

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

En Madrid, a 16 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Acaya Naturaleza y Vida S.L., contra el acuerdo adoptado el 10 de febrero de 2023 por la mesa de contratación de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, de exclusión de su oferta presentada en el lote 2 del procedimiento de licitación del contrato de “servicios especializados de orientación, tutorización y acompañamiento al empleo y formación”, número de expediente AM-091/2022, financiado por el Fondo Social Europeo, Programa Operativo 2014-2020, Fondos REACT-UE, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en fecha 17 de agosto de 2022 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.450.965,00 euros y su plazo de duración será de quince meses.

Segundo.- Al lote impugnado, lote 2, de la presente licitación se presentaron cuatro licitadores, entre ellos, la recurrente.

Celebrados actos de apertura y calificación de la documentación aportada en cada uno de los archivos electrónicos por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 21 de noviembre de 2022, se acuerda elevar al órgano de contratación la clasificación de ofertas y proponer la adjudicación del lote 2 a Acaya Naturaleza y Vida S.L.

Aceptada la propuesta por el órgano de contratación, se requiere a esta mercantil la presentación de la documentación previa a la adjudicación del contrato prevista por el artículo 150.2 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 (LCSP).

Presentada la referida documentación y apreciándose defectos en la misma, la Mesa efectúa requerimiento de subsanación a Acaya Naturaleza y Vida S.L., requerimiento que fue atendido por la mercantil, ahora recurrente, pero no de conformidad con lo solicitado por la Mesa, lo cual llevó a este órgano a acordar la exclusión de Acaya Naturaleza y Vida S.L. el día 10 de febrero de 2023, en atención a los siguientes motivos:

“Respecto a la solvencia técnica aporta un escrito en el que justifica que la acreditación de la solvencia ya se encuentra correctamente realizada al incardinarse todos los servicios que se han justificado clasificados en códigos CPV cuyos primeros dígitos son 853.

Por lo que la mesa decide excluir a este licitador puesto que no acredita la realización de servicios similares a los que constituyen el objeto del contrato, es decir,

“servicio de inserción laboral o servicio relacionado con agencias de colocación, no siendo válidos los simples servicios de asesoramiento”, como establece el apartado 7 b) de la cláusula 1 del PCAP”.

Tercero.- El 6 de marzo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Acaya Naturaleza y Vida S.L., en el que solicita la declaración de nulidad del acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa y la adopción de la medida cautelar de suspensión de la tramitación del procedimiento.

El 10 de marzo de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, solicitando la desestimación del recurso por entender ajustada a Derecho la actuación de la Mesa y la continuación del procedimiento de contratación hasta la adjudicación del contrato.

Cuarto.- Este Tribunal no ha considerado necesario adoptar acuerdo alguno en relación a la medida cautelar solicitada por la recurrente, al proceder directamente a la resolución del recurso.

Quinto.- 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 persona jurídica excluida del lote 2 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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión impugnado fue adoptado el 10 de febrero de 2023, practicada la notificación el 13 del mismo mes, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 6 de marzo de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco 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.- En cuanto al fondo del recurso, este versa sobre la adecuación o no a pliegos de la solvencia técnica presentada por la recurrente, en virtud de la distinta interpretación que hacen las partes de la cláusula 7-B del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que regula los requisitos y medios para su acreditación.

A efectos de resolución del recurso, procede transcribir lo estipulado en la referida cláusula:

“Acreditación de la solvencia técnica o 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.

Criterio de selección: *El licitador deberá acreditar que, en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, ha gestionado por un periodo no inferior a seis meses de forma continua y sin interrupción, un servicio de inserción laboral o un servicio relacionado con agencias de colocación, no siendo válidos los simples servicios de asesoramiento.*

A estos efectos, se considerará solvencia técnica acreditada, cuando los servicios aportados de similar naturaleza descritos anteriormente, acrediten durante el año de mayor ejecución de los últimos tres años, un importe ejecutado equivalente al 70 % del precio anual sin IVA de los lotes, es decir:

Para el Lote 1: 815.800,00 euros.

Para el Lote 2: 815.800,00 euros.

Para el Lote 3: 860.941,00 euros.

Si se adjudican más de un lote a un licitador, se deberá acreditar la cantidad correspondiente a la suma de las cantidades exigidas para esos lotes.

