

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 Fundacion Catalina Suarez (en adelante FUNDACION), 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.- Mediante Orden 2121/2022, de 15 de diciembre (corregida mediante Orden 2155/2021, de 20 de diciembre), se acepta la propuesta de adjudicación formulada por la mesa de contratación el día 10 de diciembre de 2021 a favor de una serie de entidades en relación con la licitación del acuerdo marco, entre ellas la de la recurrente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 LCSP, se requiere a la recurrente la documentación relacionada la Cláusula 15 del PCAP de este acuerdo marco. Este requerimiento es enviado el día 20 de diciembre de 2021, siendo recepcionado por la recurrente en esa misma fecha. La recurrente presenta la documentación solicitada el día 30 de diciembre de 2021, siendo estudiada por la mesa de contratación en su reunión de 4 de febrero de 2022.

Apreciados defectos subsanables en la documentación presentada, acuerda requerir a la recurrente para que subsane o complete su documentación. El plazo concedido para la subsanación era de 3 días naturales, contados desde el día siguiente al de la publicación en el Tablón de Anuncios de la convocatoria de este Acuerdo Marco del certificado de subsanación, teniendo lugar dicha publicación el día 7 de febrero, y finalizando, por tanto, el día 10 de febrero. Asimismo, dicho requerimiento fue igualmente notificado por NOTE el mismo 7 de febrero de 2022.

Finalizado el citado plazo sin que la entidad hubiera presentado documentación alguna, la mesa de contratación, en su sesión del día 17 de febrero de 2022, acuerda su exclusión por el siguiente motivo: Presenta la documentación requerida el día 16 de febrero de 2022, fuera del plazo concedido de tres días naturales que finalizó el 10 de febrero. El acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente el día 21 de febrero de 2022.

El día 14 de marzo de 2022, la FUNDACION 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 22 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, 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 14 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, en la resolución recurrida, se dice textualmente que se acuerda excluirle de la licitación, indicando que: *“Presenta la documentación requerida el día 16 de febrero de 2022, fuera del plazo concedido de tres días naturales que finalizó el 10 de febrero”*. Dicha afirmación es errónea, dado que no fue notificada reglamentariamente del requerimiento de documentación. Es más, no tuvo conocimiento de dicho requerimiento hasta el día 15 de febrero de 2022, mediante una comunicación telefónica y otra por correo electrónico de Don J. N. V. en la que se indicaba que con fecha 7 de febrero se publicó en el perfil de contratante certificado de subsanaciones. Así mismo, dicho certificado se notificó por NOTE. Del pantallazo del panel de notificaciones telemáticas, aparece la puesta a disposición de dicha comunicación, pero no aparece el acuse de recibo de la misma, por lo tanto, no está acreditado que haya recibido efectivamente dicha notificación del requerimiento antes del día 15 de febrero de 2022.

Añade que, en relación con la notificación del requerimiento de fecha 7 de febrero, que se indica en la resolución recurrida, no recibió ningún correo electrónico de aviso de la existencia de una notificación, como así se ponía de manifiesto en todos los correos electrónicos enviados anteriormente.

A su juicio, se ha producido una infracción de las cláusulas administrativas sobre notificaciones. En la cláusula 11 del PCAP, se establece:

“Notificaciones y comunicaciones telemáticas. Aún en los casos en que no resulte exigible que presenten la oferta por medios electrónicos, para las restantes comunicaciones, notificaciones y envíos documentales, los interesados se relacionarán con el órgano de contratación por medios electrónicos.

Para la práctica de las notificaciones, el órgano de contratación utilizará el Sistema de Notificaciones Telemáticas de la Comunidad de Madrid, para lo cual la empresa o su representante deben estar dados de alta en ese sistema. Tablón de anuncios electrónico.

Se comunicarán a los interesados los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada por los licitadores, los empresarios admitidos y los excluidos de la licitación, y las ofertas con valores anormales mediante su publicación en el tablón de anuncios electrónico, del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid - Perfil de contratante - (<http://www.madrid.org/contratospublicos>)".

Por tanto, a su juicio, el cauce reglamentario de las notificaciones por el órgano de contratación a los licitadores es el Sistema de Notificaciones Telemáticas de la Comunidad de Madrid, en abreviatura (NOTE). Este sistema de notificaciones telemáticas se rige por el artículo 43 Ley 39/2015 apartado 2:

"Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.

Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido". Dicho plazo de 10 días se contará a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la puesta a disposición de la notificación, tal como establece el artículo 30 en su apartado 3 de la citada Ley 39/2015 LPACAP. Por lo tanto, la notificación del requerimiento de fecha 7 de febrero de 2022, solo puede entenderse notificada en la fecha en la que se produjo el acceso a su contenido, que fue el día 15 de febrero de 2022, en consecuencia, antes de esa fecha, el requerimiento no puede producir efectos para el licitador. Presentó la documentación objeto del requerimiento el día 16 de febrero de 2022, por lo tanto, dentro del plazo de 3 días naturales siguientes a la notificación y en todo caso, antes de que se reuniera la mesa de Contratación el día 17 de febrero de 2017.

Respecto al requerimiento realizado con fecha 7 de febrero de 2022, se refiere a dos puntos concretos: 1. No se acredita el cumplimiento de la solvencia técnica y 2. En la declaración de la ubicación de los Servidores no se compromete a comunicar los cambios.

A este respecto, alega en cuanto al punto primero que la solvencia técnica ya estaba acreditada dado que a tenor de la información recibida de la Asociación de Residencias AMADE, ésta había recibido instrucciones de la propia Consejería de Familia, Juventud y Política Social, a través de don I. D. T en diciembre de 2021 que, desde la Comunidad de Madrid, se habían preparado todos los certificados de solvencia técnica y se habían puesto a disposición de la mesa de contratación de la SGT, tal como se acredita con el correo recibido por AMADE.

Respecto al segundo, se refiere a una mención específica que ya estaba implícita en la declaración responsable presentada el 27 de diciembre de 2021, no obstante, se presentó una nueva declaración responsable incluyendo específicamente dicha mención.

Por su parte, el órgano de contratación respecto a la acreditación de la solvencia técnica, alega que en los términos recogidos en la cláusula 6 PCAP se le hizo el requerimiento de documentación el día 20 de diciembre de 2021, ante lo cual, la recurrente no presentó ni un solo documento para acreditar la solvencia técnica. No se trata de una insuficiente o defectuosa acreditación de la solvencia técnica, se trata de una ausencia total y absoluta de acreditación de la solvencia técnica. Se escuda la recurrente en un correo electrónico que don I. D. T. (Subdirector General de Centros y Servicios de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia) remitió a AMADE (Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia) en que informa que los certificados de buena ejecución se pondrían a disposición de la División de Contratación de la SGT. Pero evidentemente se trataba de los certificados de aquellas entidades cuyas residencias tenían plazas contratadas con la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia. Es decir, lo que hizo el Subdirector General de Centros y Servicios es cumplir con lo que establece el artículo 90.1.a) de la LCSP y el apartado 6.2 de la cláusula 1 del PCAP, comunicando al órgano de contratación directamente los certificados de buena ejecución de las entidades que tenían contratos con la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia. Pero se da la circunstancia, que la recurrente no tiene ningún contrato con la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia ni la residencia presentada a la licitación del acuerdo marco (La

Purísima Concepción) ha tenido ninguna plaza “concertada” con la Comunidad de Madrid, por lo que la Subdirección General de Centros y Servicios no podía, en ningún caso, emitir ningún certificado de servicios prestados.

Respecto a la declaración responsable relativa a la ubicación de los servidores y firmada el 27 de diciembre de 2021, no contenía ninguna referencia al compromiso de comunicar cualquier cambio que se produjera respecto a la información facilitada inicialmente. En este caso, también el requerimiento de subsanación se ajustó a lo establecido y exigido en el PCAP.

En lo referente a la notificación del requerimiento cuestionado por la recurrente, el órgano de contratación manifiesta que fue conforme con lo dispuesto en la cláusula 11 del PCAP, en la que se recoge su publicación en el tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública. En el mismo sentido, se dio cumplimiento a la cláusula 16 del mismo pliego referido a la propuesta de adjudicación, en cuanto a defectos observados en la documentación presentada, en cuanto a su publicación en el mismo tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública.

