Recurso 268/2022
Resolución 399/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 21 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL VICTORIA EUGENIA DE SEVILLA-CRUZ ROJA ESPAÑOLA**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Segundo concierto social para la prestación del servicio de atención infantil temprana en Andalucía" (Expte. CONTR 2021-707843, 77/2021) respecto de los lotes 8.A.3. Utrera y 8.C.1. Espartinas, convocado por la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de septiembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 20.284.992 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal. Asimismo se rige por su normativa específica establecida, entre otras normas, en el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

En la vigésimo novena sesión celebrada el 27 de junio de 2022, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la entidad HOSPITAL VICTORIA EUGENIA DE SEVILLA-CRUZ ROJA ESPAÑOLA, respecto de los lotes 8.A.3. Utrera y 8.C.1. Espartinas. El acuerdo de exclusión fue publicado en el perfil de contratante y notificado a la entidad recurrente el día 29 de junio de 2022.

SEGUNDO. El 5 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad HOSPITAL VICTORIA EUGENIA DE SEVILLA-CRUZ ROJA ESPAÑOLA (en adelante CRUZ-ROJA o la recurrente), contra el citado acuerdo de 27 de junio de 2022, por el que la mesa de contratación excluye su oferta respecto de los lotes 8.A.3. Utrera y 8.C.1. Espartinas.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo otorgado para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, respecto del lote impugnado, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación respecto de los lotes 8.A.3. Utrera y 8.C.1. Espartinas, de un contrato administrativo especial cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso y de las alegaciones de las partes, con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, las actuaciones realizadas que culminan con la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, por no acreditar esta de forma correcta la disposición de un centro en la zona geográfica de cada uno de los lotes mencionados.

Pues bien, en el anexo XV del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) se establecen los criterios de solvencia técnica o profesional. En el mismo, dentro del apartado *«otros requisitos»* se establece que las entidades licitadoras habrán de contar con un centro en la zona geográfica donde se encuentre el lote por

el que liciten. En este caso, se debe recordar que los lotes objeto de la controversia se circunscriben a Utrera y a Espartinas.

Pues bien, en el acta de la sesión vigésimo octava de la mesa de contratación, celebrada el 22 de junio de 2022, se procede al estudio de la documentación presentada por las distintas entidades licitadoras, respecto de la oferta de la recurrente y en lo que aquí interesa se indica lo siguiente: *«La entidad ha consignado en los anexos IX-A y IX- B de ambas ofertas que se compromete a ejecutar el contrato con estricta sujeción a los requisitos exigidos, de acuerdo con las condiciones ofertadas, en la Unidad de Desarrollo Infantil y Atención Temprana Especializada (UDITAE) del Hospital Victoria Eugenia de Cruz Roja Española en Sevilla, indicando además en el anexo IX-B la ubicación del centro».*

Ante esta incidencia, se indica en el acta de la sesión de 22 de junio: *«dado que de conformidad con lo establecido en el PCAP, para la ejecución del contrato se deberá contar con un centro que cumpla los criterios expresados en el pliego de prescripciones técnicas en la zona geográfica donde se encuentre el lote por el que licite»,* la mesa de contratación acuerda solicitar aclaraciones a la recurrente sobre este extremo.

En respuesta, la entidad presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta sobre esta cuestión lo siguiente: *«El hecho de que Cruz Roja Española no cuente con un centro para desarrollar la actividad en los términos municipales de Utrera y Espartinas no es un requisito excluyente para optar y ofertar a dicha licitación, siendo en todo caso baremable esa circunstancia, tal y como se desprende de la literalidad de lo preceptuado en el PCAP, según Anexo X, apartado B».*

Posteriormente, en la anteriormente mencionada sesión de la mesa de contratación vigésimo novena, de 27 de junio de 2022, tras hacer referencia a los hechos anteriormente reproducidos, se acuerda lo siguiente: *«De conformidad con lo establecido en el anexo XV del PCAP, para la ejecución del contrato deberá contar con un centro que cumpla los criterios expresados en el pliego de prescripciones técnicas en la zona geográfica donde se encuentre el lote por el que licite. Teniendo en cuenta que la declaración realizada es una manifestación clara de falta de solvencia técnica y en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad del procedimiento, se acuerda la exclusión de esta entidad en los lotes indicados, de lo que se da traslado al grupo de apoyo designado para su exclusión en la baremación de las ofertas en los lotes indicados».* Siendo este acuerdo el que recurre CRUZ ROJA en su escrito de impugnación.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Pues bien, la recurrente refuta la exclusión de su oferta argumentando en síntesis las siguientes cuestiones:
- Que el hecho de que no cuente con un centro para desarrollar la actividad ofertada en los lotes en los términos municipales de Utrera y Espartinas no es un requisito excluyente para presentar oferta a la indicada licitación, y que ello se desprende del propio PCAP y de sus anexos.
- Que en ninguna de las cláusulas del PCAP se establece que sea motivo de exclusión el hecho de que la Entidad licitadora no tenga un centro en los términos municipales de Utrera y Espartinas.
- Que muestra de que no es un motivo de exclusión es el hecho de que el apartado B del Anexo X del PCAP establece que la ubicación del centro ofertado en relación con la zona a la que se ha de atender, en función de su oferta, se barema con hasta un máximo de 20 puntos, por lo que este criterio entra en clara contradicción con la actuación de la Mesa de Contratación. Sobre esta cuestión, argumenta que si resulta correcta la actuación de la

