

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

En Madrid, a 18 de agosto de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Centro de Formación y Estudios Profesionales S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 4 de julio de 2022 por la que se excluye la oferta presentada a la licitación con contrato de “servicios de organización, desarrollo e impartición de 90 cursos dirigidos a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario de la Comunidad de Madrid, a lo largo de los años 2022, 2023 y 2024, cofinanciado en un 50% por el Fondo Social Europeo”, número de expediente A/SER-027400/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 336.690 euros y su plazo de duración será de 30 meses.

A la presente licitación se presentaron 2 licitadores.

Segundo.- Tras la oportuna tramitación del expediente de licitación, en sesión de 1 de junio de 2022, la mesa de contratación propuso como primer clasificado de este contrato a CENTRO DE FORMACIÓN FOMENTO ESTUDIOS PROFESIONALES, SL, otorgando el plazo previsto en el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para presentar la documentación contemplada en la Cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). El requerimiento lo recibieron el 3 de junio de 2022 y se presenta la documentación solicitada el 13 de junio de 2022.

El día 27 de junio de 2022, se publicó en el Perfil del Contratante requerimiento de subsanación, y se notificó en sede electrónica la solicitud de subsanación de determinada documentación, que se efectuó el 30 de junio de 2022.

Tras el estudio de toda la documentación presentada la mesa de contratación en su sesión de 4 de julio acuerda excluir a Centro de Formación Estudios Profesionales al considerar que no se ha acreditado adecuadamente la solvencia técnica requerida.

Tercero.- El 26 de julio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Centro de Formación Estudios Profesionales en el que solicita la anulación de la exclusión de su empresa y se considere que ha sido válidamente acreditada su solvencia técnica.

El 2 de agosto 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 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).

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, *“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 impugnado fue adoptado y notificado el 4 de julio de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 26 de julio de 2022 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se pretende dar validez a la acreditación de la solvencia técnica requerida a través de la documentación presentada por el recurrente, así como su subsanación.

Dicha acreditación ha sido considerada insuficiente por el órgano de contratación procediendo a la consideración de la oferta como retirada de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP.

Conviene antes de proseguir conocer lo establecido en el apartado 7.2., de la Cláusula 1, en relación con el criterio de selección que prevé el *Artículo 90.1.a) de la LCSP* especifica que:

"Se exigirá una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años, atendiendo al objeto del contrato (acciones dirigidas a promover y fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario de la Comunidad de Madrid, con especial atención a la población reclusa femenina), un importe anual de 67.338,00 € y que correspondan con alguno de los siguientes servicios análogos:

- i- acciones dirigidas a sensibilizar sobre la discriminación contra las mujeres y la igualdad de género dentro y fuera del contexto penitenciario;*
- ii- acciones dirigidas a analizar y sensibilizar sobre la violencia de género dentro y fuera del contexto penitenciario;*
- iii- acciones dirigidas a la comprensión de la identidad de género y de las funciones de maternidad dentro y fuera del contexto penitenciario;*
- iv- acciones dirigidas a la promoción de la empleabilidad y la calidad del empleo para las mujeres en el mercado laboral (discriminación en el mercado de trabajo, nichos laborales, formación y adquisición de habilidades y capacidades en el ámbito penitenciario y su posterior reinserción laboral)".*

Con el fin de acreditar esta solvencia, el recurrente aporto los siguientes certificados:

- Organización, desarrollo e impartición de 60 cursos dirigidos a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario de la Comunidad de Madrid, a lo largo de los años 2019 y 2020, cofinanciado

en un 50 % por el fondo social europeo. **(importe total año 2020: 39.930,00 euros).**

- Organización, desarrollo e impartición de acciones de sensibilización en centros de formación profesional y charlas coloquio dirigidas a fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito educativo durante los años 2020 y 2021, cofinanciado al 50 % por el fondo social europeo. **(importe total año 2020: 43.687,06 euros).**

Tras el examen de la documentación se recibe solicitud de subsanación en base a que: *“Concretamente la Mesa no considera como trabajos de igual o similar naturaleza el contrato de servicios Acciones de Sensibilización en centros de Formación Profesional 2020-2021 por un importe de B.I. en 2020 de 36.105,00. Entiende la Mesa que no se puede acudir a la CPV del contrato para determinar los trabajos similares. El PCAP de este contrato, amparándose en el artículo 90.3 de la LCSP, define los trabajos análogos con precisión en referencia a concretar la experiencia en las materias objeto del contrato. Entiende la Mesa que el trabajo mencionado anteriormente tiene como objeto acciones de sensibilización en el ámbito de la formación profesional (alumnos y miembros de la comunidad educativa) pero no se desarrollan en el ámbito penitenciario, como se exige en el PCAP. Por ello, se considera que las acciones de sensibilización en materia de discriminación contra las mujeres y la igualdad de género, para considerarlas como de igual o similar naturaleza, deben darse dentro del ámbito penitenciario, y haberse dirigido expresamente a población penitenciaria, independientemente de que estas acciones aborden esta problemática dentro y fuera del contexto penitenciario”.*

