

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

En Madrid, a 12 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de las empresas FUNDACIÓN ACRESCERE y CEE MARÍA CORREDENTORA (en compromiso de UTE) contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de noviembre de 2022 de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social la exclusión de las recurrentes en el procedimiento de licitación de “Centros de atención temprana de la Comunidad de Madrid”, expediente AM-007/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de junio de 2022, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del acuerdo marco.

El valor estimado de contrato asciende a 110.681.545 euros y un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo.- Con fecha 14 de septiembre de 2022 se requiere a la UTE documentación acreditativa de los requisitos previstos en el pliego al haber sido propuesta como adjudicatario en los centros y con el número de plazas que se indica.

El 24 de octubre se publica el acuerdo de la mesa de contratación de su reunión del día 19 de octubre en la que se les solicita subsanación de documentación presentada, que fue enviada el 27 de octubre.

La mesa de contratación en su sesión de 18 de noviembre de 2022 acuerda su exclusión del procedimiento de licitación. El día 30 de noviembre se publica este acuerdo y la resolución de adjudicación, que contiene, así mismo, la exclusión de la UTE.

Con fecha 12 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de licitación.

Tercero.- El 21 de diciembre de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente 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 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 (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 cuyos derechos e intereses legítimos se pueden ver afectados (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de las firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación se publicó el 23 de noviembre de 2022 e interpuesto el recurso el día 12 de diciembre, por tanto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto es de interés destacar el contenido del PCAP, que en el apartado 6.2 de su cláusula 1 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 acreditar durante el año de mayor ejecución de los últimos tres años (2019, 2020 y 2021) un importe anual equivalente al 25 % del importe que resulte de multiplicar el número de plazas que oferte en el

Acuerdo Marco por 480,95 euros las plazas de tratamiento y 120,24 euros las plazas de apoyo y seguimiento multiplicado por 11 meses, es decir, 1.322,61 euros por cada plaza de tratamiento ofertada y 330,60 euros por cada plaza de apoyo y seguimiento ofertada.

Se entiende por servicios de igual o similar naturaleza los siguientes: la gestión de al menos un centro, que ofrezca tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas.

Forma de acreditación: 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 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 los certificados o declaraciones deberá concretarse, obligatoriamente, el objeto de la prestación y los importes anuales ejecutados.

Los licitadores que tengan plazas contratadas con cualquier administración pública deberán presentar el correspondiente certificado emitido por dicha administración”.

El contenido del acuerdo de la mesa de contratación de 18 de noviembre de 2022 señala “...respecto a la solvencia técnica de la Fundación Acrescere no queda acreditada, ya que comprobada la documentación presentada para su justificación (recibos, memoria, contratos,..) se constata que el objeto del Centro Infantil para familia en situación de dificultad social “Ángel de la Guarda”, proyecto socio educativo de 0-6 años para madres trabajadoras , no se corresponde con el objeto del Acuerdo Marco , consistente en la prestación de servicios para el tratamiento de menores entre 0 y 6 años, que presenten alteración en su desarrollo o tenga el riesgo de padecerlas a pesar de disponer de un servicio puntual y sin asiduidad de educación infantil y estimulación para niños con discapacidad, del que tampoco se presenta justificación documental de importes”.

Por lo que se refiere a la justificación del CENTRO DE EDUCACION ESPECIAL MARIA CORREDENTORA, tampoco queda acreditada, ya que la documentación presentada para su justificación (cuenta de pérdidas y ganancias, extracto de las cuentas, contratos, solicitud de justificación curso 20/21...) no se deducen los importes imputables a la prestación de servicios para el tratamiento de menores entre 0 y 6 años que presenten alteraciones en su desarrollo o tengan riesgo de padecerlas..” Por lo que, a la vista de la documentación presentada, no queda acreditada la solvencia técnica requerida, ya que no presenta documentos suficientes que avalen la realización de servicios del Acuerdo Marco por importe de 126.638,70 euros”.

La recurrente considera que se han producido irregularidades en la exclusión del procedimiento de licitación dado que ambos miembros de la UTE cumplen la solvencia técnica requerida en el pliego y por el importe necesario de 126.638,70 euros.

A su juicio es importante remarcar la diferencia entre lo que dice el acuerdo de exclusión, que nuestra justificación debe *“avaluar la realización de servicios del Acuerdo Marco”*, cuando lo que el pliego dice es que nuestra experiencia no es demostrar que realizamos los servicios del Acuerdo Marco, sino que dice literalmente, *“la gestión de al menos un centro, que ofrezca tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas”*.

