

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

En Madrid, a 1 de septiembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Peoplecert Internacional LTD (en adelante Peoplecert) contra la Orden 2140/2022, de 26 de julio 2022, de la Vicepresidencia y Consejería de Educación, Universidades, por la que se adjudica del contrato de servicios denominado “prestación de los servicios de aplicación, calificación y certificación de las pruebas de nivel lingüístico en inglés, de los alumnos escolarizados en 6º de educación primaria en el curso 2021-2022, de centros educativos públicos bilingües y privados concertados bilingües en la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-017187/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 29 de diciembre de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 3 de enero de 2022 en el DOUE y el 7 de enero en el BOCM, se convocó la licitación del contrato “*Aplicación, calificación y certificación de las pruebas de nivel lingüístico en inglés, en el curso*”

2021/2022 de los alumnos de centros docentes públicos bilingües y privados concertados bilingües en la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-042892/2021, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 5.423.157,18 euros y su plazo de duración será de siete meses.

Segundo.- Antecedentes

El 4 de febrero de 2022, se reúne la mesa de contratación para la apertura de la documentación administrativa y se acuerda inadmitir a la licitación a una empresa al no subsanar los defectos detectados. En consecuencia, la única empresa admitida a la licitación es la recurrente.

El 10 de febrero de 2022, se procede a la apertura del sobre 2 relativo a los criterios sujetos a juicio valor.

El 22 de febrero de 2022, se procede a la apertura de las proposiciones económicas, en la que Peoplecert oferta un porcentaje de reducción de los precios unitarios de un 41 % para el lote 1 y un 42,3 % para el lote 2 incurriendo en presunción de anormalidad por lo que se le requiere para que justifique su oferta.

A la vista de la justificación el 14 de marzo de 2022, la Dirección General de Bilingüismo y Calidad de la Enseñanza, emite informe en el que concluye que no queda justificado el bajo nivel de la oferta económica presentada, informe que es aceptado por la mesa de contratación y acuerda rechazar las proposiciones económicas ofertadas para ambos lotes y proponer al órgano de contratación que declare desierta la licitación.

Mediante la Orden 558/2022, de 15 de marzo, se declara desierta la licitación del presente expediente de contratación por no estar justificadas satisfactoriamente las proposiciones económicas incursas en presunción de anormalidad, ofertadas a ambos lotes por la única empresa admitida a la licitación.

Mediante la Orden 558/2022, de 15 de marzo, se declara desierta la licitación del presente expediente de contratación por no estar justificadas satisfactoriamente las proposiciones económicas incursas en presunción de anormalidad, ofertadas a ambos lotes por la única empresa admitida a la licitación.

El 5 de abril de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Pleoplecert en el que solicita se anule el acuerdo de declaración de desierto del procedimiento, se admita su oferta y en consecuencia se le adjudique el contrato. Además, solicita la suspensión del procedimiento así como cualquier trámite por parte de la Consejería que pudiese frustrar la ejecución del contrato.

Por Resolución 162/2022, de fecha 21 de abril, este Tribunal desestima el recurso interpuesto, considerándose la declaración de desierto del procedimiento de licitación como acto firme.

Mediante Orden nº 1527/2022, de 1 de junio, de la Consejería de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía, se aprobó el expediente de contratación y acordó la apertura de procedimiento negociado sin publicidad, para la adjudicación, mediante pluralidad de criterios, del servicio de **“aplicación, calificación y certificación de las pruebas de nivel lingüístico en inglés, de los alumnos escolarizados en 6º de educación primaria en el curso 2021-2022, de centros educativos públicos bilingües y privados concertados bilingües en la Comunidad de Madrid”**, de conformidad con lo previsto en los artículos 131.2 y 168.a 2º).

Con fecha 1 de junio de 2022 se remitieron invitaciones para participar en el procedimiento de contratación a las empresas University Of Cambridge, Oxford University Press España S.A y Trinity College London indicando un plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente al de recepción de la invitación para presentar sus ofertas.

Mediante Orden nº 2140/2022, de 26 de julio, del Vicepresidente, Consejero de Educación y Universidades se adjudica el contrato de servicios de *“aplicación, calificación y certificación de las pruebas de nivel lingüístico en inglés, de los alumnos escolarizados en 6º de educación primaria en el curso 2021-2022, de centros educativos públicos bilingües y privados concertados bilingües en la Comunidad de Madrid”*, a University of Cambridge procediendo a su publicación en el perfil del contratante del Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid con fecha 28 de julio de 2022.

Tercero.- El 18 de agosto de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Peoplecert International LTD, en el que solicita la nulidad de todo el procedimiento de contratación al no haber sido invitado a participar en el procedimiento negociado descrito en el anterior epígrafe.

El 22 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 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de

organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 26 de agosto, la adjudicataria manifiesta su intención de no presentar alegaciones.

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 potencial licitador, *“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 26 de julio de 2022, publicada en el perfil de contratante el 28 de julio de 2022, momento en que el recurrente conoció la adjudicación acordada, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 18 de agosto de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1d) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación 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 el recurrente pretende no solo la nulidad de la adjudicación, sino que extiende la acción impugnatoria a los pliegos, las invitaciones de participación cursadas y al procedimiento de contratación en su globalidad por hallarse este viciado por la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho.