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 acompañada 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.*

(...)"

Estipulado lo anterior, la controversia entre las partes se resume en que, para la recurrente, los servicios a acreditar, de similar naturaleza a los del contrato, son los que se corresponden con los tres primeros dígitos del código CPV del contrato; mientras que, para el órgano de contratación, los pliegos estipulan la acreditación de

un importe mínimo en los servicios de similar naturaleza, que como recoge el pliego, son los de *“inserción laboral o relacionados con agencias de colocación”*.

Parte la recurrente del pleno respeto a los pliegos como ley del contrato, para alegar que, conforme a su dicción literal, su solvencia técnica queda claramente acreditada.

Desde su punto de vista, la interpretación que hace la Mesa entendiendo que para acreditar la solvencia técnica resultarían precisos contratos de servicios de *“inserción laboral o servicios relacionados con agencias de colocación”* que, durante el año de mayor ejecución de los últimos tres, tengan un importe ejecutado de 815.800,00 euros (70% del precio anual sin IVA, para el lote 2), es decir, que los servicios de similar naturaleza sean los del párrafo segundo y no los del primero, supone una alteración de lo dispuesto en los pliegos a través de una interpretación forzada.

Y ello porque, a su juicio, la cláusula 7-B del PCAP estructura la acreditación de la solvencia técnica o profesional en tres párrafos y un apartado adicional:

- El primer párrafo señala que la acreditación se realizará conforme a lo previsto en el artículo 90.1.a) LCSP 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”*, por lo que, al no acudir a ningún sistema de clasificación, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV (853).
- Dado el carácter genérico del primer párrafo, en el segundo se establece un requisito adicional, exigiendo que se acredite que *“en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, ha gestionado por un periodo no inferior a seis meses de forma continua y sin interrupción, un servicio de inserción laboral o un servicio*

relacionado con agencias de colocación, no siendo válidos los simples servicios de asesoramiento". Entiende la recurrente que no es aquí donde se establecen qué servicios han de entenderse como similar naturaleza –eso ya se hizo en el primer apartado-, sino aquellos respecto a los que debe acreditarse un periodo de gestión en la forma determinada.

- En un tercer apartado se dispone que la solvencia técnica se entenderá acreditada *"cuando los servicios aportados de similar naturaleza descritos anteriormente, acrediten durante el año de mayor ejecución de los últimos tres años, un importe ejecutado equivalente al 70 % del precio anual sin IVA de los lotes"*. Entiende la recurrente que en este apartado se realiza una referencia a los servicios de similar naturaleza *"descritos anteriormente"* y no a los servicios descritos en el párrafo anterior, con lo que la referencia ha de entenderse realizada al criterio general elegido en la cláusula.

- Por último, como apartado adicional, se concretan condiciones adicionales de solvencia referidas a medios materiales y personales con tal nivel de exigencia que su cumplimiento permite que quede garantizada la solvencia técnica de los licitadores independientemente de que se adopte el criterio de la Mesa o el de mi representada.

Entendiendo que esa es la interpretación que debe hacerse de esta cláusula, la recurrente alega cumplir con la solvencia técnica exigida pues en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas ha gestionado, durante un periodo no inferior a seis meses de forma continuada y sin interrupción, un servicio de inserción laboral o un servicio relacionado con agencias de colocación. Por otro lado, los servicios clasificados dentro de los tres primeros dígitos del CPV de referencia (853) justificados, durante el año de mayor ejecución de los últimos tres años, superan el 70% del precio anual sin IVA del lote 2, concretamente, en el año 2020 se ejecutaron contratos por valor de 1.434.994,68

euros. Y finalmente se cumplen los requerimientos adicionales referidos a medios personales y materiales a adscribir a la ejecución del contrato.

Finaliza su exposición apuntando que debe primar la interpretación literal de las cláusulas de los pliegos cuando estas son los suficientemente claras y no dejan lugar a dudas, citando nuestra Resolución 147/2011, y, en caso de que la redacción de los pliegos se considerase ambigua, cosa que a su entender no sucede, el órgano de contratación debe de realizar la interpretación de las cláusulas confusas mantenidas en los pliegos rectores de la licitación conforme al principio de igualdad, enfocada a garantizar la concurrencia en el procedimiento y de forma favorable para los licitadores.