A dicho escrito el recurrente alegó ante el órgano de contratación que: *“la interpretación literal de la cláusula permitía distinguir entre:*

- a) **Servicios o trabajos que son acciones propias del objeto del contrato:** acciones dirigidas a promover y fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres

y hombres en el ámbito penitenciario de la Comunidad de Madrid, con especial atención a la población reclusa femenina.

b) **Servicios análogos a las acciones que comprende objeto del contrato:** i- acciones dirigidas a sensibilizar sobre la discriminación contra las mujeres y la igualdad de género dentro y fuera del contexto penitenciario; ii- acciones dirigidas a analizar y sensibilizar sobre la violencia de género dentro y fuera del contexto penitenciario; iii- acciones dirigidas a la comprensión de la identidad de género y de las funciones de maternidad dentro y fuera del contexto penitenciario; y iv- acciones dirigidas a la promoción de la empleabilidad y la calidad del empleo para las mujeres en el mercado laboral (discriminación en el mercado de trabajo, nichos laborales, formación y adquisición de habilidades y capacidades en el ámbito penitenciario y su posterior reinserción laboral)”.

A dichas alegaciones la mesa de contratación notifica el acuerdo adoptado, en su reunión de 4 de julio de 2022, en la que manifiesta que: *“previo informe de la Dirección General de Igualdad de 4 de julio, la exclusión de la licitación de CENTRO FORMACIÓN FOMENTO ESTUDIOS PROFESIONALES, S.L. al no acreditar el cumplimiento del criterio de selección de la solvencia técnica, no considerándose “servicio análogo” el correspondiente al “Contrato mayor de servicios Acciones de Sensibilización en centros de Formación Profesional 2020-2021”, por los motivos expuestos en el acta de la 4ª Mesa y en el certificado de subsanación, que se publicaron, en el Perfil de Contratante el día 27 de junio de 2022, ni presentar servicios alternativos que puedan ser valorados”.*

Ante la postura adoptada por el órgano de contratación la recurrente considera que existe una confusión entre servicios análogos o coincidentes con el objeto del contrato. Articulando su recurso:

A) El apartado 7.2., de la Cláusula 1 del PCAP en relación con el criterio de selección que prevé el artículo 90.1.a) de la LCSP, delimita qué debe entenderse como servicio análogo, permitiendo la inclusión de trabajos y servicios ejecutados fuera del

contexto penitenciario a población no penitenciaria, ya que en caso contrario se llegaría a la incongruencia de que los servicios análogos coincidirían con los servicios propios objeto del contrato, en cuyo caso no hay analogía sino identidad.

B) Una vez delimitado el significado del apartado 7.2., de la Cláusula 1 del PCAP en relación con el criterio de selección que prevé el artículo 90.1.a) de la LCSP, exponemos porqué entendemos que **sí** debe considerarse como “servicio análogo” el correspondiente al “*Contrato mayor de servicios Acciones de Sensibilización en centros de Formación Profesional 2020-2021*”.

En este punto pretende la recurrente el mencionado contrato sea tenido en cuenta a la hora de acreditar la solvencia por cuanto su objeto son la ejecución y desarrollo de acciones de sensibilización por la igualdad, cumpliendo en este caso la definición genérica del contrato que ahora nos ocupa así como uno de los servicios análogos referidos en el propio PCAP.

En relación con lo anteriormente manifestado considera que la solvencia exigida a los trabajadores que ejecuten el contrato debe entenderse cumplida por los aportados en su oferta, al haber prestado servicios en contratos análogos, refiriendo nuevamente el ya mencionado de sensibilización en centros educativos.

Alega también que entender de otra forma el apartado 7 de la cláusula 1 del PCAP, es evidenciar que ninguna empresa podría aportar la solvencia requerida en los importes establecidos.

En último lugar hace referencia invocando numerosas resoluciones de Tribunales de Contratación, el principio de que la oscuridad de los pliegos nunca puede perjudicar al licitador.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en defensa de su actuación que “*en cuanto a lo alegado por parte de la entidad interesada en su fundamento de*

derecho quinto (página 10), señala que el apartado 7.2 de la Cláusula 1 del PCAP establece en relación a los trabajos análogos la expresión “dentro y fuera del contexto penitenciario” de tal manera que por “fuera del contexto penitenciario” tendrían cabida otros trabajos en materia de sensibilización de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres pero dirigidas a cualquier otro colectivo de destinatarios al margen del colectivo penitenciario.