Todo ello fundamentado en la ausencia de invitación a licitar, a pesar que debería haberlo sido de forma preceptiva.

Indica su desconocimiento del procedimiento negociado sin publicidad hasta la publicación del acuerdo de adjudicación del Contrato a University of Cambridge en el perfil del contratante del órgano de contratación.

Considera que la doctrina de los Tribunales administrativos especializados en contratación ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a la posibilidad de que, en supuestos como el que nos ocupa, esto es de procedimientos negociados sin publicidad, el recurrente que no ha sido invitado a participar en el procedimiento pueda, a través de la impugnación del acuerdo de adjudicación, solicitar la declaración de nulidad del conjunto del procedimiento de contratación si concurre en el mismo una causa de nulidad de pleno Derecho como ocurre de forma evidente en el presente caso.

Invoca por todas la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 205/2022, de 10 de febrero de 2022, dese aquí por reproducida.

Manifiesta el recurrente que: *“Al amparo de la doctrina citada ha de concluirse, pues, en primer lugar que PEOPLECERT goza de legitimación activa para recurrir por cuanto no sólo posee los requisitos para ser invitada en el procedimiento de*

contratación negociado sin publicidad que se impugna sino que había de serlo preceptivamente por imperio de la Ley; y, en segundo lugar, que a través de la impugnación inmediata del Acuerdo de Adjudicación pueden impugnarse los pliegos del procedimiento, las invitaciones a participar en el mismo y el procedimiento en su conjunto por cuanto al tratarse de un procedimiento sin publicidad mi mandante no pudo tener conocimiento del mismo hasta la publicación del Acuerdo de Adjudicación en el perfil del contratante del órgano de contratación”.

En otro orden de cuestiones pone en evidencia el error de determinación correcta del artículo que ampara la tramitación mediante procedimiento negociado sin publicidad cuando con anterioridad el procedimiento abierto tramitado haya resultado desierto al ser las ofertas presentadas inaceptables.

En definitiva, considera que: *“En efecto, la terminación del procedimiento abierto A/SER-042892/2021 se corresponde estrictamente con el supuesto de hecho previsto por la letra e) del art. 167 LCSP por cuanto aquél procedimiento fue declarado desierto por cuanto la única oferta admitida a licitación, la de PEOPLECERT, fue considerada anormalmente baja por el órgano de contratación.*

Por consiguiente, es preciso concluir que el único supuesto de los previstos por el art. 168 LCSP que podía habilitar o amparar la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad ahora impugnado era el previsto en el 168.b)2º por remisión al art. 167.e)”.

Invoca diversas resoluciones del TACRC que consideran que solo a las empresas participantes en la licitación ordinaria, deben ser invitadas en la extraordinaria (procedimiento negociado sin publicidad).

Considera, por lo tanto, y de acuerdo con la doctrina del TACRC citada, Peoplecert debió ser preceptiva y obligatoriamente invitada a participar en el procedimiento negociado sin publicidad que ahora se impugna, y no debieron serlo las tres licitadoras invitadas por el órgano de contratación ya que, pudiendo hacerlo, no tomaron parte en el procedimiento A/SER-042892/2021.

Concluye con la solicitud de nulidad de todo el procedimiento negociado sin publicidad al incurrir en causa de nulidad según se determina en el artículo 39 de la LCSP y en consecuencia promover una nulidad total del expediente de licitación que nos ocupa.

Por su parte el órgano de contratación en su escrito de contestación manifiesta que no se trata de un error la referencia al artículo 168 a1º) sino la referencia a la causa que posibilita la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad, al considerar tal y como establece este precepto que no se ha presentado ninguna oferta, ninguna solicitud de participación o ninguna solicitud de participación adecuada, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente.

Hace constar el órgano de contratación que : *“La única modificación planteada ha sido el calendario de realización de las pruebas establecido en la cláusula tercera - Plazos de ejecución del pliego de prescripciones técnicas, ante la imposibilidad material de mantener el mismo, en este nuevo procedimiento; y teniendo en cuenta la necesidad de la realización de las pruebas en unos plazos concretos, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 28 de la LCSP, se consideró necesario que esta cláusula será fuese tanto objeto de negociación como criterio de adjudicación, al amparo de lo previsto en el artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE. Asimismo, y exclusivamente por criterio de agilidad administrativa se consideró pertinente que la presente licitación exclusivamente alcanzase el Lote 1 del expediente, A/SER- 042892/2021, respetando tanto el objeto del contrato como el precio base de licitación”*.

Por último, indica que: *“si bien Peoplecert International en su alegación quinta sostiene el vicio de nulidad de pleno derecho en la tramitación del procedimiento, señalar que en ningún momento referencia alguna de las causas previstas en el artículo 39 de la LCSP y que hubiese podido conllevar la presunta nulidad de pleno derecho que alega”*.

