

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

En Madrid, a 10 de noviembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de la Asociación Vasija y Agintzari, Sociedad Cooperativa de Iniciativa Social, en compromiso de UTE contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 13 de octubre de 2022, en virtud del cual se resolvió su exclusión del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato “Servicio de atención al acogimiento familiar especializado”, con cargo al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia – financiado por la Unión Europea – Next Generation EU. (Expediente núm. 132/2022 A/SER-021349/2022) de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fechas respectivamente de 31 de noviembre de 2021 y 3 de diciembre, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 459.240,53 de euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron cinco licitadores entre ellos la recurrente.

Una vez calificada la documentación previa, según es reflejado en el Acta de 10 de octubre de 2022, la Mesa de contratación constató que determinadas licitadoras no se encontraban inscritas en el Registro de Entidades, Centros y Servicios de Acción Social de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, lo que a juicio de dicho órgano debía determinar la exclusión de tales candidatos del procedimiento de adjudicación. Entre ellas, se encontraba la UTE recurrente.

Con fecha 13 de octubre de 2022, de la Mesa de contratación acuerda su exclusión del procedimiento de licitación, notificándose el acuerdo el mismo día.

Tercero.- El 26 de octubre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de la licitación para el lote 2.

Cuarto.- En fecha 4 de noviembre de 2022, 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.

Sexto.- Se trata de un contrato financiado por la Unión Europea por medio de fondos Next Generation EU a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Código de referencia único del Proyecto: 2022/000981).

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 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).

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de la Mesa se publicó el 13 de octubre de 2022, presentándose el recurso el 26 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar al fondo del asunto, resulta de interés transcribir el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en lo concerniente al

asunto que nos ocupa:

“6.- HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL PRECISA PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTRATO.

Procede la exigencia de habilitación empresarial o profesional para este contrato de servicios por ser una actividad social sujeta a comunicación previa.

Por ello, las entidades licitadoras deberán estar inscritas en el Registro de Entidades, Centros y Servicios de acción social como titulares de un servicio de acción social en los sectores que se relacionan a continuación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Orden 613/1990, de 6 de noviembre, previa acreditación de los requisitos establecidos en la normativa vigente.

Sectores de atención. Artículo 2 de la Orden 613/1990, de 6 de noviembre.

- Apartado 2.1.2. Familia.*
- Apartado 2.1.3. Infancia.*
- Apartado 2.1.4. Adolescencia.*

Las necesidades planteadas para este contrato pueden ser atendidas por alguna de las tipologías de servicios que se relacionan, en virtud de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, y en el artículo 3 de la Orden 613/1990, de 6 de noviembre, en la denominación dada por la Orden 1372/2011, de 22 de agosto:

Tipología del servicio. Artículo 3 de la Orden 613/1990, de 6 de noviembre.

- Apartado 3.1.7. Servicio de tratamientos especializados: atención psicosocial*
- Apartado 3.1.8. Otras prestaciones y servicios.*

El certificado que acredite la habilitación empresarial o profesional exigida se aportará de oficio por la Administración Autonómica”.

La recurrente fundamenta su recurso en la indebida exclusión de la licitación, por entender que cumple las exigencias del pliego respecto a la habilitación empresarial, ya que la Mesa de contratación constató que uno de los integrantes de la misma, Agintzari, Sociedad Cooperativa de Iniciativa Social (en adelante, Agintzari), sí se encontraba inscrita válidamente en el registro.

Considera que la exclusión de la UTE se produce porque el otro miembro integrante de la misma, la Asociación Vasija, no figuraba inscrita en el registro, haciéndose constar en el acuerdo: *“Las entidades ASOCIACIÓN VASIJA y AGINTZARI, SOCIEDAD COOPERATIVA DE INICIATIVA SOCIAL, presentan un compromiso de constitución de UTE. Por ello es que, aunque AGINTZARI sí cuenta con la habilitación requerida, quedan ambas excluidas por no contar con dicha habilitación la ASOCIACIÓN VASIJA”*.