mesa al entender que la no disposición de un centro ubicado en término municipal en el que se va a desarrollar la actividad es causa de exclusión, no resulta lógico -a su juicio- que esa circunstancia sea baremable.

Concluye que el acuerdo adoptado por la mesa de contratación por el que se excluye su oferta contraviene lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil en lo relativo a la aplicación de las normas y su interpretación, además de vulnerar flagrantemente el artículo 9.3 de la CE el que garantiza el principio de legalidad, la publicidad de las normas, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por lo que solicita su anulación con el objeto de que pueda continuar en el procedimiento de adjudicación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que la oferta de la entidad CRUZ ROJA fue correctamente excluida, en este sentido argumenta que:

- El anexo XV del PCAP establece que para la ejecución del contrato se deberá contar con un centro que cumpla los criterios expresados en el pliego de prescripciones técnicas en la zona geográfica donde se encuentre el lote por el que licite.
- Tras el requerimiento de aclaración efectuado a la entidad recurrente, a su juicio queda patente que la entidad no dispone de los medios materiales suficientes para la ejecución del contrato, en particular el centro en la zona geográfica donde se encuentre el lote por el que licite.
- Que, detectada la falta de solvencia técnica de la entidad para ejecución del contrato, desprendida de sus declaraciones, pese a no ser el momento procedimental oportuno en el que se constatan los requisitos de solvencia técnica, en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad del procedimiento, se adoptó el acuerdo de exclusión. Adicionalmente, antes de su adopción, la mesa realizó consulta verbal al Servicio de Acreditación de Centros con la finalidad de saber si la entidad había presentado alguna solicitud de autorización de funcionamiento, la cual debió haberse realizado con carácter anterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.
- Sobre la cuestión relativa a que la ubicación del centro es una cuestión objeto de valoración en el PCAP, afirma que el anexo X del PCAP establece unos criterios de adjudicación adicionales sólo para aquellos lotes que se circunscriben a las capitales de provincia señaladas (Jaén, Málaga y Sevilla) y que son expresamente mencionados en la letra B del apartado 8.4. del anexo X «*criterios de adjudicación y baremos de valoración del PCAP».*

Por lo anterior, solicita a este Tribunal que se desestime el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. Como punto de partida, se ha de indicar que el anexo XV del PCAP en el que se establecen los criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional indica dentro del apartado *«otros requisitos»* que las entidades licitadoras dispongan de *«un centro que cumpla los criterios expresados en el pliego de prescripciones técnicas en la zona geográfica donde se encuentre el lote por el que liciten».*

La recurrente comienza argumentando que el incumplimiento de este requisito no está establecido en el pliego que pueda conllevar la exclusión de su oferta.

Sobre esta cuestión se ha de puntualizar que el artículo 74 de la LCSP establece de forma taxativa 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»*, por tanto queda claro que la carencia de los requisitos establecidos en el PCAP para acreditar la solvencia han de conllevar inexorablemente a la exclusión del licitador del procedimiento de contratación.

Desde otra perspectiva, se ha de manifestar que el requisito de disponer de un centro en la zona geográfica del lote se establece, como se ha indicado, como concreción de las condiciones de solvencia -ex artículo 76 de la LCSP- en el PCAP. Cumple indicar que el contenido del artículo 139 de la LCSP dispone *"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (…)".* En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son *"lex inter partes"* o *"lex contractus"* y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

Sobre esta cuestión y a mayor abundamiento, dada la firmeza de los pliegos, cumple manifestar que teniendo en cuenta el objeto del presente procedimiento de contratación, la atención infantil temprana, parece proporcionada esta exigencia relativa a disponer un centro en la zona geográfica en la que se va a prestar el servicio, sobre esta cuestión se fundamenta en el anexo X del PCAP lo siguiente: *«al objeto de garantizar el arraigo de la persona menor atendida en el entorno donde se presta la Atención Infantil Temprana, los licitadores deberán contar con un Centro que cumpla con las condiciones exigidas en los Pliegos que rigen el Concierto Social en la localidad del lote al que se presenten».*

