

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.L.T., en nombre y representación de Avanza Externalización de Servicios, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Asuntos Sociales, de fecha 1 de febrero de 2013, por el que se excluye a la recurrente de la licitación respecto al expediente de contratación 002/2013, "Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Cuatro lotes", este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha 12 de noviembre de 2012 se publicó anuncio de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid por la que se convocaba el contrato de servicios denominado "Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia de la Comunidad de Madrid. Cuatro lotes."

El apartado 6 del Anexo I del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares (PCAP), relativo a la habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato establecía lo siguiente:

“Las entidades licitadoras deberán acreditar en la documentación administrativa SOBRE Nº 1 "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA" haber efectuado con una antelación mínima de un mes a la fecha prevista de inicio de la ejecución del contrato la comunicación previa de inicio de la prestación de actividades sociales a través de un servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, la acreditación se efectuará con la comunicación previa en la que conste el registro de entrada o con una certificación de la inscripción en el Registro de entidades, centros y servicios de acción social de la Comunidad de Madrid. Los licitadores podrán autorizar la consulta de este requisito por el órgano de contratación utilizando medios electrónicos mediante el Anexo IX del presente Pliego”.

Avanza Externalización de Servicios, S.A. (en adelante AVANZA) presentó oferta al lote nº 2.

Segundo.- Contra el citado PCAP se interpusieron dos recursos especiales en materia de contratación que fueron resueltos por este Tribunal mediante las Resoluciones nº 149/2012 y 151/2012, estimándolos parcialmente y acordando la retroacción de las actuaciones a fin de adecuar el presupuesto de licitación a los importes que debidamente justificados se ajustaran a los precios de mercado, para lo cual se tendrían en cuenta los gastos salariales previstos en la regulación laboral, procediendo a una nueva licitación.

Por Orden 1666/2012, de 11 de noviembre, del Consejero de Asuntos Sociales, se retrotraen las actuaciones del expediente de contratación. Dicha Orden fue notificada a la recurrente, indicando que: *"Los licitadores que hayan presentado proposiciones podrán retirarlas por medio de su representante legal o persona autorizada, para adaptarlas a la nueva licitación"*. AVANZA procedió a retirar su proposición.

Tercero.- Como consecuencia de las anteriormente citadas Resoluciones de este Tribunal, por la Consejería de Asuntos Sociales se elaboró un nuevo PCAP que fue informado por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y la Intervención General, en fechas 17 y 19 de diciembre de 2012, respectivamente, que se aprobó por Orden 1836/2012, de 21 de diciembre. Se procedió a la modificación del precio de licitación para adecuarlo a los términos de dichas Resoluciones y asimismo se modificaron otras cláusulas del pliego, entre ellas la relativa a la habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato, recogida en el apartado 6 del Anexo I del PCAP, que queda redactada de la siguiente forma:

"Las entidades licitadoras deberán acreditar en el SOBRE Nº 1 "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA" haber efectuado, con una antelación mínima de un mes a la fecha prevista de inicio de la ejecución del contrato y, en todo caso, antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, la comunicación previa de inicio de la prestación de actividades sociales a través de un servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid y en los artículos 2 y 3 de la Orden 613/1990, de 6 de noviembre, de la Consejería de Integración Social, por la que se desarrolla el Decreto 6/1990, de 26 de enero, creador del Registro de Entidades que desarrollan actividades en el campo de la acción social y Servicios Sociales en la Comunidad de Madrid.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, la acreditación se efectuará con la comunicación previa de un servicio de acción social encuadrado en la tipología “Servicio de Ayuda a domicilio” y dirigido al sector de población “Conjunto de la población”, en la que conste el registro de entrada o con una certificación de la inscripción en el Registro de entidades, centros y servicios de acción social de la Comunidad de Madrid. Los licitadores podrán autorizar la consulta de este requisito por el órgano de contratación utilizando medios electrónicos mediante el Anexo IX del presente Pliego.”

El nuevo anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 28 de diciembre de 2012, siendo objeto de corrección de errores el 3 de enero de 2013, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 14 de enero. El valor estimado del contrato alcanza 42.307.692,30 euros.

AVANZA, ante la nueva licitación, presenta oferta a los cuatro lotes (frente al lote número 2 de la primera licitación).

Cuarto.- Con fecha 25 de enero de 2013, la Mesa de contratación notificó a AVANZA que la comunicación previa de inicio de actividad de un servicio de acción social debía indicar que estaba dirigido al sector de la población "conjunto de la población" o "personas con discapacidad", ya que la comunicación previa presentada por AVANZA se dirigía al sector de la "tercera edad", concediendo al efecto un plazo para subsanación.

La recurrente, dentro del plazo concedido presentó un escrito de comunicación de modificación del sector de la población al que se dirige el servicio fechado el 29 de enero de 2013.