Ahora bien, tal y como se señaló en el Informe de solvencia técnica de esta Dirección General de Igualdad de 23 de junio de 2022, “ha de entenderse que las acciones deben haberse dirigido expresamente a población penitenciaria, independientemente de que éstas se aborden dentro y fuera de los centros penitenciarios y centros de inserción social, no siendo válidas por tanto, acciones dirigidas a otros destinatarios (centros educativos, empresas, etc.)”, esto es, que la expresión “dentro y fuera” se refiere a “dentro y fuera del ámbito penitenciario” y por tanto dirigida exclusivamente a población penitenciaria, independientemente de que esta se encuentre en situación de reclusión o de permiso.

En este sentido, la entidad interesada argumenta (página 27) que la mayor parte del profesorado y que se ha presentado para la ejecución del presente contrato es el mismo que el que se adscribió para la ejecución del “Contrato mayor de servicios Acciones de Sensibilización en centros de Formación Profesional 2020-2021”. Ha de señalarse al respecto, que ello no excluye la posibilidad de que los y las profesionales cuenten con una especialización en ambas materias, por lo que no puede considerarse un argumento valorable para la resolución del Recurso.

Tercero.- *Como continuidad de los dos apartados anteriores, la entidad interesada FEP alega que los contenidos del trabajo “Contrato mayor de servicios Acciones de Sensibilización en centros de Formación Profesional 2020-2021”, deben ser tenidos en cuenta de cara al cumplimiento de la solvencia técnica por los objetivos que trata y que resultan comunes a los del contrato objeto de este informe (página 26). Efectivamente, en un programa de acciones de sensibilización en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se tratan cuestiones básicas comunes como la discriminación por razón de género en sus múltiples manifestaciones (laboral, política, cultural, lingüística), haciendo una especial mención a la manifestación de la*

violencia, y tratando de que a través de estas cuestiones se fomente una socialización en igualdad de oportunidades a través de la enseñanza de habilidades psicológicas y de reflexión. Si bien, cada contrato se dirige a un destinatario, lo cual requiere una adaptación de esos contenidos al colectivo destinatario en cuestión: por ejemplo, con población penitenciaria es importante trabajar la reinserción socio-laboral y familiar, mientras que en el caso del alumnado de Formación Profesional, no es necesario trabajar este aspecto.

Y es esto lo que hace que ambos trabajos/contratos no sean equiparables. Ya ha quedado claro que independientemente de que se hable de “dentro y fuera del contexto penitenciario”, el colectivo destinatario es exclusivamente la población penitenciaria, quedando fuera por tanto cualquier trabajo que no se dirija a esta como pueda ser población educativa, empresas, etc.

Cuarto.- *En cuanto a lo alegado por parte de la entidad interesada en su fundamento de derecho quinto (página 14), esta vez en relación al criterio de selección del artículo 90.1.e relativo a los profesionales para la ejecución del contrato, señala que el apartado 7.2 de la Cláusula 1 del PCAP establece que se exige “una experiencia docente de al menos 150 horas con población reclusa en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, prevención de la violencia de género, habilidades emocionales, desarrollo personal o reinserción social”, señalando FEP que el PCAP “no hace referencia a la exigencia de que las acciones de sensibilización en materia de discriminación para considerarlas como de igual o similar naturaleza deban haberse dirigido expresamente a población penitenciaria”.*

En este sentido, cabe señalar que esta Dirección General, por un lado, considera que si bien es cierto que hay un vínculo entre los trabajos anteriormente realizados por la entidad en la materia objeto del contrato y profesionales que se adscriben a la ejecución del presente contrato, se trata de dos cuestiones que deben analizarse por separado.

Por otro lado, y situándose en la óptica de vinculación entre trabajos realizados y profesionales adscritos al contrato, no se aprecia incongruencia alguna entre ambos, ya que siguiendo con lo anteriormente expuesto, los trabajos deben enmarcarse en acciones de sensibilización dirigidas a población penitenciaria, y en el caso de

profesionales se explicita la necesidad de contar con “una experiencia docente de al menos 150 horas con población reclusa (...)”, es decir, queda perfectamente clarificado que la experiencia profesional debe circunscribirse a la población reclusa, independientemente de que se encuentre dentro o fuera de los centros penitenciarios.

Ha de señalarse en este aspecto, que de acuerdo al informe de solvencia técnica de fecha 23 de junio de 2022, la entidad interesado cumplía con este requisito en relación a los y las profesionales presentados.

Quinto.- *En cuanto a lo alegado en el fundamento jurídico quinto (página 15), FEP señala que, a pesar de ser conscientes de que los pliegos de anteriores de un mismo contrato público no son admisibles como argumentación interpretativa de pliegos vigentes, indica que en anteriores concursos públicos con el mismo objeto que el presente contrato, en caso de requerir solvencia técnica previa con población penitenciaria, así lo han especificado.*

Esta Dirección General suscribe lo señalado por la entidad interesada, que pliegos anteriores de un mismo contrato público no pueden ser admisibles como argumentación interpretativa de pliegos vigentes.