Por su parte, el órgano de contratación entiende que la interpretación que hace Acaya Naturaleza y Vida S.L. de la solvencia que se recoge en los pliegos, es errónea y supone un intento forzado de justificar su cumplimiento, pues, según establece el apartado 7.B de la cláusula 1 del PCAP, son servicios de similar naturaleza la gestión por un periodo no inferior a seis meses, de forma continua y sin interrupción, de un servicio de inserción laboral o un servicio relacionado con agencias de colocación, no siendo válidos los simples servicios de asesoramiento.

A juicio del órgano de contratación, la solvencia técnica recogida en el pliego no deja lugar a interpretación y de su lectura se extraen las siguientes conclusiones:

- En el primer párrafo del apartado 7.2.B) de la cláusula 1 del PCAP solo se cita de forma literal el medio de solvencia elegido por el órgano de contratación, en este caso, la letra a) del artículo 90.1, prueba de ello es que se recoge en cursiva.
- La cantidad que deben acreditar los licitadores del lote 2 en trabajos de similar o igual naturaleza en el año de mayor ejecución de los últimos tres es, al menos, de 815.800,00 euros.

- Los trabajos de igual o similar naturaleza están definidos en el segundo párrafo de la citada cláusula, esto es, la gestión por un periodo no inferior a seis meses, de forma continua y sin interrupción, de un servicio de inserción laboral o un servicio relacionado con agencias de colocación, no siendo válidos los simples servicios de asesoramiento. Por tanto, la cantidad de los 815.800,00 euros debe acreditarse en servicios como los descritos anteriormente, y no, en otro tipo de servicios.

Menciona que el artículo 90.3 de la LCSP establece, si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, la exigencia 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 del mismo artículo. En base a este precepto, el órgano de contratación, acogiéndose a la naturaleza social del contrato (CPV 85320000-8 Servicios Sociales) estableció que el criterio de selección de la solvencia técnica o profesional debía ser la gestión por un periodo no inferior a seis meses, de forma continua y sin interrupción, de un servicio de inserción laboral o un servicio relacionado con agencias de colocación, no siendo válidos los simples servicios de asesoramiento. La gestión de estos servicios debía alcanzar una determinada cantidad en el año de mayor ejecución dependiendo del lote (en el lote 2, 815.800,00 euros). A lo que añade, no se interpuso ningún recurso contra los pliegos que discutiera el criterio de solvencia técnico exigido, suponiendo la presentación de las ofertas la aceptación sin condiciones de los pliegos del contrato.

En apoyo de lo expuesto apunta la Resolución 933/2018 del TACRC que, al hilo de la resolución de un recurso en el que se discutía la solvencia establecida en los pliegos, señalaba que, a la vista de lo establecido en el artículo 90.3 de la LCSP, *“debe concluirse que en estos casos los pliegos pueden, sin ninguna duda, establecer requisitos adicionales que permitan concretar la experiencia, conocimientos y medios en las concretas materias a que se refiera la contratación, siendo además lícito, tal y como ha señalado la doctrina de este Tribunal, que dichos requisitos adicionales*

permitan garantizar que la experiencia demostrada por el licitador se refiere a servicios verdaderamente similares por razón del tipo de las prestaciones a realizar, por indicación de alguna o algunas de sus características, sin que pueda referirse a las cualidades de la entidad (resolución nº 438/2017)”.

Y, en base a su interpretación, alude a que dado que Acaya Naturaleza y Vida S.L., para acreditar su solvencia técnica o profesional aportó inicialmente una relación de servicios acompañada de certificados, cuya suma no alcanzaba la cifra de 815.800,00 euros en ese tipo de servicios que exige el PCAP como umbral de solvencia para el lote 2, siendo un defecto subsanable, concedió un plazo de tres días, indicando en el requerimiento qué certificados se daban por válidos y la necesidad de aportar nuevos certificados que completaran la solvencia inicialmente aportada.

