

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

En Madrid, a 29 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.L.S., en nombre y representación de la entidad Centenari Salud S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, de fecha 20 de marzo de 2019, por el que se excluye a su empresa de la licitación del contrato de servicios de “Gestión de los pisos tutelados de Buitrago de Lozoya (Madrid), para la atención a personas mayores”, número de expediente 002/2019 (A/SER-011996/2018), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 10,12 y 14 de abril de 2018, se publicó la convocatoria del contrato de referencia, en el DOUE, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 1.186.728,96 euros con un plazo de ejecución de 3 años prorrogable hasta 5.

Segundo.- Se han presentado a la licitación convocada 6 empresas licitadoras, entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación, en su reunión de 26 de febrero de 2019, propone como adjudicataria a Centenari Salud S.L., (en adelante Centenari) por ser la mejor oferta de los licitadores admitidos, requiriéndole la documentación que acredite la capacidad para contratar con la Administración, el 1 de marzo de 2019. El 8 de marzo la recurrente presenta la documentación requerida, solicitando la Mesa el 14 de marzo subsanación de la solvencia técnica o profesional, por considerar que no queda acreditada totalmente con la documentación aportada.

El 20 de marzo de 2019, la Mesa de contratación, examinada la documentación aportada el 16 de marzo por la recurrente, acuerda la exclusión por no acreditar la solvencia técnica o profesional.

Tercero.- Con fecha 1 de abril de 2019, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de Centenari, formulando recurso especial en materia de contratación, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, de fecha 20 de marzo de 2019, por el que se acuerda su exclusión solicitando que se revoque dicho acuerdo y se admita a Centenari en la licitación a todos los efectos. Asimismo solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Cuarto.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en 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), que remitió el expediente junto con su informe preceptivo el 9 de abril de 2019, solicitando la desestimación del recurso especial por entender que la actuación de la mesa se ajustó a los Pliegos y a la legislación vigente en materia de contratos públicos, y comunicando en cuanto a la suspensión del procedimiento, que esperará a la resolución del TACP para proceder a la adjudicación a Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A, entidad en estos momentos propuesta como adjudicataria por ser la siguiente mejor oferta.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de 11 de abril de 2019, de este Tribunal sobre adopción de medidas provisionales, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal de dio traslado del propuesto como adjudicatario para alegaciones, sin que las haya formulado.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de la recurrente por ser licitador excluido del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*.

Se acredita igualmente la representación con que actúa la firmante del recurso en su calidad de administradora única de la sociedad.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dado que la exclusión le fue notificada a la recurrente el 20 de marzo de 2019, y el recurso se interpuso ante este Tribunal el 1 de abril de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se concreta en que Centenari considera que ha acreditado contar con la solvencia técnica o profesional exigida de conformidad con lo dispuesto en la LCSP.

Interesan a los efectos de la resolución del recurso las cláusulas 1.1 y 6 del PCAP relativa a las características del contrato, que establece los criterios de solvencia, y la cláusula 15.4, que regula su acreditación, y que se extractan a continuación:

“Cláusula 1. Características del contrato.

1.- Definición del objeto del contrato. El servicio para la gestión de los pisos tutelados de Buitrago de Lozoya, de Madrid, para la atención a personas mayores.

División en lotes: No.

CPV: 85311000-2 Servicios de asistencia social con alojamiento.

6. - Solvencia económica, financiera y técnica o profesional (...).

Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

-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; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación 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 su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Criterio de Selección: Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años concluidos, incluyendo importes, fechas y destinatario, público o privado, de los mismos y cuyo importe anual ejecutado durante el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, es decir 166.142,06 euros, IVA excluido, en servicios de igual o similar naturaleza, conforme a lo establecido en el artículo 90.2 de la ley 9/2017. Se entenderá por servicios análogos la gestión de al menos un piso tutelado para atención a personas mayores en los últimos tres años.

