

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

En Madrid, a 24 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa NIBUR 2000, S.A. (en adelante NIBUR) contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 17 de febrero de 2022, por el que se decide la exclusión de la licitación del acuerdo marco “Atención residencial a personas mayores dependientes, modalidad financiación total y financiación parcial. Año 2021”, convocado por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fechas 6 y 8 de septiembre de 2021, respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 854.286.503.10 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- Con fecha 4 de febrero de 2022, la mesa de contratación requiriere a NIBUR la subsanación de diversa documentación, entre ellas, la acreditación de la solvencia técnica.

Con fecha 17 de febrero de 2022, la mesa de contratación acordó la exclusión de la licitación del recurrente por no acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica. En el acuerdo se hacía constar:

“No acredita el cumplimiento de la solvencia técnica mediante la presentación de 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. Deberá alcanzar, al menos, la cifra señalada en el PCAP en trabajos de igual o similar naturaleza durante el año de mayor ejecución de los últimos tres años concluidos. Solo presenta una declaración de la propia entidad, sin aportar documentación adicional que acredite la realización de la prestación, conforme exige el apartado 6.2 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el artículo 90.1 y 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”.

El acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente el día 21 de febrero de 2022.

El día 11 de marzo de 2022, NIBUR presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que decide su exclusión.

Tercero.- El 18 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, así como el recurso, 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).

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, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo fue notificado el 21 de febrero del 2022, interponiéndose el recurso el 11 de marzo, 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 la licitación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de la licitación.

Señala que la exclusión se basa en la falta de aportación de documentación adicional que acredite la realización de la prestación, remitiéndose al Pliego y a la Ley. No obstante, en la propia declaración que aportó ya se incluye el número de Registro de Entidades, Centros y Servicios de Acción Social de la Conserjería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid (nº C1465). El hecho de contar con dicho número de Registro, implica que la sociedad NIBUR cumple una serie de requisitos y ha tenido que comunicar su actividad para haber procedido a su inscripción. Además, siendo éste un dato de acceso público sin coste, la recurrente entiende que no es necesario acreditar mediante documentación adicional a la ya aportada para acreditar la realización de la prestación, más aún, cuando previamente, en el proceso de licitación se han aportado documentos que acreditan la realización de la prestación, como es la propia escritura de constitución de la sociedad (23/04/1996) donde consta su objeto social, *“Constituye su actividad principal la RESIDENCIA DE ANCIANOS y actividades anexas para centros de la tercera edad”* y la escritura de modificación de determinados artículos de los Estatutos Sociales (21/04/2020), que manifiesta que *“el objeto social de la entidad lo constituyen, entre otras, las siguientes actividades: residencia de ancianos (CNAE número 8730)”*. Por ello, a su juicio, es claro que el acuerdo de exclusión incumple el deber legal de motivación, pues alega falta de aportación de documentación acreditativa que ya se ha aportado.

Alega que el requerimiento de subsanación no es claro, por lo que, apelando a la doctrina de este Tribunal, deben entrar en juego los principios de buena fe y favorecimiento de la concurrencia para que, en tales casos de falta de claridad en los requerimientos de subsanación, no puedan éstos fundar las exclusiones.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la recurrente no acreditó el cumplimiento de la solvencia técnica o profesional por los medios que exige la LCSP y el PCAP de este acuerdo marco. Pese a que en el requerimiento inicial se hacía expresa referencia a la necesidad de acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica o profesional en los términos establecidos en el PCAP, la recurrente no aportó ningún documento acreditativo de dicha solvencia. No costa en esa documentación, como se puede comprobar en el expediente, ningún certificado o

documento acreditativo de la realización de servicios de similar o igual naturaleza a los del acuerdo marco, esto es, la gestión de al menos una residencia para atención a personas mayores dependientes o una residencia mixta en los últimos tres años concluidos.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho.

A este respecto, conviene destacar que, a la vista del requerimiento realizado, no pueden acogerse las alegaciones de falta de claridad en el requerimiento, pues transcribe de modo claro el contenido de los pliegos que en el apartado 6.2 de la cláusula 1 del PCAP establece:

“6.2. ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL.

Se realizará por el medio previsto en el 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. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario 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”.

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 72 € y por 730 días, es decir, 7.884 € 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 una residencia para atención a personas mayores dependientes o una residencia mixta en los últimos tres años concluidos.

Si la gestión del Centro se ha efectuado como componente de una Unión Temporal de Empresas, se computará el importe ejecutado de forma proporcional al porcentaje de participación en la U.T.E. Deberá aportarse copia de la escritura de constitución de la citada Unión Temporal de Empresas.

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".

Como señala el órgano de contratación, ante la falta absoluta de documentación acreditativa de la solvencia técnica es imposible ser explícito y preciso. No se puede apreciar los defectos de algo no aportado y lo único que cabe, como así se hizo, es volver a requerirle en fase de subsanación que acreditara la solvencia técnica o profesional reproduciendo los términos establecido en el PCAP.

Descartada la falta de claridad del requerimiento, procede determinar si, como alega la recurrente, se dio adecuado cumplimiento al requerimiento realizado por la mesa de contratación.

A este respecto, hay que destacar que la recurrente aportó un documento en el que señala que gestiona una residencia geriátrica en Madrid (Residencia "Avenida de San Luis") con una capacidad de 99 plazas para mayores dependiente. Que la residencia gestiona las plazas en gestión privada y detalla el volumen de negocio en plazas privada en los años 2018, 2019 y 2020.

A juicio de este Tribunal, resulta evidente, que el citado documento no da cumplimiento a las exigencias del requerimiento, ya que no se acompañan certificados expedidos o visados por órgano competente, si el destinatario de los servicios en una entidad pública, ni se acompañan documentos obrantes en poder del licitador que acrediten la prestación el sector privado.

En contra de lo alegado por la recurrente, esta deficiencia no puede ser suplida por la aportación de las escrituras de constitución, donde consta el objeto social ni por la información sobre el número de Registro de Entidades, Centros y Servicios de Acción Social de la Conserjería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, ya que esta documentación acredita su capacidad de obrar y su habilitación empresarial pero no su solvencia técnica.

Las exigencias del PCAP, así como el requerimiento realizado para la subsanación son claros y no ofrecen la menor duda sobre el contenido del mismo. En caso de albergar alguna duda al respecto, debió solicitar aclaraciones al órgano de contratación.

Por otro lado, respecto a concesión de un nuevo plazo de subsanación, este Tribunal ha declarado en diversas resoluciones, en concordancia con la doctrina y la jurisprudencia, la inviabilidad de la subsanación de la subsanación, por lo que no resulta procedente.

En este momento, es preciso traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la vinculación de los licitadores al contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de contratación, doctrina conforme en todo caso con lo expuesto también por una reiterada jurisprudencia que manifiesta que los pliegos constituyen la ley del contrato, y que se expone, entre otros preceptos, en el artículo 139.1 de la LCSP relativo a las proposiciones de los interesados, cuyo apartado 1, señala que: *“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...”*.

Por todo lo anterior, debe considerarse que la exclusión del licitador fue ajustada a Derecho, 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 NIBUR 2000, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 17 de febrero de 2022, por el que se decide la exclusión de la licitación del acuerdo marco “Atención residencial a personas mayores dependientes, modalidad financiación total y financiación parcial. Año 2021”, convocado por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social,

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.