Estudiado el escrito presentado por Acaya Naturaleza y Vida S.L. en fase de subsanación, en el que se indica que la acreditación de la solvencia ya se encuentra correctamente realizada con la documentación inicialmente aportada al incardinarse todos los servicios que se han justificado clasificados en códigos CPV cuyos primeros dígitos son 853, se acordó excluir a la recurrente por *“no acreditar la realización de servicios similares a los que constituyen el objeto del contrato, es decir, “servicio de inserción laboral o servicio relacionado con agencias de colocación, no siendo válidos los simples servicios de asesoramiento”, como establece el apartado 7 b) de la cláusula 1 del PCAP”.*

Vistas las alegaciones de las partes, procede señalar en primer término, que los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la

LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Es por ello que procede a continuación analizar si el pliego establece la necesaria acreditación de un importe concreto en servicios de inserción laboral o relacionados con agencia de colocación, al entender que estos son los servicios de similar naturaleza a los que se refiere el pliego, o la acreditación de la cifra mínima se refiere a todos los servicios de similar naturaleza, por remisión a los tres primeros dígitos del CPV del contrato, siendo la experiencia en los servicios concretos de inserción laboral, un requisito adicional.

De la redacción literal de la cláusula comprueba este Tribunal que el pliego hace una previsión expresa de los medios, los criterios de selección y las formas de acreditación de la solvencia técnica o profesional de los licitadores, cumpliendo lo establecido por el artículo 92 LCSP.

Y así, en primer término, el medio elegido por el órgano de contratación es el previsto por el artículo 90.1.a) de la LCSP, que el pliego reproduce literalmente de la Ley, en letra cursiva: *“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”*.

Seleccionado este medio de entre los previstos legalmente, el PCAP establece expresamente como criterio de selección, la gestión, en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha del plazo de presentación de ofertas, por un periodo no inferior a seis meses, de forma continua y sin interrupción, un servicio de inserción laboral o un servicio relacionado con agencias de colocación, haciendo además referencia expresa a que no se consideran válidos los simples servicios de asesoramiento.

Y, a los efectos de la acreditación conforme a este criterio, parte de los servicios descritos anteriormente al recoger el necesario importe ejecutado equivalente al 70% del precio anual sin IVA de los lotes, que para el lote 2, objeto de impugnación se establece por el propio pliego en un importe de 815.800,00 euros.

Por último, en lo que se refiere a la forma de acreditación, se exige la presentación de certificados en caso de que el destinatario sea una entidad del sector público, o un certificado expedido por el sujeto privado si este fuera el destinatario o, en su defecto, una declaración del empresario acompañada de los documentos que acrediten la realización.

Como señala el órgano de contratación en su informe, la exigencia de acreditación en relación a la materia específica de servicios de inserción laboral o relacionado con agencias de colocación, encuentra amparo en el artículo 90.3 de la LCSP y ello por tratarse de un servicio especializado de carácter social, cuyo objeto es la orientación, tutorización y acompañamiento al empleo y la formación para colectivos vulnerables afectados por desempleo intensificado por la pandemia en la Comunidad de Madrid, siendo además financiado por el Fondo Social Europeo.

El recurso a los tres primeros dígitos del CPV actúa únicamente con carácter supletorio, a falta de previsión en los pliegos, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la LCSP.

Habiendo establecido el pliego previsión expresa de lo que considera servicios similares, no cabe la interpretación que hace la recurrente.

Sentado lo anterior, se constata del examen del expediente que Acaya Naturaleza y Vida S.L. ha presentado certificados que acreditan la realización de servicios de inserción sociolaboral en los Distritos de Retiro (7.255,91 euros), Puente de Vallecas (134.990,91 euros), Junta Municipal Moncloa-Aravaca (29.733,33 euros) y Junta Municipal Chamartín (41.283,59 euros), que no alcanzan la cifra de

815.800,00 euros prevista por el pliego para el lote impugnado, por lo que se considera conforme a Derecho la exclusión de la recurrente, habiéndosele otorgado ya en el seno del expediente posibilidad de subsanación sin que la misma se haya producido conforme a lo solicitado por el órgano de contratación.

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 legal de la mercantil Acaya Naturaleza y Vida S.L., contra el acuerdo adoptado el 10 de febrero de 2023 por la mesa de contratación de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, de exclusión de su oferta presentada en el lote 2 del procedimiento de licitación del contrato de “servicios especializados de orientación, tutorización y acompañamiento al empleo y formación”, número de expediente AM-091/2022.

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 multa 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.