Forma de acreditación: los servicios realizados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. En el caso de que una entidad licitadora, de acuerdo con el artículo 75 de la LCSP, acredite la solvencia económica y financiera o técnica o profesional requerida, basándose en la solvencia y medios de otra entidad, deberá acreditar que dispone de una manera efectiva y para este contrato de los medios de esa otra entidad, no siendo suficiente un compromiso genérico de ambas entidades en el que no se especifiquen las obligaciones que asume cada una de las partes.

Cláusula 15. Acreditación de la capacidad para contratar.

4.- Solvencia económica, financiera y técnica.

Las empresas podrán acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación, si así se indica en el apartado 6 de la cláusula 1, o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación, y que se establecen en dicho apartado (...).

Si en el presente pliego no aparecen concretados los criterios y requisitos mínimos para su acreditación, los licitadores o candidatos acreditarán su solvencia económica y financiera y técnica o profesional por los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación establecidos en los artículos 87 y 90 de la LCSP.

Si el licitador ha recurrido a otras empresas para acreditar capacidades, deberá aportar la documentación referida en los apartados anteriores de dichas empresas, así como el compromiso por escrito de las entidades, que demuestre que dispone efectivamente para la ejecución del contrato de la solvencia y medios declarados”.

La recurrente manifiesta que *“justificó su solvencia técnica y profesional no solo con el certificado del Ayuntamiento de Henche al que se refiere el acuerdo de exclusión, sino con otros certificados adicionales: particularmente certificados de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha relativos a la prestación de servicios asistenciales con CPV 853110002 (servicios de asistencia social con alojamiento) y 853110003 (servicios de bienestar social prestados a ancianos), además de otros, prestados entre otras en las Residencias ‘El Castillo’ de Almansa (Albacete), Residencia ‘El Jardín’ de Casas de Benítez, (Cuenca), Residencia San Bartolomé de Tarazona de La Mancha (Albacete), Residencia ‘La Paz’ de Salobre (Albacete), Residencia de Vianos (Albacete)”. Certificados expedidos en favor de la entidad Centro Tercera Edad San Bartolomé S.L. (CTESB) con cuyos medios ha integrado su solvencia técnica.*

Asimismo alega que los servicios certificados por codificación CPV resultan análogos a los que son objeto de licitación (CPV 853110002 de servicios de asistencia social con alojamiento ha de considerarse un servicio análogo o comprensivo del de la gestión de pisos tutelados con destino a personas mayores que es objeto de licitación en este caso), y han de considerarse a los efectos del cómputo de la solvencia técnica, además el montante de los contratos aportados para acreditar la solvencia técnica superan con creces el importe mínimo anual del PCAP 166.142,06 euros. La determinación restrictiva sobre lo que debe entenderse por *“servicios análogos”* a la hora de completar la solvencia técnica entiende que no es ajustada a derecho, ya que, según dispone el artículo 90.1.a) de la ley, la analogía en los servicios ha de venir definida por lo que establezca el sistema de clasificación de actividades, bien el sistema CPV únicamente o con otros. Los servicios de gestión de pisos tutelados se encuentran dentro de ese mismo CPV en lo que lo relevante de cara a establecer la analogía es por un lado la faceta

asistencial, y por otro lado que la misma se preste en relación al alojamiento, con lo que no tendría sentido alguno que no se computaran a efectos de la experiencia y buen hacer que definen la solvencia técnica los servicios de asistencia con alojamiento que no recaigan específicamente en “pisos tutelados”.

Por su parte el órgano de contratación informa que la solvencia técnica, quedó perfectamente fijada en el PCAP, tanto en el importe mínimo que se debía acreditar, como en la definición de los trabajos que se consideraban similares al objeto del contrato. En relación con este aspecto cita que el artículo 90.3 de la LCSP establece que: *“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”* El órgano de contratación acogiendo a la naturaleza social del contrato estableció que el criterio de selección de la solvencia técnica o profesional debía ser la gestión de, al menos, un piso tutelado para atención a personas mayores en los últimos tres años y no otro tipo de centro, además de un importe mínimo anual mínimo ejecutado en la gestión de ese tipo de centros.

