

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

En Madrid, a 4 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Nuevos Tiempos Consultores, S.L., contra el Decreto de Alcaldía nº 450/2020 de fecha 8 de mayo de 2020, por el que se excluye a la recurrente de la licitación al contrato de servicios “Colaboración y mantenimiento de la gestión operativa de recursos humanos para el Ayuntamiento de Collado Villalba” número de expediente 2891/2019 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Collado Mediano, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 27 de febrero de 2020, 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 101.323,72 euros y su plazo de duración será de cuatro años.

A la presente licitación se presentaron 8 licitadores.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recursos *diversas cláusula del anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).*

“1.14.4. Solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse por el siguiente medio conforme al artículo 90.1 de la LCSP 9/2017.

En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por, al menos, uno de los medios siguientes:

a) 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 los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. 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.

Actividad realizada de igual o similar naturaleza sobre el CPV objeto de este contrato y otros sistemas de clasificación de actividades o productos asimilables a mismo CPV, con 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).

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control

de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma, habilitados para la ejecución del contrato de acuerdo con la normativa correspondiente para su habilitación.

e) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

f) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de directivos durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

f) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

1.20 Subcontratación (Cláusula Veintiséis).

Dadas las características personalísimas del contrato **no** se permite la subcontratación parcial, ni la cesión del mismo.

2.- Criterio de valoración de una Memoria a presentar por el licitante sobre el desarrollo y cumplimiento del servicio en relación al Pliego de Prescripciones Técnicas y el presente Pliego: hasta 25 puntos.

Memoria firmada por el representante del licitante con la presentación y explicación del proyecto de implantación en las siguientes categorías y valoración:

1. Confección de nóminas mensuales: hasta 2,0 puntos.
2. Gestión de impuestos: hasta 2,0 puntos.
3. Gestión para con la Seguridad Social: hasta 2,0 puntos.
4. Gestión de contratos: hasta 2,0 puntos.
5. Actividades de gestión/asesoría laboral y jurídico laboral: hasta 2,0 puntos.

6. Acceso a una plataforma cloud donde se facilita el acceso a un portal del empleado que mediante clave y contraseña el trabajador puede descargar su nómina y accede a copia de su contrato personal, al menos, con otras posibilidades que se indican en la Memoria. Hasta 5,0 puntos.
7. Otras posibilidades que pueda permitir la plataforma al trabajador, tal como obtener copia de su contrato y similares, documentos informativos en la materia. Hasta 3,0 puntos.
8. Compromiso de actualización de datos y legislación aplicable en materia laboral, fiscal, con Seguridad Social. Indicando el periodo de actualización. Hasta 2,0 puntos.
- 9.- Obtención de informes globales totales, por grupo de trabajadores, de costes pasados y simulaciones de futuras de contrataciones o cambios retributivos. Hasta 4,0 puntos.
- 10.- Opción de acceso al portal del empleado y sus funcionalidades adaptado a teléfono móvil, detallándolo en la Memoria. Asigna 1 punto”.

Con fecha 27 de abril de 2020, la Mesa de contratación requiere de documentación adicional a la presentada en el archivo 1 a siete de las ocho empresas licitadoras.

Recibiendo la documentación requerida en plazo y forma de cinco de ellas y procediendo a aceptar la propuesta de solo tres de las ocho iniciales.

No consta en el expediente el acta de la Mesa de contratación fechada donde se acuerde la exclusión de las cinco empresas.

Con fecha 8 de mayo y mediante Decreto de la Alcaldía se notifica a la recurrente la exclusión de su oferta.

Se ha procedido a la apertura de las ofertas técnicas presentadas por las empresas licitadoras admitidas, no habiéndose pronunciado aún la Mesa de contratación sobre la calificación de dichas propuestas.

Tercero.- El 12 de mayo de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Nuevos Tiempos Consultores S.L., en el que solicita la anulación del Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Collado Mediano nº 450/2020 y en consecuencia su admisión al proceso de licitación.

El 26 de mayo de 2020, 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 transpone 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).

Cuarto.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 7 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Asimismo, mediante la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, con extensión de la medida a los recursos especiales.

No obstante lo anterior, la tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse adoptado acuerdo por este Tribunal en fecha 14 de mayo a solicitud del recurrente.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos

en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 8 de mayo de 2020, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 12 de mayo de 2020, 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 exclusión adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en la determinación de la procedencia de las causas de exclusión de la oferta presentada por la recurrente.

Nuevos Tiempos Consultores, S.L., considera que la Mesa de contratación solicitó la por medio de la subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, la acreditación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos a la oferta y que según el propio PCAP serán el contenido del archivo dos, oferta técnica. Aspectos requeridos que además constituyen criterios de adjudicación.

Mantiene que la Mesa de contratación ha confundido solvencia con criterios de adjudicación y en consecuencia las causas que motivan su exclusión no deben ser traídas a colación en este momento procesal, sino en el propio de valoración de las ofertas. Invoca distintas resoluciones de Tribunales Especiales de Contratación que versan sobre la diferencia entre los conceptos mencionados.

Manifiesta también que la forma de acreditar la solvencia técnica y profesional recogida en el PCAP es exagerada pues reproduce todas las posibilidades que brinda el art. 90 de la LCSP en lugar de haber escogido alguna de las posibles formas de acreditación de las allí enunciadas.

Por su parte el órgano de contratación alega que no ha confundido en ningún momento los criterios de solvencia y de adjudicación. Indica que la intención de la Mesa de contratación ha sido comprobar que la empresa podrá ejecutar el contrato objeto de licitación de conformidad con los requisitos exigidos en el PPTP.

