

Recurso nº 025/2023
Resolución nº 039/2023

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

En Madrid, a 26 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa SISTEMA GESTIÓN SANITARIA FUENCARRAL, S.L. (SGSF), contra el acuerdo de la mesa de contratación de 20 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.

La mesa de contratación de 29 de septiembre de 2022 propuso al órgano de contratación la adjudicación del acuerdo marco a las entidades que cumplían todos los requisitos para ello, entre ellas la recurrente.

Con fecha 14 de octubre de 2022, se requirió a los propuestos adjudicatarios para que acreditasen su capacidad para contratar de conformidad con la cláusula 16 PCAP. En cumplimiento del citado requerimiento, en fecha 22 de octubre de 2022, SGSF presentó la documentación.

Una vez presentada la documentación y tras su examen, en fecha 22 de noviembre de 2022, se publicó el acta de fecha 14 de noviembre de 2022 por cuya virtud la mesa de contratación acordó que SGSF debía subsanar, entre otra, la falta de aportación del compromiso de cesión de solvencia económica y técnica, concediéndole plazo hasta el 28 de noviembre de 2022 para que aportara la referida información. En cumplimiento de dicho requerimiento, con fecha 28 de noviembre de 2022, SGSF presentó la documentación e información.

Con fecha 14 de diciembre de 2022, se publicó el acta de la mesa de contratación de fecha 9 de diciembre de 2022, por cuya virtud la mesa de contratación reconoció un error al efectuar el requerimiento de subsanación el 14 de noviembre de 2022 (publicado el 22 de noviembre siguiente), en concreto: “71.- *SISTEMA DE GESTIÓN SANITARIA FUENCARRAL, S.L. en el DEUC indicó que se basaba en la capacidad de GESTION RESTAURACION NOROESTE S.L. que*

aportó su DEUC como cedente de la solvencia. En el certificado de subsanación se omitió, por error, que además del compromiso de cesión de solvencia económica y técnica, debía acreditar la solvencia técnica de la empresa en la que basa su solvencia, debiendo para ello, aportar los certificados del órgano competente cuando los destinatarios sean públicos, o los documentos obrantes en poder de la entidad que cede la solvencia, que acrediten la realización de la prestación, cuando los destinatarios sean privados. En todo caso, deberá acreditarse que los usuarios son personas mayores dependientes. Por lo que la Mesa de Contratación acuerda que deberá corregirse el error producido en el certificado de subsanación". En base a ello, se requirió a la recurrente para una nueva subsanación. El requerimiento fue contestado con fecha 17 de diciembre.

Con fecha 21 de diciembre, se publicó el acta de la mesa de contratación de fecha 20 de diciembre de 2022 por cuya virtud acordó excluirle de la licitación ya que “*los servicios realizados son la puesta a disposición de servicios de catering para usuarios personas mayores dependientes y de espacios físicos para usuarios personas mayores dependientes, que no tienen relación directa con el objeto del contrato, es decir, servicios de atención a personas mayores dependientes en centros de día*”.

Tercero.- El 13 de enero de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal 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 24 de enero de 2023 se recibe el expediente administrativo e informe del órgano 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 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).

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 21 de diciembre de 2022, presentándose el recurso el día 13 de enero, 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 al 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 en primer lugar que la solvencia técnica aportada guarda relación con el objeto del contrato, ya que SGSF

ha acreditado de forma idónea y adecuada la solvencia técnica exigida por el PCAP que rige el expediente de contratación de referencia, no siendo procedente su exclusión por la mesa de contratación en base al motivo de que los servicios que realiza Gestión Restauración Noroeste S.L.(en adelante GRN), que complementa su solvencia, no tienen relación directa con el objeto del contrato.

Añade que, si bien es cierto que la solvencia que aporta GRN no coincide plenamente con la del objeto del contrato, ello no quiere decir que no guarde relación alguna con el mismo, como afirma la mesa de contratación, de manera que lo que considera una falta de relación absoluta entre el objeto del contrato y la solvencia aportada, realmente coincide, al menos parcialmente, con dicho objeto. La solvencia aportada por GRN lo es en la puesta a disposición de servicios de catering para usuarios personas mayores dependientes y de espacios físicos para usuarios personas mayores dependientes, esto es, servicios prestados a personas dependientes, por lo que coincide, al menos parcialmente, la solvencia exigida por el PCAP “*servicios de atención a personas mayores dependientes en centros de día*” y la aportada.

En segundo lugar, alega que la mesa de contratación está vinculada por sus propios actos ya que cumplió fielmente con los diversos requerimientos efectuados por la mesa de contratación respecto a la acreditación documental de su solvencia técnica.