A los efectos relativos a la adecuación de las ofertas a los pliegos se ha sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: *"En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos."*

En relación a ello, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de *"pacta sunt servanda"*, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

En este sentido, como se ha indicado, la mesa de contratación tras la apertura del sobre nº3 de la oferta de la recurrente detecta que en los anexos IX-A y IX-B incluidos en su proposición se incluye un centro ubicado en el municipio de Sevilla, por lo que se incumple el requisito de solvencia establecido en el anexo XV del PCAP relativo a la disposición de un centro en la zona geográfica de cada lote -Utrera y en Espartinas-.

Ante esta situación la mesa de contratación en su sesión celebrada el 22 de junio de 2022 acuerda solicitar aclaraciones a la recurrente sobre esta cuestión -y otra adicional que no resulta objeto de controversia-. Resultando que tras el escrito presentado por la recurrente, en el que confirma que el centro ofertado es el sito en

el municipio de Sevilla, la mesa de contratación considera que queda verificado que la recurrente no acredita estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia exigidas en el PCAP, por lo que procede a excluirla del procedimiento, quedando reflejado el acuerdo en el acta de su sesión de 27 de junio de 2022.

La recurrente argumenta que esta cuestión no queda reflejada en el PCAP como causa de exclusión, sin embargo se ha de considerar que la solvencia es un requisito previo para poder contratar con la Administración así se establece en el artículo 74 de la LCSP y en la cláusula 6 del PCAP por lo que su falta de acreditación conlleva claramente la exclusión.

En segundo lugar, la recurrente manifiesta que es prueba de que esta cuestión no es un motivo de exclusión el hecho de que el apartado B del Anexo X del PCAP se establezca como criterio de adjudicación la ubicación del centro ofertado en relación con la zona a la que se ha de atender, con un máximo de 20 puntos.

Sobre lo anterior en el mencionado anexo X del PCAP -que recoge los criterios de adjudicación y baremos de valoración- se establece en su apartado 8 una serie de mejoras entre las que, efectivamente, se encuentra, la «B. Ubicación del Centro ofertado en relación con la zona a la que se ha de atender en función de su oferta. (Máximo 20 puntos)» en la que se indica lo siguiente:

> *«Al objeto de garantizar el arraigo de la persona menor atendida en el entorno donde se presta la Atención Infantil Temprana, los licitadores deberán contar con un Centro que cumpla con las condiciones exigidas en los Pliegos que rigen el Concierto Social en la localidad del lote al que se presenten. No obstante, en las capitales de provincia señaladas en estos mismos Pliegos (Jaén, Málaga y Sevilla), cuyas localidades se encuentran divididas en varios lotes, se entenderá cumplida dicha condición de solvencia con la posesión de un Centro en la citada capital, sin quedar circunscrita a cualquiera de los lotes en que se ha dividido. Sin embargo, y atendiendo al criterio de garantizar el arraigo de la persona menor atendida en el entorno donde se presta la Atención Infantil Temprana, se valorará que el Centro ofertado se encuentre ubicado en la zona, en función del lote que se valore, en el entorno donde se ha previsto la necesidad de la prestación del servicio, atendiendo al Código Postal de la dirección del Centro ofertado, en función del siguiente baremo:»*

Pues bien, en el apartado mencionado por la recurrente, relativo a las mejoras, se indica de forma previa a su desarrollo que las mismas resultan de aplicación únicamente a determinados lotes, no a todos, y en concreto, respecto de la mejora relativa a la ubicación del centro se recoge un listado de lotes a los que se aplica entre los que no se encuentran los que constituyen el objeto de la controversia: -8.A.3. Utrera y 8.C.1. Espartinas-. En este sentido, y como se desprende de la propia literalidad de la mejora, la misma se aplica a las capitales de provincia señaladas que abarcan varios lotes -cada lote una zona de la capital- donde se ha de cumplir con el requisito de disponer un centro en el área geográfica -la capital de provincia- pero se valora la proximidad a la zona determinada por el lote concreto, cuestión que como se ha mencionado no resulta de aplicación ni a Utrera ni a Espartinas. Por tanto, como decimos no cabe dar la razón a la recurrente.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso interpuesto.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL VICTORIA EUGENIA DE SEVILLA-CRUZ ROJA ESPAÑOLA**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Segundo concierto social para la prestación del servicio de atención infantil

temprana en Andalucía" (Expte. CONTR 2021-707843, 77/2021) respecto de los lotes 8.A.3. Utrera y 8.C.1. Espartinas, convocado por la Consejería de Salud y Familias

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.