A su juicio, el objeto de la controversia se centra en determinar si conforme a los pliegos resultaba exigible la habilitación empresarial previa de manera indistinta a todos los miembros de la UTE, con independencia de que el concreto servicio que fuera a realizar cada miembro exigiera o no dicha aptitud legal para contratar. La norma y los pliegos exigen que quien vaya a prestar lo que se califica como un *“Servicio de acción social”*, tenga que contar con habilitación empresarial, consistente en la comunicación previa e inscripción en el Registro de Entidades, Centros y Servicios de acción social. Es por ello por lo que tal habilitación empresarial no será necesaria cuando no se vaya a desarrollar tal tipología de servicios.

Alega que conforme a la propuesta técnica presentada, la intervención de la Asociación Vasija, como miembro de la UTE, no consiste en desarrollar un *“Servicio de acción social”* entre los previstos en el pliego, sino que su actuación se limita a labores de gestión, control y evaluación interna que no tienen como destinatarios a los usuarios y beneficiarios del servicio de acogimiento familiar especializado, no siéndole por tanto exigible tal aptitud legal previa, ya que no desarrollará ninguna de las funciones indicadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), sujetas a habilitación previa, sino que su participación se limitará y circunscribirá a labores y trabajos internos de evaluación y propuestas de mejora continua en el seno de la UTE.

La oferta estriba en que Agintzari es el miembro de la UTE que está

prestando un servicio de similares características en Gipuzkoa, donde desarrolla todas estas tareas y es el miembro de la UTE que desarrolla actualmente para la Comunidad de Madrid el Proyecto Piloto de Acogimiento Familiar Especializado aprobado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

En concreto, señala que la Asociación Vasija solo desarrollará el punto 9 de su propuesta técnica el cual, es una labor interna consultiva en el seno de la propia UTE: *“Desarrollar acciones que contribuyan a evaluar la eficacia de las intervenciones, a promover un proceso de mejora continua del AE”*.

Concluye apelando a la doctrina que considera que la habilitación empresarial solo resulta exigible a aquellos miembros de la UTE que van a desarrollar prestaciones (en nuestro caso, *“Servicios de acción social”*) para las que expresamente se exija tal habilitación.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que la habilitación empresarial es un requisito de aptitud legal de los operadores económicos relacionado con el objeto del contrato y su funcionalidad deriva de que las entidades del sector público no contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar una actividad empresarial. Los tribunales que conocen del recurso especial en materia de contratación se han pronunciado repetidas veces sobre la necesidad de que el requisito de habilitación concorra en todos los miembros de la UTE, citando diversas resoluciones al respecto.

Añade en su alegato que la recurrente trata de salvar la falta de habilitación de uno de los miembros de la UTE, señalando que la entidad que carece de habilitación, supuestamente no va a realizar actividades que requieran habilitación profesional o empresarial. Sin embargo, la habilitación precisa para el desarrollo de este contrato se ha valorado conforme al contenido del PPT y la propuesta de este contrato. Como se puede comprobar de la lectura de este informe el contrato en su conjunto requieren de habilitación empresarial o profesional por tratarse de una

actividad social sujeta a comunicación previa. Se trata de un contrato que tienen una prestación única y en la que no hay prestaciones sujetas a habilitación profesional o empresarial y otras no.

También considera importante hacer mención a la composición de la UTE recurrente y a su participación en la misma de cada uno de sus miembros. En este sentido, según la declaración presentada en el sobre número uno por la recurrente, la UTE se componía de la Asociación Vasija, que participa al 80%, y de Agintzari que participa al 20%. No deja de llamar la atención que, Vasija que participa al 80% en la UTE, solo vaya a realizar una parte muy pequeña del contrato, y que Agintzari, que participa al 20%, vaya a ejecutar la mayor parte del mismo.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar si la UTE cumple con la habilitación empresarial exigida en los pliegos.

Artículo 65.2 de la LCSP *“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*.

Como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.

Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó lo siguiente: *“La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP, es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna*

norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009:

“La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñar/as, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal.

En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del art 43 citado (en lo actualidad 65.2 LCSP), es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto”.

El órgano de contratación reconoce que una de las integrantes de la UTE

cumple con la habilitación empresarial exigida (Agintzari), si bien no dice lo mismo respecto a la otra integrante (Vasija).

Procede por tanto dilucidar si es posible la integración de la habilitación en la UTE dado que uno se de sus componentes la cumple.