Quinto.- Con fecha 1 de febrero de 2013 la Mesa de Contratación tras el examen de la documentación aportada dentro del plazo de subsanación acordó la exclusión de la recurrente al no acreditar que en fecha 14 de enero de 2013, en que finalizó el

plazo de presentación de proposiciones, la habilitación exigida en el apartado 6 del Anexo I del PCAP, en concreto, el sector de la población al que se dirige el servicio, concediendo un plazo de tres días para efectuar alegaciones. Dicha exclusión fue comunicada verbalmente en el acto público.

El 5 de febrero AVANZA presenta escrito solicitando motivación de la causa de la exclusión para poder interponer, en su caso, el correspondiente recurso. En contestación al mismo se remitió por la Secretaria de la Mesa de contratación escrito, de fecha 8 de febrero de 2013, informando motivadamente de las causas de la exclusión, indicando expresamente que no cumplía el requisito de habilitación en cuanto al sector de población exigido.

Sexto.- Con fecha 9 de febrero de 2013 se interpone por la empresa AVANZA recurso contra la actuación de la Mesa de Contratación celebrada el 1 de febrero de 2013 en la que se acuerda su exclusión. Solicita anular y dejar sin efecto el referido acto de exclusión de AVANZA admitiéndola de nuevo en la licitación.

Séptimo.- El 21 de febrero el órgano de contratación remite al Tribunal el recurso presentado y una copia del expediente de contratación con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Octavo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que dentro del citado plazo se haya formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La recurrente se encuentra legitimada al tratarse de una licitadora “cuyos

derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Segundo.- La interposición se ha producido dentro de plazo, pues el acuerdo de exclusión fue adoptado el 1 de febrero, notificado el 8 de febrero de 2013 e interpuesto el recurso ante el órgano de contratación el día 19, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2.b) del TRLCSP.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la licitación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y cuantía superior a 200.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b), en relación al 16.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- No consta que la recurrente hubiera realizado el anuncio previo, de interposición del recurso establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP. En relación con la falta de anuncio previo este Tribunal viene considerando en sus resoluciones que dicha deficiencia, debe tenerse por cumplida, por economía procedimental, entendiéndose que la finalidad de dicho anuncio es que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso, lo que en este caso se verifica al haberse interpuesto el recurso directamente ante el órgano de contratación, siendo en consecuencia, el conocimiento de la impugnación del acto de que se trate, por parte de éste inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe.

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Sexto.- Para acreditar la habilitación empresarial precisa para la realización del contrato, en el apartado 6 del Anexo I del PCAP, se exigía haber efectuado, antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, la comunicación previa de inicio de la prestación de actividades sociales a través de un servicio de acción social encuadrado en la tipología “servicio de ayuda a domicilio” y dirigido al sector de población “conjunto de la población”.

Para la acreditación exigida, AVANZA presentó un escrito de “comunicación previa al inicio de actividad de un servicio de acción social”, registrado el 20 de noviembre de 2012, en el que consta que el servicio es del sector “personas mayores”, de la tipología “ayuda a domicilio”, subtipo “atención personal”. Considerando que no se ajustaba a lo exigido en el PCAP, la Mesa de contratación concedió plazo de subsanación hasta el 30 de enero. Dentro del plazo concedido, AVANZA presentó escrito, registrado el 29 de enero de 2013, de “comunicación previa de actuaciones posteriores al inicio de actividad de un servicio de acción social” en el que se comunica la modificación del sector de atención, que será el “conjunto de la población”. La Mesa de contratación consideró que dicha documentación no subsanaba el defecto, pues era de fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

La recurrente alega que la Mesa de contratación está aplicando un excesivo rigor formalista que, por circunstancias de carácter accidental que además le son ajenas, le están causando un perjuicio irreparable, al dejarla fuera de la licitación por un motivo menor, que objetivamente no tiene trascendencia para medir la capacitación profesional como demuestra el hecho de que en la primera convocatoria ni siquiera se exigía, sin perjuicio además de las confusiones y errores en que ha incurrido la propia administración. Se muestra en desacuerdo con el argumento de la Mesa de contratación de que el plazo de subsanación que se concede para la acreditación del requisito no es un plazo adicional para el cumplimiento del mismo y considera subsanado en plazo el error en la

documentación, pues la comunicación inicial de 20 de noviembre era correcta y la modificación de 29 de enero un mero ajuste.

Alega la recurrente que presentó una modificación de la comunicación previa a efectos de incluir el sector “conjunto de la población” adaptándose, por tanto, a las exigencias del requerimiento, pero sin que, a su juicio, ello supusiera en ningún caso una modificación de la fecha de la comunicación previa, que seguía siendo la de 20 de noviembre de 2012.