Asimismo, los ejemplos presentados, indican “al menos la gestión de 2 trabajos de formación con población reclusa (...)”, esto es, se hace un explicitación de que se trata de “población reclusa”. Del mismo modo, esta Dirección General insta a analizar el apartado 7.2 de la cláusula 1 del PCAP, concretamente cuando señala que los trabajos objeto del contrato son “acciones dirigidas a promover y fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario de la Comunidad de Madrid, con especial atención a la población reclusa femenina”, es decir, que sí que se hace expresa literalmente la población destinataria que es la “población reclusa femenina” y por tanto los trabajos presentados para cumplir la solvencia técnica deben haberse dirigido a este colectivo.

Sexto.- *En cuanto a la alegación de FEP de que su experiencia profesional en la materia consideran que el importe de Base Imponible exigido difícilmente puede ser alcanzado por otra entidad, esta Dirección General considera que dicho argumento no puede ser considerado de cara a valorar los aspectos técnicos de los pliegos del contrato y su literalidad expresada, ya que por otra parte, cabe la posibilidad de que*

la entidad interesada desconozca la trayectoria profesional de otras entidades en el objeto del contrato, más aún, cuando se pretende la máxima concurrencia posible de cualquier entidad madrileña, española o europea.

Séptimo.- *En cuanto a la alegación del fundamento jurídico quinto, página 19 y 23, FEP argumenta que trayendo a colación la Resolución 1954/2021 del TACRC, “sin (que) la ambigüedad u oscuridad en su redacción (de los pliegos) puedan perjudicar a los licitadores”, y que en todo caso “no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. En este sentido, no cabe duda alguna que ante una posible y no pretendida ambigüedad/oscuridad en la redacción de los pliegos de un contrato, las partes perjudicadas son tanto las empresas licitadoras, la Administración y por qué no, aquella población beneficiaria de dicho contrato. Por ello, cuando de la literalidad del PCAP se extrae la interpretación señalada anteriormente en el presente informe, no es sino con el fin de garantizar la buena ejecución del mismo con la máxima calidad posible, esto es, aquella que se derivará de una empresa que cuente con la experiencia previa suficiente que no es sino la exigida en como solvencia técnica, y sin que por ello pueda considerarse prejuicioso para la Administración o las entidades licitadoras.*

Octavo.- *Siguiendo con lo anterior, en el fundamento jurídico quinto, página 20, FEP alega que además, siguiendo la Resolución 56/2011 del TACPCM, “la exclusión de un licitador derivada de una interpretación de una cláusula que permite diversas interpretaciones en el pliego conculca el principio de concurrencia competitiva”. Esta dirección General no aprecia dobles interpretaciones técnicas de los pliegos y más concretamente del apartado 7.2 de la Cláusula 1 del PCAP, de hecho, se vuelve a reiterar lo señalado en los fundamentos de derecho primero y segundo del presente informe, y que circunscribe la experiencia de trabajos anteriores como solvencia técnica al ámbito penitenciario, a la población reclusa, ya se encuentre dentro o fuera de los centros penitenciarios”.*

Vistas las posiciones de las partes y del análisis del apartado 7 de la cláusula 1 del PCAP, este Tribunal considera que sin oscuridad, ambigüedad o ningún otro elemento distorsionante, el objeto de este contrato tiene como destinatarios a la

población reclusa y no a otro grupo diferenciado. Si bien esta población puede a su vez estar incluida en otros colectivos vulnerables.

Como es sabido, 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.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus cualidades y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los servicios a prestar.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los servicios a ejecutar corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Como ya hemos señalado corresponde al órgano de contratación la determinación de sus necesidades y no a los licitadores redefinirlas a su conveniencia.

A la vista de todo ello, es evidente que la experiencia en trabajos similares aportado por la recurrente no alcanza el importe mínimo establecido en el PCAP, pues solo puede admitirse como tal el contrato *"Organización, desarrollo e impartición de 60 cursos dirigidos a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario de la Comunidad de Madrid, a los largo de los años 2019 y 2020, cofinanciado en un 50 % por el fondo social europeo"* con un importe de 39.930,00 euros, cuantía muy inferior a los 67.338,00 euros requeridos.

Por todo ello se desestima el recurso planteado.

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 Centro de Formación y Estudios Profesionales S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 4 de julio de 2022 por la que se excluye la oferta presentada a la licitación con contrato de "Servicios de organización, desarrollo e impartición de 90 cursos dirigidos a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario de la Comunidad de Madrid, a lo largo de los años 2022, 2023 y 2024, cofinanciado en un 50% por el Fondo Social Europeo", número de expediente A/SER-027400/2022.

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.