Señala que lo que hay que demostrar y justificar es que en algún centro de sus centros dan tratamientos a menores de seis años que tengan alteraciones en su desarrollo o riesgo de padecerlas, aunque no sean exactamente los servicios previstos por el acuerdo marco. Considera que esta diferencia es importante, porque en ella subyace la que creen que ha sido la razón errónea de exclusión: se pretende que los que hemos licitado vengamos ya prestando idénticos servicios a los que se prevé prestar por el acuerdo marco, esto es, que tuviéramos ya en funcionamiento un centro de atención temprana, cuanto la legislación vigente aplicable a la contratación administrativa y los pliegos del concurso, permiten la posibilidad de concursar si se

tiene tan solo una experiencia “*similar*”. No puede excluir a un licitador porque no preste los servicios idénticos a los del acuerdo marco, porque lo que hay que demostrar, tan solo, es que prestamos algún tipo de tratamiento a menores de seis años con discapacidad.

En definitiva, considera que la solvencia requerida en los pliegos y que tenían que justificar era: tener un centro en el que ofreciéramos algún tipo de tratamiento dirigido a menores de 6 años que tuvieran riesgo de tener alteraciones en su desarrollo y que se demostrase que el volumen económico de esa actividad era de al menos 126.638,70 euros.

No es admisible que los pliegos exijan o se interpreten en el sentido de que la experiencia tiene que ser idéntica a la de los concursantes que ya venían prestando el servicio de atención temprana, al vulnerar el artículo 40 de la LCSP “*Son causas de anulabilidad... todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier Poder Adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración*”.

Por lo que se refiere a la entidad miembro de la UTE, Fundación Acrescere, gestiona un centro en el que se atiende exclusivamente a menores de seis años que presentan todos ellos discapacidad o riesgo de padecerlas, por su situación socio económica y a los que se da de forma estable tratamientos de mayor o menor intensidad de estimulación, fisioterapia y logopedia, por los educadores infantiles y por los logopedas y fisioterapeutas -por un importe de 126.728,68 euros-, cifra que es superior al mínimo necesario que es de 126.638,70 euros.

En cuanto al otro miembro de la UTE, Colegio de Educación Especial María Corredentora que como su propio nombre indica, es un centro en el que todos sus usuarios son menores con discapacidad (intelectual, y/o motora y/o sensorial) parece deducirse que la mesa acepta que el centro atiende a menores con discapacidad (y

los hay con menos de 6 años y con más de 6 años) y también acepta que se prestan servicios para tratamientos para menores de 6 años. Luego lo único que alega para no aceptar la solvencia de este colegio, es que de la documentación presentada no se deducen o no ha entendido cuáles son los importes imputables a esos servicios de tratamiento, de modo que se justifique que al menos alcanzan el importe de 128.638,70 euros, que es el mínimo exigido para tener la solvencia requerida. Se puede demostrar que los importes imputables a esos tratamientos son muy superiores a ese importe y alcanzaron en el año 2021 la cuantía de 245.993 euros y que ello fue justificado debidamente en la documentación aportada y que ahora se vuelve a aportar, junto con la nota explicativa que se unió a esa documentación en la que se explicaba cómo se llegaba, desde los datos económicos del centro, a ese importe dedicado a los tratamientos a menores de seis años. Considera que de los cálculos aportados se demuestra que, del total del volumen económico del colegio, 4.603.352 euros, el 15,63 % es actividad correspondiente a menores de 6 años, lo que supone un importe de 719.312 euros.

Por su parte, el órgano de contratación, como cuestión preliminar, manifiesta que el acuerdo marco “Centros de Atención Temprana de la Comunidad de Madrid” entiende que el Centro de Atención Temprana es aquél que ofrece atención ambulatoria e individualizada a menores de entre cero y seis años de edad, con trastornos en su desarrollo, con discapacidad o riesgo de padecerla y/o dependencia, residentes en la Comunidad de Madrid, así como a su familia y su entorno, en los términos previstos en el Decreto 46/2015, de 7 de mayo, por el que se regula la coordinación en la prestación de la atención temprana en la Comunidad de Madrid y se establece el procedimiento para determinar la necesidad de atención temprana.

De esta definición proviene la exigencia de la solvencia técnica recogida en el PCAP al afirmar que los servicios por los cuales los licitadores deben poder garantizar su solvencia técnica son aquellos dirigidos a la gestión, de al menos un centro, que ofrezca tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas. En este sentido, destaca en el caso

que nos ocupa, que el artículo 90.3 de la LCSP permite para los contratos que requieran aptitudes específicas en materia social exigir como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que se deberá acreditar por los medios que establece el artículo 90.1 de la LCSP.