Manifiesta que la entidad recurrente optó por integrar la solvencia con medios externos con CTESB materializándose el compromiso suscrito por ambas entidades el 9 de diciembre de 2018, aportado en tiempo y forma por la recurrente. De todos los trabajos acreditados por ambas entidades, solo uno responde a los requisitos fijados en la solvencia técnica, el resto se refieren a la gestión de residencias de personas mayores y no a pisos tutelados para atención a personas mayores.

Asimismo añade que la presentación de la oferta por parte de los licitadores conlleva la aceptación de forma incondicional de los Pliegos y que la recurrente no presentó ningún recurso contra los Pliegos que discutiera el criterio de solvencia técnico exigido. Concluye que la solvencia técnica o profesional requerida para este contrato en el PCAP se ajusta a la LCSP, y cita la Resolución 993/2018 del TACRC.

Este Tribunal, analizada la regulación de los Pliegos particulares que rigen el presente contrato de servicios, lo dispuesto en los artículos 74.2 y 90.1.a) de la LCSP y vistas las alegaciones de las partes, considera que la cláusula 1.6 del PCAP en el párrafo in fine relativo al criterio de selección para acreditar la solvencia técnica o profesional no está determinando los servicios análogos al servicio que constituye el objeto del contrato, es decir los trabajos de igual o similar naturaleza a los que se van a contratar, dado que literalmente indica el objeto del contrato a realizar *“gestión de al menos un piso tutelado para atención a personas mayores en los últimos tres años”*. El objeto indicado en el PCAP es idéntico no análogo, puesto que la analogía se refiere a una relación de semejanza entre cosas distintas, entre las que se aprecia identidad de razón, considerándose similares por cumplir determinada función.

A estos efectos es importante mencionar que el artículo 74 de la LCSP al regular la exigencia de solvencia, determina en su apartado 1 que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, delimitando en su apartado 2 esta competencia del órgano de contratación con la indicación de que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos deben estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Por otra parte, el artículo 90.1.a) de la Ley al regular la solvencia técnica o profesional de los contratos de servicios 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, establece que *“Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la*

competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV”.

En el presente caso, como alega la recurrente, la CPV exigida en la cláusula 1.1 del PCAP código 85311000-2 Servicios de asistencia social con alojamiento incluye como desagregación el código 85311100-3 servicios de bienestar social proporcionados a ancianos, como se recoge a continuación:

Como claramente se aprecia en el árbol de la CPV, que expresa mediante codificación la definición del objeto contractual, ambos códigos son coincidentes en los seis primeros dígitos, el doble de lo exigido en el artículo 90.1.a) de la LSP para el supuesto de imprevisión en el pliego. Y tanto los pisos tutelados para mayores como los servicios asistenciales en residencia de mayores están incluidos entre los *Servicios de asistencia social con alojamiento*. El órgano de contratación ni en el expediente ni en el informe, sobre la impugnación de la exclusión, justifica de ninguna manera la necesidad de que la experiencia tenga que ser exclusivamente

en pisos tutelados, ni el que la solvencia acreditada por Centenari no sea admisible por razones objetivas relacionadas con el tipo de prestación establecida en los Pliegos. A la vista de la definición y descripción del servicio que establece el pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato este Tribunal no aprecia que las prestaciones sean sustancialmente diferentes o incompatibles con la asistencia a mayores en centros residenciales salvo las distinciones lógicas entre un régimen externo o institucionalizado.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid se pronunció en su Informe 7/2016, de 22 de diciembre, sobre la aplicación del criterio de solvencia técnica o profesional, determinando que *“La exigencia de que los trabajos o servicios efectuados se correspondan con una determinada división de la CPV resulta precisa para encuadrarlos dentro de una división concreta (en el supuesto objeto de consulta: Servicios de salud y asistencia social) que es la que determina dónde se encuadra el objeto del contrato, y evitar así que se puedan acreditar mediante trabajos o servicios efectuados en divisiones distintas, ajenas al objeto del contrato. Se trata, por tanto, de establecer una mínima relación entre los servicios y trabajos efectuados y el objeto del contrato, a fin de imposibilitar la acreditación de la solvencia mediante trabajos o servicios sin ninguna relación con el objeto del contrato. Es una medida de garantía para la correcta selección del contratista.*