Con carácter general, la respuesta ha de ser negativa, salvo que se refiera a una parte del contrato claramente separable, en cuyo caso cabe su exigibilidad únicamente a la empresa que la vaya ejecutar. En este sentido, este Tribunal se pronunció en su Resolución 177/2019, de 18 de mayo: *“Pues bien, como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.*

En este sentido, el artículo 65.2 de la LCSP establece que ‘Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato’.

El criterio mantenido por los tribunales de Resolución de recursos contractuales, entre ellas las Resoluciones alegadas por los interesados señaladas anteriormente, es que la UTE cumple con el requisito de habilitación si está en posesión de ella el componente que efectivamente va a realizar la prestación sujeta a habilitación.

En este sentido, la Resolución 1020/2015 del TACRC alegada por el reclamante señala ‘Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal sobre la habilitación empresarial o profesional en el ámbito de las UTEs ha señalado, por ejemplo en su Resolución 141/2013, recogiendo el criterio contenido en el Informe 29/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que las autorizaciones o habilitaciones han de ser exigidas a todas aquellas empresas integrantes de una

futura UTE que hayan de desarrollar las actividades a que las mismas se refieren, no así a aquellas otras cuya intervención en la ejecución contractual no alcance a tales actividades, dado que este tipo de autorizaciones o certificaciones alcanzan tan solo a la actividad de la concreta empresa a la que se han concedido, sin que puedan servir para acreditar el cumplimiento de los requisitos de aptitud que entrañan por otras que no los posean. A los demás, en la medida en que su actuación se desarrolla en otros ámbitos, como es el caso de las empresas Iberia y Nex (servicios de transporte fundamentalmente), no les resultaría exigible -como pretende la recurrente- la autorización propia de agencia de viajes por cuanto no se corresponde con la actividad a realizar por las mismas con motivo de la ejecución del contrato- En consecuencia, procede rechazar también esta alegación’.

Por consiguiente, al tratarse de un contrato cuyo objeto consiste en una única prestación resulta necesaria la acreditación de la habilitación legal por ambas empresas componentes de la UTE”.

En sentido semejante se pronunció el TACRC en su Resolución 1099/2021, de 9 de septiembre: *“Por tanto, ha de concluirse que, exigiendo el PCAP estar en posesión de una determinada habilitación profesional para la ejecución del contrato, esta habilitación es exigible a todos los miembros de la UTE”.*

En el caso que nos ocupa el objeto del contrato consiste, como recoge la cláusula 1 del PCAP en *“El servicio objeto de este contrato en prestar el servicio de atención al acogimiento familiar especializado, que incluye el seguimiento, la colaboración y el apoyo técnico al acogimiento familiar especializado.*

Se entiende por acogimiento familiar especializado, los acogimientos familiares de menores de la Comunidad de Madrid en familias acogedoras en las que alguna o algunas de las personas que integran la unidad familiar dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales”.

Como se puede apreciar, el objeto del contrato es único, la prestación del

servicio de atención al acogimiento familiar especializado, incluyendo dentro del mismo el seguimiento, la colaboración y el apoyo técnico al acogimiento familiar especializado, sin que exista una parte claramente separable del objeto del contrato para la que no sea exigible la habilitación empresarial y que pudiera ser ejecuta por la componente de la UTE carente de dicha habilitación.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, las dos empresas que conforman la UTE deben estar habilitadas y deben acreditar dicha habilitación, máxime cuando la que carece de habilitación participa en un 80% de la UTE, siendo única la prestación el servicio de acogimiento familiar especializado.

En definitiva, a juicio de este Tribunal, no ha quedado acreditada a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, la habilitación legal exigida por los pliegos de los dos componentes de la UTE, por lo que la resolución recurrida es ajustada a Derecho, procediendo 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 las representaciones legales de la Asociación Vasija y Agintzari, Sociedad Cooperativa de Iniciativa Social, en compromiso de UTE contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 13 de octubre de 2022, en virtud del cual se resolvió su exclusión del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato “Servicio de atención al acogimiento familiar especializado”, con cargo al Plan de

Recuperación, Transformación y Resiliencia – financiado por la Unión Europea – Next Generation EU. (Expediente núm. 132/2022 A/SER-021349/2022) de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid.

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.