Respecto a las alegaciones referidas a la solvencia técnica de ACRESERE señala que en la memoria de año 2021 aportada por la empresa sobre el centro atención infantil para familias en situación de dificultad social “*Ángel de la Guarda*”, se dice que entre los objetivos del Centro figura la estimulación temprana, atender discapacidades y trastornos, atribuyendo las funciones de evaluación y determinación de los tratamientos a la psicóloga. A este respecto destaca que en la propia Memoria se describe el servicio como un proyecto socio-educativo para menores de 0 a 6 años (aunque no se descarta su ampliación a edades superiores para el caso de hermanos o si detectara mucha necesidad en otro tramo de edad), que no es una Escuela Infantil, con la finalidad de prestar un servicio de apoyo a familias de baja intensidad de empleo, a familias monoparentales de baja renta y a mujeres en riesgo de exclusión social, con hijos a su cargo pequeños. Aunque si bien es cierto que se señala que *“esta prestación del servicio educación infantil se extenderá a la estimulación de su desarrollo especialmente mediante fisioterapia y logopedia, en aquellos casos que, tras evaluación psicológica, presenten discapacidades, retraso madurativo o grave riesgo de padecerlas”* se deduce, asimismo, de la propia memoria, que esta última prestación -que constituye el objeto fundamental de la acreditación de la solvencia técnica-, se realiza de forma puntual, sin asiduidad y sin concreción de importes, al indicar en el apartado 3 de la misma (PERSONAL: PROFESIONALES, VOLUNTARIADO) *“que la gran reducción de la subvención de financiación con cargo al IRPF, en más de un 75 %, implico la disminución del tamaño del proyecto, y en concreto del tamaño del equipo profesional, que paso de los 13 profesionales previstos a 4 educadores Infantiles (...). Si bien se mantuvieron las funciones de psicólogo, pero dentro de los voluntarios (...).*

La reducción de importe de la subvención y por tanto de la capacidad económica total del Proyecto, y la consiguiente reducción de profesionales, ha necesitado de un mayor apoyo de voluntarios. En resumen, durante este periodo ha habido, en momentos y duraciones diversas, un número de voluntarios de 29, con perfiles como: 1 psicóloga, 1 fisioterapeuta ,1 logopeda (...)”.

A su juicio, a la vista de la descripción que realiza la memoria sobre la prestación del servicio, se puede deducir, claramente, que la gestión de un centro que ofrezca tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas, no queda demostrada ya que no acredita ni los medios profesionales, ni técnicos suficientes para llevar acabo la misma.

Finalmente, señala que de las cuentas anuales del año 2021 no se deducen cuáles son los importes imputables a la prestación de tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas. Como tampoco se pueden deducir dichos importes del muestreo de facturas presentadas por el Servicio de Conciliación de Vida Laboral y Familia, ya que como especifica la propia memoria del proyecto, es una contribución simbólica a los gastos, incluyéndose el servicio de comida, productos de higiene de los menores, materiales educativos, etc.

Respecto a la solvencia del otro miembro de la UTE, el CEE María Corredentora, el órgano de contratación manifiesta que analizadas las Cuentas de Pérdidas y Ganancias del año 2021 presentadas se constata que en el apartado *“Importe neto de la cifra de negocios”* se desglosan una serie de conceptos, tales como servicio de transporte, libros de texto, excursiones, comedor, agendas etc. que no se corresponde con el objeto del Acuerdo Marco y, en concreto de la solvencia técnica, que consiste en la prestación de tratamientos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas, no siendo posible identificar otros ingresos derivados de este objeto. Igualmente, respecto al

apartado “*Otros ingresos de explotación*” aparecen desglosados una serie de ingresos relativos, la mayor parte de ellos, a subvenciones recibidas por gastos de personal, tanto educativo como del denominado personal complementario y que ascendería a 2.822.724 €. Respecto del personal complementario, que es el único que en todo caso podría ser tenido en cuenta en la valoración de la solvencia técnica, comprendería las siguientes categorías profesionales, tal y como se indica en la presentación de la solicitud a la Consejería de Educación de la justificación de la subvención para el pago de este personal: auxiliares/cuidadores, diplomados de enfermería, fisioterapeutas, psicólogos/pedagogos y trabajadores sociales y ascendería, según lo recogido en las cuentas presentadas, a un importe de 965.325,45€ por la totalidad del alumnado. De la totalidad de este personal sería necesario descontar el importe de 383.785,84€ (sueldo + Seguridad Social) correspondiente al personal cuidador/auxiliar (auxiliar técnico), según los importes establecidos en las cuentas presentadas, ya que sus funciones no se encuadran dentro de las requeridas para la prestación de tratamientos rehabilitadores, por lo que el importe resultante ascendería a 581.539,61€. Por todo lo señalado anteriormente, este sería el importe que podría ser tenido en cuenta para valorar la solvencia técnica.