Manifiesta asimismo que no solo ha comprobado la imposibilidad de cumplir los requisitos, sino que además la propia recurrente en su escrito de subsanación dirigido a la Mesa de contratación, reconoce que parte de la prestación la efectuará mediante servicios de otra empresa, incluyendo textualmente dicha manifestación que se reproduce: *“el servicio de gestión de las nóminas y contratos laborales de manera*

electrónica se llevará a cabo a través de www.tupuestodetrabajo.com, nuestro servicio específico de sede electrónica de la empresa de software Add4u', así como que 'haremos uso' (...) 'para la gestión y confección de nóminas con las licencias oportunas: servicios informáticos de Office 365 de Microsoft, software específico de gestión de nóminas DelSol'. Añade que: 'comprobado por Internet se verifica que es otra entidad la titular de la aplicación. Tampoco indica su capacidad en cloud'".

Considera por una parte que en ningún momento se ha licitado este contrato por parte de la recurrente en UTE con ninguna empresa y recuerda que la subcontratación está prohibida según se establece en el PCAP.

Concretadas las posiciones de las partes, debemos recordar que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal del 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 calidades, concretamente en el caso de los contratos de servicio los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores de la prestación objeto de la contratación, y que por lo tanto implican unos mínimos que deben realizarse. Recae por tanto en los poderes adjudicadores la responsabilidad de definir en los pliegos las exigencias que delimitarán la ejecución del contrato de forma que resulten proporcionadas y permitan la ejecución del mismo en sus propios términos, comprobando su cumplimiento en fase de licitación y

posteriormente de adjudicación. 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.

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 y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Los requisitos mínimos exigidos y la forma de acreditación de la solvencia y los criterios de adjudicación establecidos han sido aceptados por el licitador con la sola presentación de su oferta tal y como establece el art. 139.1 de la LCSP, por lo que ahora no es momento ya de invocar un posible motivo de impugnación de los pliegos de condiciones.

Dicho lo cual se ha de advertir que ambas partes están confundiendo distintos conceptos jurídicos propios de la contratación.

Por un lado, se encuentra la forma de acreditar la solvencia que enunciada en la cláusula 1.14.4. del Anexo 1 del PCAP, no puede ser variada por el órgano de contratación a su propia voluntad. El apartado 140.3 de la LCSP no habilita al órgano de contratación más que para requerir la documentación que acredite la solvencia técnica o económica previamente declarada responsablemente por el licitador y no otras circunstancias o requisitos que afecten a la oferta propuesta, es decir los requisitos previos para licitar.

La solvencia puede definirse como la capacidad de la empresa para presentarse a la licitación, se refiere única y exclusivamente a la empresa, nunca a la oferta que esta puede presentar. Por dicho motivo su admisión es previa a la calificación y comprobación de la oferta.

El requerimiento de documentación que forma parte de la oferta técnica que se presentará en el sobre dos y será valorada mediante juicio de valor, no puede adelantarse a este momento procesal de admisión de oferta. En este caso concreto el apartado 2 del Anexo I al PCAP establece: *“Criterio de valoración de una Memoria a presentar por el licitante sobre el desarrollo y cumplimiento del servicio en relación al Pliego de Prescripciones Técnicas y el presente Pliego: hasta 25 puntos”*, por lo que claramente el órgano de contratación ha definido en el PCAP el momento de comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el PPTP, por lo que ahora no puede desdecirse y cambiar unilateralmente el momento y forma de comprobación.

Si bien es cierto que el incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones y en este caso concretamente en el PPTP es una causa de exclusión de ofertas, siendo además competente la Mesa de contratación para la adopción de dicho acuerdo, sin necesidad de toma de acuerdo por parte del órgano de contratación, esta facultad de la mesa tiene su momento procesal oportuno, que es cuando conoce la oferta, en concreto la oferta técnica que se valora en este caso bajo juicio de valor. Tal y como se ha manifestado en los fundamentos de hecho de la presente resolución.

El recurrente ha presentado correctamente tanto la declaración responsable como aquella documentación referida a la acreditación de la solvencia técnica requerida, por lo que procede su admisión a la licitación.

Se advierte al órgano de contratación que la subcontratación se define como la prestación de parte del servicio a través de otra empresa. Parece que del informe al recurso formulado por el Ayuntamiento de Collado Mediano, considera subcontratación la compra, alquiler o cualquier otra forma de posesión de bienes o suministros necesarios para la ejecución del contrato, como puede ser la plataforma cloud no es más que un espacio que se alquila a un proveedor por tiempo y cantidad determinada o software disponibles en el mercado y que se utilizan como

herramientas de trabajo, toda vez que el desarrollo de estas aplicaciones comportan su licencia de uso por terceros, siendo el caso más ilustrativo el Microsoft office.

Por todo lo expuesto este Tribunal considera que la Mesa de contratación primero y el órgano de contratación después han exigido documentación al recurrente en un momento procesal que no correspondía por lo que se estima el recurso interpuesto, anulando su exclusión y retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de calificación de la documentación relativa a los requisitos previos exigidos a la empresa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Nuevos Tiempos Consultores S.L. contra el Decreto de Alcaldía nº 450/2020 de fecha 8 de mayo de 2020, por el que se excluye a la recurrente de la licitación al contrato de servicios “Colaboración y mantenimiento de la gestión operativa de recursos humanos para el Ayuntamiento de Collado Villalba” número de expediente 2891/2019, anulando el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente y retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de calificación de la documentación relativa al cumplimiento de los requisitos previos exigidos a la empresa.

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.- No levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 14 de mayo de 2020, al estar pendiente de resolución otro recurso interpuesto contra el mismo contrato.

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.