

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

En Madrid, a 12 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa AFANIAS, ASOCIACIÓN PRO- PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL (en adelante AFANIAS), contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de noviembre de 2022 de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del acuerdo marco “Centros de atención temprana de la Comunidad de Madrid”, expediente AM-007/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de junio de 2022, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del acuerdo marco.

El valor estimado de contrato asciende a 110.681.545 euros y un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo.- La mesa de contratación en su reunión de 19 de octubre de 2022 acordó conceder a la recurrente plazo para la subsanación de la acreditación de la solvencia

técnica. La notificación del requerimiento se realiza el día 24 de octubre de 2022, aportado la documentación el día 26 de octubre de 2022.

La documentación presentada es estudiada por la mesa de contratación el día 18 de noviembre de 2022, acordando la exclusión de la recurrente.

La exclusión fue notificada a la recurrente el día 23 de noviembre de 2022, acusando recibo de la referida notificación el mismo día.

El 14 de diciembre de 2022, AFANIAS presenta recurso especial en materia de contratación ante este órgano de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de noviembre de 2022.

Tercero.- El 21 de diciembre de 2022, el órgano de contratación remitió el recurso presentado junto al informe y el expediente de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación cuyos derechos e intereses legítimos se pueden ver afectados (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de las firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión fue notificado el 23 de noviembre de 2022 e interpuesto el recurso el día 14 de diciembre, por tanto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto es de interés destacar el contenido del PCAP, que en el apartado 6.2 de su cláusula 1 establece:

“b) Acreditación de la Solvencia Técnica y profesional: Se realizará, conforme al artículo 90.1.a) de la LCSP: “Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos”.

Criterio de Selección: Los licitadores deberán acreditar durante el año de mayor ejecución de los últimos tres años (2019, 2020 y 2021) un importe anual equivalente al 25 % del importe que resulte de multiplicar el número de plazas que oferte en el Acuerdo Marco por 480,95 euros las plazas de tratamiento y 120,24 euros las plazas de apoyo y seguimiento multiplicado por 11 meses, es decir, 1.322,61 euros por cada plaza de tratamiento ofertada y 330,60 euros por cada plaza de apoyo y seguimiento ofertada.

Se entiende por servicios de igual o similar naturaleza los siguientes: la gestión de al menos un centro, que ofrezca tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas.

Forma de acreditación: 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 este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. En los certificados o declaraciones deberá concretarse, obligatoriamente, el objeto de la prestación y los importes anuales ejecutados.

Los licitadores que tengan plazas contratadas con cualquier administración pública deberán presentar el correspondiente certificado emitido por dicha administración”.

El contenido del acuerdo de la mesa de contratación de 18 de noviembre de 2022 dice *“Debía subsanar la acreditación de la Solvencia Técnica o Profesional, ya que presentaba certificados de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, respecto de un centro privado de educación especial, donde, no se indicaban los importes que corresponderían a los La autenticidad de este documento se puede servicios similares solicitados como solvencia (tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas), de los servicios ejecutados puramente educativos.*

A este respecto señalar que para acreditar la solvencia técnica solicitada presenta la cesión de solvencia de la Entidad APANID, que no constaba previamente en el DEUC, ni se había presentado con anterioridad hasta este momento de subsanación.

Asimismo, presenta declaración del empresario manifestando el gasto de personal en la atención a niños y niñas hasta 6 años en relación a los especialistas que les atienden en las áreas específicas: logopedia, fisioterapia, terapia ocupacional, psicología y trabajo social, pero sin documentación que justifique dicho importe.

Por lo que a la vista de la documentación presentada y de acuerdo con lo establecido en cláusula primera, apartado 7, punto b) del PCAP del Acuerdo Marco de Centros de Atención Temprana de la Comunidad de Madrid, no queda acreditada la solvencia técnica requerida en función del número de plazas ofertadas, ya que no

presenta documentos válidos que avalen la realización de servicios para el tratamiento de menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas por importe de 54.557,40 euros”.