A este respecto y de acuerdo con el certificado de la secretaria del colegio con el visto bueno de la Directora, que se adjunta al recurso, el total de los alumnos menores de seis años del colegio en el año 2021 ascendía a 48, lo que supondría un 15,63% del total del alumnado. Esta información estaba recogida, en principio, en los documentos obrantes en la Consejería de Educación. De acuerdo con esta proporción de alumnos, el importe que se tendría en cuenta para acreditar la solvencia técnica de la Entidad ascendería a 90.894,64€, es decir el 15,63% de 581.539,61€, importe resultante del personal complementario del Centro destinado a tratamientos, cantidad, por lo tanto, que resulta insuficiente respecto a la solvencia técnica requerida por importe de 126.638,70 euros, en función de las plazas ofertadas por la Entidad.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la exclusión de la UTE fue ajustada a Derecho por no haber justificado la solvencia técnica exigida en los pliegos.

De acuerdo con lo establecido en el clausulado del PCAP transcrito anteriormente, se entiende por servicios de igual o similar naturaleza los siguientes: la gestión de al menos un centro, que ofrezca tratamientos dirigidos a menores entre 0 y 6 años, que presenten alteraciones en su desarrollo o tenga riesgo de padecerlas. Dado que, como la propia recurrente reconoce, no presta servicio es un centro de atención temprana, en los términos definidos anteriormente, debe dilucidarse si cumple los umbrales exigidos de facturación en servicios de similar naturaleza conforme los describe el pliego.

El artículo 90 de la LCSP referido a solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, dispone en su apartado *“Si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 de este artículo”*.

Respecto a la empresa ACRESERE, hace referencia para la acreditación de la solvencia al centro atención infantil para familias en situación de dificultad social *“Ángel de la Guarda”*. Como señala el órgano de contratación, en la memoria del centro presentada se dice que la finalidad de prestar un servicio de apoyo a familias de baja intensidad de empleo, a familias monoparentales de baja renta y a mujeres en riesgo de exclusión social, con hijos a su cargo pequeños. Aunque si bien es cierto que se señala que *“esta prestación del servicio educación infantil se extenderá a la estimulación de su desarrollo especialmente mediante fisioterapia y logopedia, en aquellos casos que, tras evaluación psicológica, presenten discapacidades, retraso madurativo o grave riesgo de padecerlas”* se deduce, asimismo de la propia memoria, que esta última prestación, que constituye el objeto fundamental de la acreditación de

la solvencia técnica, se realiza de forma puntual, sin asiduidad y sin concreción de importes, haciendo mención en la propia memoria a la gran reducción de la subvención de financiación con cargo al IRPF, en más de un 75%, implico la disminución del tamaño del proyecto, y en concreto del tamaño del equipo profesional, que paso de los 13 profesionales previstos a 4 educadores Infantiles, si bien se mantuvieron las funciones de psicólogo, pero dentro de los voluntarios.

Por tanto, no han quedado acreditados ni los medios profesionales, ni técnicos, ni los importes suficientes para llevar acabo la prestación del servicio de acuerdo con los criterios recogidos en los pliegos.

Respecto a la CEE María Corredentora deben acogerse, así mismo, las alegaciones del órgano de contratación una vez analizada la cuenta de pérdidas y ganancias y el certificado de la secretaria del colegio. El importe que se tendría en cuenta para acreditar la solvencia técnica de la empresa ascendería a 90.894,64 €, es decir, el 15,63% de 581.539,61 €, importe resultante del personal complementario del Centro destinado a tratamientos, cantidad, por lo tanto, que resulta insuficiente respecto a la solvencia técnica requerida por importe de 126.638,70 euros, en función de las plazas ofertadas por la Entidad.

Por todo ello, no quedaría suficientemente acreditada la solvencia técnica exigida en los pliegos.

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, 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 las representaciones legales de las empresas FUNDACIÓN ACRESCERE y CEE MARÍA CORREDENTORA (en compromiso de UTE) contra el acuerdo de del 28 de noviembre de 2022 de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social por el que se acuerda la adjudicación del acuerdo marco y la exclusión de las recurrentes en el procedimiento de licitación de “Centros de atención temprana de la Comunidad de Madrid”, expediente AM-007/2022.

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.