Señala que durante el transcurso de la licitación se produjo una reunión telemática de la mesa de contratación con los licitadores con el objeto de poder aclarar, entre otras cuestiones, las dudas que existían sobre la forma de acreditación de la solvencia técnica y lo que debía entenderse por “*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". La mesa de contratación, con el objeto de aclarar su contenido, manifestó que los licitadores cumplirían con la acreditación de la solvencia técnica mínima requerida si presentaban una relación de usuarios y/o clientes con indicación de la correspondiente facturación de cada uno de ellos. Como consecuencia de las indicaciones de la mesa de contratación, SGSF no hizo más que aportar una relación de sus clientes y la facturación asociada a los mismos sin aportar más documentación.

Manifiesta que, si bien es cierto que no consta publicada en el perfil del contratante la aclaración a la pregunta solicitada por los licitadores relativa a la forma de acreditación de la solvencia técnica, también lo es que dicha aclaración formulada por la mesa de contratación es pública toda vez que se emitió en el contexto de una reunión telemática en la que intervinieron los licitadores. Todo ello en relación con lo dispuesto en el artículo 138.3 LCSP y cláusula 11 del PCAP relativo a la formulación de consultas al órgano de contratación

Finalmente alega que se ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, ya que a otros licitadores cuyo objeto social no coincide siquiera parcialmente con el objeto del expediente que nos ocupa se les permite participar en el mismo.

Solicita la adopción de medidas cautelares hasta la resolución del presente recurso.

Por su parte, el órgano de contratación alega, respecto al primer punto del recurso, que deben rechazarse las afirmaciones de la recurrente fundadas en que la empresa en la que basa su solvencia es prestadora de servicios para personas mayores (catering y puesta a disposición de un local), lo que es suficiente para

admitir la solvencia en la contratación de la prestación del servicio de atención en centro de día para mayores dependientes.

El servicio que pretende contratar la administración a través de este Acuerdo Marco no es sino el servicio de atención a personas mayores dependientes en centro de día. Catering o alimentación de los usuarios y disponibilidad el espacio físico son servicios componentes integrados en la prestación, pero no son el servicio objetivo y, por tanto, tener experiencia en una parte no justifica una solvencia técnica o profesional de un todo. La prestación del servicio a contratar va mucho más allá de la prestación del servicio de catering y de la puesta a disposición del local como puede deducirse de la lectura del Apartado IV del PPT.

Respecto al segundo punto del recurso, alega que no ha ido contra sus propios actos ya que se ha limitado a dar cumplimiento a lo que se establece el PCAP en su cláusula 1.7 b).

Hace notar que la mesa de contratación no mantuvo ninguna reunión con las licitadoras por lo que no ha podido actuar en contra de sus propios actos y no ha ignorado vinculación alguna por ninguna aclaración a las consultas formuladas por los licitadores. Todas las consultas que durante la licitación han formulado distintas entidades interesadas en la licitación y que han adquirido carácter vinculante han sido publicadas en el Portal de Contratación y tal y como admite la recurrente, la supuesta interpretación de lo establecido en los pliegos realizada por la Mesa de Contratación no se encuentra entre ellas.

Respecto a un trato desigual sufrido por la recurrente por la no exclusión de algunos a los licitadores, alega que recurso al no aportar prueba alguna que apoye sus afirmaciones no pudiendo admitirse las acusaciones formuladas al carecer de verosimilitud.

Finalmente, se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada por la recurrente.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la recurrente acreditó la solvencia técnica conforme a lo exigido en los pliegos.

Respecto a la integración de su solvencia, consta en el expediente (DEUC) que la recurrente acudió a la integración de la solvencia técnica por medios externos con la empresa GNR. La recurrente reconoce que la solvencia que aporta esta empresa (la puesta a disposición de servicios de catering para usuarios personas mayores dependientes y de espacios físicos para usuarios personas mayores dependientes) no coincide plenamente con la del objeto del contrato, lo que no quiere decir que no guarde relación alguna con el mismo como afirma la mesa de contratación.

El artículo 75.1 de la LCSP establece “*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 durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incursa en una prohibición de contratar*”.

La cláusula 1.7 del PCAP citada establece que la solvencia técnica se acreditará mediante “*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*”.

Por consiguiente, resulta necesario dilucidar si los servicios o trabajos que

realiza la empresa que va a integrar su solvencia a la de la licitadora son de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del acuerdo marco.

Procede, por tanto, analizar el objeto del acuerdo marco.

