

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

En Madrid, a 17 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Centro de Mayores Villaverde, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 9 de diciembre de 2022 por el que se acuerda su exclusión del “acuerdo marco del servicio público de atención a personas mayores dependientes en centro de día. Año 2022”, expediente AM-004-2022, Consejería de Políticas Sociales y Familia, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE con fechas, respectivamente, de 14 y 15 de julio de 2022, se convocó la licitación del acuerdo marco de referencia, mediante procedimiento abierto con criterio único de adjudicación.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 153.812.518,40 de euros y su duración es de dos años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 74 ofertas, entre ellas la recurrente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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), se requiere a la recurrente la documentación relacionada la cláusula 15 del PCAP de este acuerdo marco. Este requerimiento es enviado el día 5 de octubre de 2022, siendo recepcionado por la recurrente el día 6 de ese mismo mes.

Centro de Mayores Villaverde, S.L. presenta la documentación solicitada el día 20 de octubre de 2022, siendo estudiada por la mesa de contratación en su reunión de 14 de noviembre de 2022. La mesa de contratación apreció defectos en la documentación de la recurrente, entre los que se encontraba la acreditación de la solvencia técnica.

Al tratarse de defectos subsanables se acuerda requerir a esta entidad para que subsane o complete su documentación. La notificación del requerimiento se realiza el día 22 de noviembre de 2022 (corregido el 23 de noviembre), aportando la documentación el 24 de noviembre.

Esa documentación es estudiada por la mesa de contratación el día 9 de diciembre de 2022, acordando la exclusión de la recurrente por el siguiente motivo:

“No acredita el cumplimiento del criterio de selección de la solvencia técnica, ya que aporta un compromiso de cesión de solvencia con REPLAN, S.L. que sí justifica su solvencia, pero que no presentó el correspondiente DEUC de esta sociedad, y en el DEUC del licitador figura que no se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V del mismo”.

La exclusión fue notificada a la recurrente el día 14 de diciembre de 2022, acusando recibo de la referida notificación el mismo día.

Tercero.- El 28 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación del día 9 de diciembre de 2022 por el que se le excluye de la licitación.

Cuarto.- Con fecha 5 de enero de 2023, se recibe, junto al texto del recurso, el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la 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.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de la mesa se publicó el 14 de diciembre de 2022, presentándose el recurso el día 28 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye a la recurrente de un acuerdo marco por lo que el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés transcribir el apartado 7.2 de la cláusula 1 del PCAP 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 presentar una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años concluidos, incluyendo importes, fechas y destinatario, público o privado, de los mismos y cuyo importe anual ejecutado durante el año de mayor ejecución sea igual o superior al 15% del importe que resulte de multiplicar el número de plazas ofertadas por 42,10 € y por 495 días, es decir, 3.125,93 € x plaza ofertada, IVA excluido, en servicios de igual o similar naturaleza, conforme a lo establecido en el artículo 90.2 de la ley 9/2017.

Se entenderá por servicios de igual o similar naturaleza la gestión de al menos un centro de día para atención a personas mayores dependientes en los últimos tres años concluidos.

Forma de acreditación: los servicios realizados 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 su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”.

Entrando en el fondo del asunto, la recurrente alega que con fecha 24 de noviembre se contesta al requerimiento de subsanación acompañando certificados de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento de Madrid de solvencia técnica de la entidad Replan, S.L., acompañados por la declaración de cesión de solvencia técnica de dicha empresa al Centro de Mayores Villaverde. En dicho acto no acompañó el DEUC por no haber sido solicitado expresamente por la administración y por ser un documento que ya obraba en poder de la administración, ya que el mismo había sido aportado en la oferta que presentó Replan, S.L. ante esa Consejería, para este mismo acuerdo marco.

Respecto al DEUC presentado, manifiesta que el que se presentó en su día se hizo por entender que, la solvencia técnica que se acreditaba era suficiente, y por ello no se hizo constar en el mismo que el operador económico se basaba en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V. Al recurso acompaña un nuevo DEUC, emitido con fecha 23 de diciembre de 2022, en el cual sí se hace constar que el licitador se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que en la documentación inicialmente presentada constaba declaración del recurrente donde figuraban la ejecución de trabajos por un importe inferior a los 125.037,20 euros (3.125,93 euros x 40 plazas ofertadas) en el año de mayor ejecución de los tres últimos concluidos en servicios de igual o similar naturaleza. Además, la simple declaración de la

recurrente no sirve para acreditar la prestación de servicios en el ámbito privado, siendo necesario aportar la documentación necesaria para que la mesa pudiera dar por acreditados los prestados para el sector privado.

En el periodo de subsanación presentó un documento mediante el cual la recurrente, para la acreditación de la solvencia técnica exigida, se va a basar en las capacidades y medios de otra entidad (Replan), en virtud del artículo 75 de la LCSP (Integración de la solvencia con medios externos) y dos certificados de servicios prestados a nombre de dicha empresa cuyos destinatarios son Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid y la Dirección General de Mayores del Ayuntamiento de Madrid.

A su juicio, estos documentos no se pueden considerar válidos 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. 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.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si Centro de Mayores Villaverde, S.L. acreditó la solvencia técnica exigida conforme a los pliegos.

La recurrente justifica la correcta acreditación de la solvencia técnica en base a acudir a la integración de la solvencia de la empresa Replan. S.L. (artículo 75 de la LCSP).

La cuestión objeto de controversia respecto a este 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 considerar que por sí mismo tenía la solvencia técnica exigida.

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, por lo que 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 de la empresa Centro de Mayores Villaverde, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 9 de diciembre de 2022 por el que se acuerda su exclusión del “acuerdo marco del servicio público de atención a personas mayores dependientes en centro de día. Año 2022”, expediente AM-004-2022, Consejería de Políticas Sociales y Familia.

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.