La recurrente considera que la documentación presentada identifica, de conformidad con lo previsto en la ley, *“servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato”*, y que tras el requerimiento realizado por la Mesa de Contratación en su reunión del día 19 de octubre de 2022 complementó la documentación aportada y, tal y como le requieren, y ello de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 90 de la LCSP, acreditando la solvencia técnica mediante un certificado conjunto emitido por esta parte y APANID, quien declara que *“conoce el Pliego de Prescripciones Técnicas, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y demás documentación que debe regir el presente contrato”* y que AFANIAS *“cumple las condiciones de solvencia técnica profesional exigida a tal efecto y se compromete a aportar los documentos acreditativos del cumplimiento de dichos requisitos en cualquier momento que así lo solicite el órgano de contratación y en todo caso, en el supuesto de que la propuesta de adjudicación recaiga a favor del licitador arriba indicado”*.

Reconoce que, debido a error, no identificó a APANID en el DEUC, error que se acredita al aportar en este acto el DEUC que la propia APANID había preparado en fecha 13 de julio de 2022 para este proceso y que acompaña mediante documento nº 1.

Finalmente, alega que en cumplimiento del requerimiento y de lo previsto en la LCSP, presentó certificados de la memoria justificativa especificando exactamente los importes referidos al gasto en la atención a niños y niñas hasta 6 años en relación a los especialistas que les atienden en las áreas específicas: logopedia, fisioterapia, terapia ocupacional, psicología y trabajo social.

Por su parte, el órgano de contratación alega que de los certificados presentados por AFANIAS, referentes al centro privado de educación especial Ntra.

Sra. de las Victorias y centro privado de educación especial Estudio 3 se deduce que esos centros educativos escolarizan a alumnos de los 3 a los 21 años. Sin embargo, la solvencia técnica, cuando define los trabajos similares, los circunscribe tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años.

En esos centros se prestan servicios educativos además de otro tipo de servicios que podrían encajar en los servicios que se definen como similares a efectos de acreditar la solvencia, esto es, tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas. Por ello, era necesario que AFANIAS desglosara en los certificados aportados qué cantidad se correspondía con servicios considerados como análogos según el pliego y además aquellos que fueran prestados a menores de entre 0 y 6 años. En el sentido indicado se cursó el requerimiento a la recurrente dado que eran defectos subsanables.

En contestación a ese requerimiento presento un documento mediante el cual la recurrente, para la acreditación de la solvencia técnica exigida, manifestaba que se va a basar en las capacidades y medios de otra entidad (APANID), en virtud del artículo 75 de la LCSP y una declaración del propio recurrente especificando los importes referidos al gasto en la atención a niños y niñas hasta 6 años en relación a los especialistas que les atienden en las áreas específicas: logopedia, fisioterapia, terapia ocupacional, psicología y trabajo social.

A su juicio, el primer documento no puede servir para acreditar la solvencia técnica ya que en el DEUC aportado por la recurrente en el sobre nº1 de documentación administrativa se indicaba expresamente que no se basaba en la capacidad de otras entidades para integrar la solvencia.

El segundo documento de la recurrente aportado en fase de subsanación es una declaración del empresario manifestando el gasto de personal en la atención a niños y niñas hasta 6 años en relación a los especialistas que les atienden en las áreas específicas: logopedia, fisioterapia, terapia ocupacional, psicología y trabajo social. No obstante, no se acompaña ninguna documentación que justifique dicho importe. En

cualquier caso, del desglose de importes que realiza la recurrente respecto de los profesionales tampoco se deduce que cumpla con la solvencia técnica requerida por importe de 54.557,40 € (solvencia que tiene que acreditar AFANIAS en función de las plazas ofertadas), ya que, tomando el año de mayor ejecución, año 2019, y el coste proporcional indicado en función de la edad de los menores, que supone un 7,14% del total (13 usuarios), este importe ascendería a 31.206,59 euros.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho por no haber justificado la solvencia técnica exigida en los Pliegos.

El artículo 90 de la LCSP referido a solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, dispone en su apartado *“Si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 de este artículo”*.

La recurrente justifica la correcta acreditación de la solvencia técnica en primer lugar en base a acudir a la integración de la solvencia de la empresa APANID (artículo 75 de la LCSP) y en segundo lugar en la certificación presentada por la propia empresa.

La cuestión objeto de controversia respecto al primer punto radica en determinar si es posible que el recurrente pueda acudir a la integración de los requisitos de solvencia mediante medios externos, una vez que se le ha requerido la presentación de la documentación legalmente exigida por resultar adjudicatario del contrato, sin que hubiera realizado previamente dicha manifestación en la fase de presentación del DEUC, según señala, por error al no identificar a APANID en el DEUC, error que se acredita, según manifiesta, al aportar junto al recurso el DEUC que la propia APANID había preparado en fecha 13 de julio de 2022.