El PPT define al centro de día de atención a personas mayores dependientes textualmente como: “*el equipamiento especializado, de carácter preventivo y socio-habilitador y estancia diurna para personas mayores que presentan pérdidas y/o déficit en su autonomía.*

Sus objetivos son:

- *Mejorar la calidad de vida, tanto de las personas mayores, como de sus familias y/o cuidadores.*
- *Intervenir para prevenir y mejorar situaciones de fragilidad desde el ejercicio, la promoción del desarrollo de nuevos hábitos y la prevención de la soledad no deseada.*
- *Prevenir la progresión de las situaciones de deterioro físico y cognitivo.*
- *Conservar y recuperar la autonomía personal.*
- *Mantener a las personas mayores dependientes en su medio habitual de vida.*
- *Apoyar a las familias en el cuidado del mayor dependiente.”*

En el Apartado IV del PPT servicios que han de prestarse y que incluyen:

1. Manutención y estancia diurna.
2. Apoyo y Cuidado personal del usuario desde los principios de seguridad, flexibilidad y accesibilidad.
3. Atención gerontológica, de habilitación funcional y atención social.
4. Transporte adaptado.
5. Otros servicios.
6. Servicio de Atención telemática.

Si bien es cierto que el criterio doctrinal generalmente admitido no exige identidad absoluta con objeto del contrato, debe exigirse la acreditación de la prestación de servicios de evidente similitud al licitado. Esta circunstancia no se da en el caso que nos ocupa, ya que el objeto del acuerdo marco incluye la prestación integral de diversos servicios, de las que la empresa integradora de la solvencia solo acredita una parte muy limitada, sin que pueda entenderse, a juicio de este Tribunal, que exista una evidente similitud al objeto del acuerdo marco, al no incluir aspectos esenciales de la prestación exigida, incluyendo únicamente el apartado de manutención y estancia diurna.

Por todo lo anterior, dado que las prestaciones realizadas por la empresa que pretende integrar la solvencia técnica no son de evidente similitud al objeto del acuerdo marco, no puede admitirse a efectos de la pretendida integración.

Con relación a la alegación referida a que el órgano de contratación ha ido contra sus propios actos, la recurrente lo fundamenta en una supuesta reunión telemática de la mesa de contratación con diversos licitadores, en la que, según manifiesta, se informó que los licitadores cumplirían con la acreditación de la solvencia técnica mínima requerida si presentaban una relación de usuarios y/o clientes con indicación de la correspondiente facturación de cada uno de ellos, circunstancia que es negada por el órgano de contratación.

El artículo 138.3 LCSP establece, en relación con la formulación de consultas al órgano de contratación, que “*en los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación*”.

La cláusula 11 PCAP establece que “*en los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación, las respuestas tendrán carácter vinculante y se harán públicas en el perfil de contratante*”.

A este respecto, la doctrina es unánime en cuanto a que las respuestas dadas por el órgano de contratación no son automáticamente vinculantes, sino que para que tal eficacia se produzca es preciso la simultánea concurrencia de dos requisitos, a saber: que los pliegos expresamente atribuyan a tales respuestas carácter vinculante y que las respuestas se hayan publicado en el perfil del contratante de modo que sean accesibles por todos los interesados en condiciones de igualdad.

En el caso que nos ocupa, sin entrar a conocer sobre la existencia de la reunión alegada por la recurrente, no se ha publicado la respuesta a la supuesta consulta en el portal del contratante, circunstancia preceptiva para que tenga el pretendido carácter vinculante, ya que de otro modo se vería vulnerado el principio de igualdad de trato en los licitadores que no participaron en la supuesta reunión.

Por tanto, del análisis de la normativa vigente y de los pliegos que rigen la licitación transcritos anteriormente, no existe la menor duda del modo en que debe acreditarse la solvencia técnica en el procedimiento de licitación que nos ocupa, siendo insuficiente la acreditación realizada por la recurrente.

Procede traer a colación la consolidada doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato y vincula por igual al órgano de contratación y a los licitadores que han presentado ofertas.

Por su parte, el artículo 139.1 de la LCSP estable “*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”.

Respecto a la última alegación referida al trato discriminatorio respecto a otros licitadores admitidos sin cumplir las exigencias de los pliegos, se trata de afirmaciones genéricas, sin ningún fundamento concreto, por lo que este Tribunal no va a entrar en este motivo de recurso.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso especial.

Sexto.- No hay pronunciamiento expreso sobre la medida cautelar solicitada por la recurrente, al haber recaído resolución sobre el recurso presentado.

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 SISTEMA GESTIÓN SANITARIA FUENCARRAL, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 20 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.