carátula del PCAP señala que existe la obligación del contratista de subrogarse como empleadora en determinadas relaciones laborales y remite al Anexo I del documento descriptivo, en el que figuran datos relativos a siete personas, en concreto la antigüedad, el tipo de contrato, la categoría profesional, la jornada semanal y el coste individual por año, así como el convenio de referencia (Oficinas y despachos de Bizkaia). Sin entrar a juzgar si el convenio colectivo señalado es o no aplicable a las empresas incluidas en el ámbito funcional del contrato y si, en el caso de que lo sea, impone o no un deber de subrogación aplicable al caso, por ser ésta una cuestión no planteada por el recurso, lo cierto es que, en principio, esta información es suficiente para cumplir con el artículo 120 TRLCSP, que establece que «en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.» No es aceptable la exigencia del recurrente en el sentido de





que, además, debería expresarse cuál es el destino de la relación de empleo una vez finalizado el contrato, porque tal cosa no es exigible de acuerdo con el citado artículo 120 TRLCSP y porque, en cualquier caso, se trata de una cuestión que no puede ser materia impuesta por las condiciones del contrato ni depende de la voluntad del poder adjudicador, sino de lo que dispongan los convenios colectivos o las normas laborales, única fuente de una obligación de subrogación en relaciones de empleo anteriores que los documentos contractuales se limitan a consignar (ver, por todas, la resolución 134/2013 del TACRC). Por ello, el motivo de recurso debe desestimarse, si bien este Órgano quiere hacer constar que tampoco es correcta la argumentación sostenida en el informe del órgano de contratación, según la cual esta cuestión está sujeta a muchas opciones que se podrán determinar en la fase de diálogo o en instancias de carácter político, pues, como se ha dicho, la subrogación vendrá dictada, en su caso, exclusivamente por la normativa laboral legal o convencional correspondiente.

**DECIMOSEXTO:** No es aceptable la solicitud del recurrente de indemnización en concepto de daños y perjuicios. El reconocimiento del derecho a una indemnización en la resolución del recurso especial está condicionado a su vinculación con la infracción legal que la haya originado (artículo 47.3 TRLCSP); en el presente caso se ha apreciado la existencia de varias infracciones legales, pero no se acredita su nexo causal con un perjuicio económico, ni se justifica su cuantificación. Por otro lado, en ningún caso serían indemnizables los honorarios de los letrados contratados para la elaboración del recurso, pues su intervención no es preceptiva en este procedimiento ni, en general, en la justicia administrativa (ver, por ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado 996/2006).

**DECIMOSÉPTIMO:** No puede accederse a la petición de que este Órgano ordene al poder adjudicador la tramitación urgente de la licitación del servicio de gestión del archivo de historias clínicas, por no ser una medida provisional necesaria para asegurar la efectividad de la resolución, además de que tal decisión corresponde al poder adjudicador y está fuera de las competencias del OARC / KEAO.

**DECIMOCTAVO:** La relevancia de las irregularidades señaladas en los fundamentos jurídicos décimo, undécimo, decimotercero y decimocuarto conlleva la estimación del recurso y la anulación de las cláusulas impugnadas, así como la del documento descriptivo en su integridad, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley 30/92. La anulación se extiende también a las estipulaciones de la carátula del PCAP que reproduzcan el contenido de dicho documento. Las citadas anulaciones implican la de todo el procedimiento de adjudicación, que deberá, en su caso, reiniciarse.





Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto de titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial contra los pliegos y el documento descriptivo que rigen la contratación del “Diálogo competitivo para la creación de soluciones de gestión de archivo de historias clínicas del Hospital Galdakao – Usansolo tendentes al objetivo de ser un hospital digital”, tramitado por Osakidetza – Servicio Vasco de Salud, y contra la Resolución de 24 de septiembre de 2013 del Director Gerente del Hospital de Galdakao – Usansolo por la que se establece la composición de la mesa especial del diálogo competitivo, y anular el documento descriptivo y el apartado 32 de la carátula del PCAP, en los términos expresados en el fundamento jurídico decimoctavo.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión acordada por la Resolución de fecha 31 de octubre de 2013.

**TERCERO:** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**CUARTO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**QUINTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2013ko abenduaren 2a**  
Vitoria-Gasteiz, 2 de diciembre de 2013