La posibilidad de acudir a la integración de la solvencia exigida con medios externos está prevista en el artículo 75 de la LCSP que señala que *“Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades”*.

Pues bien, a la hora de determinar el alcance de esta subsanación, no cabe sino acoger plenamente las alegaciones del órgano de contratación en cuanto que no es admisible, que en el momento de acreditar la solvencia técnica en la fase de propuesta de adjudicación, el licitador recurra a otra entidad para acreditar la solvencia cuando no lo declaró en el DEUC y no aportó el DEUC de esta tercera entidad.

No solo no incluyó con su oferta la declaración responsable de la otra empresa, sino que expresamente, manifestó en el DEUC que *“NO”* recurría a la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de solvencia económica y financiera y técnica y profesional exigida en los pliegos.

A este respecto se ha pronunciado el TACRC en varias ocasiones, doctrina compartida por este Tribunal, sirviendo de ejemplo la Resolución 343/2022, de 10 de marzo, que dice: *“Sentado lo anterior, entiende este Tribunal que la labor del órgano de contratación y de la mesa de contratación no es suplir omisiones negligentes en las ofertas presentadas, máxime cuando estas se producen cuando ya ha sido requerido para subsanar el defecto inicial consistente en no aportar su propio DEUC.*

En el presente caso no nos hallamos ante un error insignificante o que afecte a un requisito formal, que pudiera subsanarse aplicando la doctrina establecida al respecto por este Tribunal, entre otras, en su Resolución nº 1920/2021 y las que en ella se citan sino ante un error sustancial, que afecta a la aptitud para contratar con el sector público, al cuestionar la solvencia del contratista.

Además, en el caso de aceptar la subsanación del DEUC pretendida por el recurrente en el momento procedimental en el que nos encontramos -esto es, en la fase de acreditar documentalmente el cumplimiento de los requisitos con carácter previo a la adjudicación y una vez pasada la fase de examen de documentación

administrativa en la que se examina el DEUC, que es un documento declarativo pero no acreditativo- se estarían vulnerando los principios de igualdad, transparencia y libre competencia previstos en el artículo 132 de la LCSP, ya que se estaría aceptando la alteración significativa de la proposición de la empresa y sus capacidades para ser adjudicataria del contrato. Téngase en cuenta que la modificación pretendida por el recurrente en el trámite del artículo 150 de la LCSP y a efectos de integrar su solvencia, consiste en integrar su solvencia a través de medios externos, pertenecientes a otra empresa, después de cumplimentar el DEUC sobre este aspecto en sentido negativo y de no aportar el DEUC de esa tercera empresa”.

Debemos traer a colación la reiterada doctrina que considera que los pliegos, tanto el de cláusulas, como el de prescripciones técnicas, constituyen la “*lex contractus*”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones, que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho.

Así mismo, el artículo 139.1 de la LCSP establece “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea*”.

Por todo lo anterior, no pueden admitirse las alegaciones de la recurrente, no considerándose acredita la solvencia técnica por esta vía.

Respecto a la justificación de dicha solvencia por la certificación aportada por la recurrente en el periodo de subsanación, deben acogerse, así mismo, las alegaciones del órgano de contratación.

De acuerdo con lo previsto en los pliegos, la acreditación de la realización de los trabajos similares se realizará cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. La documentación aportada en el plazo de subsanación consiste en una declaración del empresario desglosando determinados gastos, pero sin acompañar documentación obrante en poder del licitador que acredite la realización de estas prestaciones. En cualquier caso, como señala el órgano de contratación, del desglose de importes que realiza la recurrente respecto de los profesionales tampoco se deduce que cumpla con la solvencia técnica requerida por importe de 54.557,40 euros (solvencia que tiene que acreditar AFANIAS en función de las plazas ofertadas), ya que tomando el año de mayor ejecución, año 2019, y el coste proporcional indicado en función de la edad de los menores, que supone un 7,14% del total (13 usuarios), este importe ascendería a 31.206,59 euros.

Por consiguiente, tampoco por este medio queda acreditada la solvencia técnica exigida.

En base a lo anterior, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa AFANIAS, ASOCIACIÓN PRO- PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de noviembre de 2022 de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social

por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del acuerdo marco “Centros de atención temprana de la Comunidad de Madrid”, expediente AM-007/2022.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.