El criterio seguido por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y mantenido por este Tribunal es que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación de ofertas. Si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que tal carácter lo reúnen aquellos defectos respecto de los que, del contenido de la aportación de documentos presentados para subsanar resulte acreditada su existencia en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, lo que puede subsanarse es solo algo que ya existía y que no ha sido aportado. En este sentido el informe 47/09, de 1 de febrero de 2010 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, indicó que *“el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en las Resoluciones 115/2012 y 7/2013.

Se considera, por tanto, que no es aceptable lo alegado en el recurso presentado por la empresa AVANZA, dado que en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones no cumplía el requisito de habilitación profesional en cuanto al sector de población al que va dirigido el tipo de servicio de acción social exigido se refiere. La modificación posterior, para adecuarse o adaptarse a lo requerido en el PCAP, durante el plazo de subsanación, no puede admitirse por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores que rige la contratación del sector público. La actuación de la Mesa de contratación no puede considerarse rigorista ni formalista, sino ajustada a Derecho.

Séptimo.- En segundo lugar considera la recurrente que existe contradicción entre el PCAP publicado en la primera convocatoria (12 de noviembre de 2012 y el publicado en la segunda convocatoria (28 de diciembre de 2012 y según corrección de errores de 2 de enero de 2013), pues la modificación del apartado 6 del Anexo I del PCAP no debía haber sido objeto de modificación ya que no había sido objeto de los recursos presentados y se trata de un apartado secundario y accidental, sin notificación expresa de dicha modificación a los licitadores lo que les sitúa en una situación de desventaja, confusión e indefensión puesto que pensando que los documentos ya presentados con correctos se encuentra con que no es así.

Tampoco puede admitirse esta alegación de la recurrente. Es cierto que el requisito de habilitación profesional no fue objeto de recurso y que nada respecto al mismo se disponía en las Resoluciones de este Tribunal. Sin embargo el órgano de contratación aún vinculado al cumplimiento de las Resoluciones, no puede verse limitado en la redacción de otras cláusulas que no siendo objeto de recurso considera mejorables en la nueva licitación que ha de convocar.

En la notificación que se remitió a la recurrente para que retirase la proposición presentada a la primera convocatoria se hacía constar que era “*para adaptarlas a la nueva licitación*”. Por otra parte el nuevo PCAP fue objeto de publicación y puesto a disposición de los posibles licitadores, entre ellos la

recurrente, por lo que, en todo momento pudo comprobar su contenido y los requisitos de habilitación profesional, en igualdad de condiciones que el resto de licitadores.

Octavo.- Finalmente la recurrente alega contradicción entre el apartado 6 del Anexo 1 del PCAP publicado en la segunda convocatoria y el objeto del contrato. Afirma que las necesidades administrativas que se pretenden cubrir comprende el servicio de ayuda a domicilio que no va dirigido al conjunto de la población, sino únicamente a las personas que lo necesitan, bien por edad, por enfermedad o por discapacidad. Por lo tanto, lo correcto es considerar que el sector de la población al que se dirige la prestación de ayuda a domicilio, no es el "conjunto de la población", como erróneamente se indica en el PCAP, sino el de las "personas en situación de dependencia".

Manifiesta que un error de ese tipo del contenido en el PCAP no dejaría de ser algo meramente anecdótico por su irrelevancia e incongruencia manifiesta, si no fuera porque con base en dicho error se está excluyendo de forma manifiestamente injusta a de la licitación a la recurrente.

Al respecto cabe recordar que mediante Orden 836/2012, de 21 de diciembre, se aprueban los nuevos Pliegos de Clausulas Administrativas Particulares, el expediente de contratación y se acuerda la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación, lo que significa una nueva licitación totalmente independiente de la anterior.

En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, en la cláusula 9 del PCAP se establece que *“la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad alguna”*.

Desde el momento en que la empresa presenta sus ofertas para licitar a los cuatro lotes, está admitiendo y aceptando el contenido íntegro de los nuevos Pliegos, toda vez que pudo haberlos impugnado y no lo hizo.

Asimismo, cabe añadir que la recurrente tampoco reunía el requisito de habilitación en el sector que alega que debió de ser el exigible en el PCAP (personas en situación de dependencia). Es decir, aunque lo alegado fuera aceptable, también incumpliría dicho requisito en la fecha en que era exigible, lo que también hubiera determinado su exclusión. Pero fue ese el motivo de su exclusión, sino la no posesión de la habilitación exigida en el pliego.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por Don J.L.T., en nombre y representación de Avanza Externalización de Servicios, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Asuntos Sociales, de fecha 1 de febrero de 2013, por el que se excluye a la recurrente de la licitación respecto al expediente de contratación 002/2013 "Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Cuatro lotes."

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.