Sin embargo, es evidente que en algunos casos no deben admitirse todos los servicios o trabajos incluidos en la división correspondiente de la CPV, por lo que el órgano de contratación habrá de establecer un grado mayor de precisión en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al amparo de lo dispuesto en los artículos 62.2 y 78.1 del TRLCSP (actual 74.2 y 90.1 de la LCSP), indicando los trabajos o servicios que, estando incluidos en dicha división, se consideren adecuados para acreditar la solvencia exigida para cada contrato, tal como indican los artículos 75 a 78 del TRLCSP”.

En cuanto a la Resolución nº 993/2018 de 2 de noviembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citada por el órgano de contratación dictamina que a la vista del artículo 90.3 de la LCSP *“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).

Además, para la determinación de tales criterios el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad, basado en la doctrina de la discrecionalidad técnica, lo que limita el alcance de la revisión que ha de efectuar este Tribunal, que solo puede versar sobre i) aspectos formales de la valoración (competencia o procedimiento) y ii) si se ha incurrido en discriminación.

Ahora bien, ello no significa que el órgano de contratación pueda establecer requisitos de forma arbitraria o desproporcionada, sino que tales requisitos habrán de i) estar vinculados a lo que sea objeto de la contratación, ii) ser proporcionados a lo que es objeto de la contratación y iii) no ser discriminatorios, en el sentido de ser tan exigentes que de facto solo determinadas empresas puedan cumplir con los mismos, sin que exista justificación suficiente para ello”.

Como ha mantenido este Tribunal en anteriores Resoluciones es indudable que la exigencia de un plus de solvencia limita la concurrencia por lo que necesariamente requiere una adecuada justificación en atención al objeto del contrato, que no se observa en el expediente de contratación analizado, siendo el respeto al principio de proporcionalidad el límite de la posibilidad concedida al órgano de contratación para elegir los medios de acreditación de solvencia. Aplicar el principio de proporcionalidad expresamente recogido en el artículo 132.1 de la LCSP es determinante para evitar que la exigencia de unos requisitos excesivos de solvencia dificulte la licitación de empresarios que estén capacitados para ejecutar el contrato. *“La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia*

desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad”.

Por lo expuesto se considera procedente estimar la pretensión de la recurrente por no quedar acreditado que no reúna la solvencia técnica exigida en el PCAP interpretado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.1 y 3 de la LCSP, y en aplicación del artículo 174.2, puesto que los criterios deben estar vinculados al objeto del contrato, siendo proporcionales al mismo, sin que puedan suponer un obstáculo ni restricción a la participación en la licitación y a la competencia, de conformidad con los principios de contratación pública recogidos en los artículos 1 y 32 de la citada Ley, sin olvidar el de selección de la oferta económicamente más ventajosa. Por tanto, se anula el acuerdo de la Mesa contratación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, de fecha 20 de marzo de 2019, considerándose acreditada la solvencia técnica aportada por la recurrente en pisos tutelados y en residencias de mayores.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Estimar el recurso interpuesto por doña I.L.S., en nombre y representación de la entidad Centenari Salud S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, de fecha 20 de marzo de 2019, por el que se excluye a su empresa de la licitación del contrato de servicios de “Gestión de los pisos tutelados de Buitrago de Lozoya (Madrid), para la atención a personas mayores”, número de expediente 002/2019 (A/SER-011996/2018).

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación que fue adoptada por este Tribunal mediante Acuerdo de 11 de abril de 2019.

Tercero.- 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.

Cuarto.- 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.