Finalmente, alega que este órgano de contratación no se quedó en estricto cumplimiento del PCAP y de la legislación en materia de contratos a la hora de comunicar los defectos, y fue todavía más garantista. En este sentido, siguiendo varias resoluciones del TACP en las que recomienda que además de la publicación se adopte la buena práctica de avisar al interesado de la misma por correo electrónico, teléfono u otro medio que evite la posibilidad de exclusión por la no presentación de documentación o por la subsanación extemporánea, el mismo día 7 de febrero de 2022 se le comunican a la recurrente el certificado de subsanación a través del sistema de notificación telemática (NOTE). Un pantallazo del sistema NOTE correspondiente a la notificación del requerimiento de subsanación de documentación como propuesta adjudicatario en el que aparece, entre otros, la FUNDACIÓN CATALINA SUAREZ, a continuación su NIF, y por último, un ícono que representa un sobre abierto, que según la leyenda que figura a la derecha significa “Leída”.

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

Respecto a la procedencia del requerimiento referido a la acreditación de la solvencia técnica, procede traer a colación lo dispuesto en la cláusula 6.2 del PCAP:

“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, en la documentación aportada fuera de plazo para subsanar el primer requerimiento, expresamente dice “*Que la Residencia “LA PURISIMA CONCEPCION” gestiona las plazas en gestión privada*”.

Por tanto, carece de sentido, argumentar, para no presentar ningún documento acreditativo del cumplimiento de la solvencia técnica, que es la propia Administración la que va certificar trabajos cuyos destinatarios son sujetos privados.

Resulta evidente, que la acreditación debió realizarse, conforme determina la cláusula transcrita, mediante declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación, circunstancia que en ningún momento llevó a cabo el recurrente en el plazo concedido.

Otro tanto, podría decirse de la declaración responsable relativa a la ubicación de los servidores. En las cláusulas 15 y 37 del PCAP como en el propio requerimiento de documentación, se establece expresamente la necesidad de que el propuesto adjudicatario aporte: Declaración firmada por el representante legal de la empresa en la que se ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores en los que estén alojados datos de carácter personal, con indicación del lugar desde donde se van a prestar los servicios asociados a los mismos. Igualmente, en esta declaración figura el compromiso de cumplir con la obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca, a lo largo de la vida del contrato, de la información facilitada inicialmente.

Documentación que tampoco se aportó en el plazo establecido.

Respecto a la notificación del requerimiento de la subsanación, no cabe sino acoger plenamente los argumentos esgrimidos por el órgano de contratación.

En efecto, cláusula 11 del PCAP que señala: “*Tablón de anuncios electrónico. Se comunicarán a los interesados los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada por los licitadores, los empresarios admitidos y los excluidos de la licitación, y las ofertas con valores anormales mediante su publicación en el tablón de anuncios electrónico, del Portal de la Contratación Pública -Perfil de contratante- (<http://www.madrid.org/contratospublicos>)*”.

Por su parte, cláusula 16 (Propuesta de adjudicación) del PCAP, que establece expresamente que:

“La Mesa de contratación calificará, cuando proceda, la documentación aportada y, si observa defectos u omisiones subsanables, se lo comunicará al interesado a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, concediéndose un plazo de tres días naturales para que el licitador los corrija o subsane o para que presente aclaraciones o documentos complementarios, siempre por medios electrónicos”.

Por tanto, en los términos alegados por el órgano de contratación, la comunicación de los defectos u omisiones subsanables de la documentación, que se realizó a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, fue correcta y ajustada a lo establecido en el PCAP. Si el certificado de subsanación se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el día 7 de febrero de 2022, a las 13:00, el plazo de tres días para subsanar terminó el día 10 de febrero. La documentación aportada por el recurrente el día 16 de febrero 2022, había sobrepasado ampliamente el plazo que se le concedió de subsanación.

En definitiva, este Tribunal considera que no queda acreditado que se haya vulnerado la regulación contractual aplicable, teniendo en cuenta que la actuación de la Mesa no se ha apartado de lo establecido en el PCAP respecto a la comunicación y los plazos de subsanación de la documentación requerida, pliego que además no ha sido objeto de impugnación.

En este momento, procede 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 FUNDACION CATALINA SUAREZ, 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.