Vistas las oposiciones de las partes, debemos centrar el objeto del recurso en determinar qué apartado del artículo 168 es aplicable a este caso concreto. Como ya hemos puesto de manifiesto al procedimiento abierto antecedente se presentaron dos ofertas, una de ellas fue excluida por no subsanar la documentación previa para licitar, la segunda y recurrente en este recurso fue inadmitida por no justificar la viabilidad de su oferta.

La oferta en su momento presentada por Peoplecert fue declarada temeraria y en consecuencia el artículo 167 e) de la LCSP la considera o califica como oferta irregular:

“ e) Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables.

Se consideraran irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación. Se consideraran inaceptables, en particular las ofertas presentadas por los licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal y como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación”.

Por lo tanto podemos afirmar que la oferta presentada por la recurrente en el procedimiento abierto antecedente se categoriza como oferta inaceptable.

Si volvemos al apartado a 1º) del artículo 168, comprobamos que el procedimiento negociado sin publicidad allí regulado se basa en la ausencia de ofertas, ofertas adecuadas o solicitud de participación, que corresponde al trámite de los procedimientos restringidos que en este caso no nos concierne.

Por lo tanto nos enfrentamos a dos definiciones, oferta inadecuada y oferta irregular, que condicionan el procedimiento negociado a aplicar en los casos de declaración del procedimiento antecedente como desierto.

Inicialmente la norma no considera sinónimos las ofertas irregulares o no adecuadas, sino que regula y se refiere a ellas de forma separada como provocadoras de un procedimiento negociado sin publicidad tras el fracaso de la adjudicación en el abierto o restringido antecedente.

Sin embargo, se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación.

El TJUE, en Sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C-250/07, entendió que una oferta no acorde con la normativa de aplicación, impidiendo satisfacer la necesidad pública objeto de licitación, debía calificarse como inadecuada, y no como irregular: *“la falta de conformidad de las ofertas presentadas con tales especificaciones—en referencia a determinadas exigencias legales en materia de protección ambiental—impide a la entidad adjudicadora llevar a cabo de manera válida el proyecto para el que se lanzó la convocatoria de licitación, dicha no conformidad no constituye una mera imprecisión o un simple detalle, sino que, por el contrario, debe considerarse que impide a las referidas ofertas satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora. Ahora bien, tales ofertas deben, como admitió la propia Comisión ante el Tribunal de Justicia, ser calificadas de «inadecuadas» en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38”*.

Por lo tanto, en este caso claramente el supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad se encuentra recogido en el artículo 168 b 2) al referirse concretamente a las ofertas irregulares e inaceptables descritas en el artículo 167 e).

De esta forma, deshace la igualdad o equivalencia que podría plantear los términos oferta inadecuada, al definir claramente cuáles son las ofertas irregulares o inaceptables, y considerar otro supuesto de utilización del procedimiento negociado

sin publicidad cuando la declaración de desierto del procedimiento abierto antecedente obedezca a la existencia de ofertas así calificadas.

El apartado a1) del artículo 168 se ha venido utilizando en aquellos casos en los que ni se hubieran presentado ofertas al procedimiento abierto. Esa carencia de licitadores hace posible que las invitaciones propias del procedimiento negociado no se vean afectadas por imposiciones más allá de librar invitación a tres potenciales licitadores. De hecho, de extender la categoría de inadecuada a todas las ofertas presentadas e inadmitidas, dejaría sin contenido ni razón de ser al supuesto recogido en el artículo 168 b2) de la LCSP.

El recurrente considera que la invitación debe librarse solo a él, interpretación que basa en distintas resoluciones del Tribunal Administrativo Central.

La Resolución del TACRC 788/2022, de fecha 1 de julio de 2022, manifiesta que *“la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el art. 26.4 dispone: “Los Estados miembros establecerán asimismo que los poderes adjudicadores puedan aplicar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo en las siguientes situaciones:*

(...)

b) con respecto a las obras, suministros o servicios en los que, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables. En tales situaciones, los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 57 a 64 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación”.

Por tanto, aunque el actual art. 168.b).2º LCSP, no diga ya de forma expresa que el procedimiento negociado sin publicidad, en los supuestos del art. 167.e) LCSP, exige incluir en la negociación a todos los licitadores que en el procedimiento antecedente hubiesen presentado ofertas irregulares o inaceptables pero conforme

a los requisitos formales y solo a ellos, este requisito sigue estando implícito pues sigue presente en la Directiva 2014/24.

El criterio que aquí se acoge ha sido mantenido en nuestras resoluciones nº 869/2020 y 151/2022 (esta segunda para reconocer legitimación a las recurrentes que habían presentado oferta en el procedimiento ordinario previamente tramitado)”.

Más recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de fecha 16 de junio de 2022 asunto C-376/2021, establece que: *“en aplicación de los artículos 26b) y 32.2.a) de la Directiva 2014/24/UE, (...) El artículo 32, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, en relación con el artículo 18, apartado 1, de esta, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2015/2170, debe interpretarse en el sentido de que un órgano de contratación puede dirigirse, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador”.*

En consecuencia y al amparo de los artículos 167e) y 168 2b) es necesario que para que se pueda tramitar el procedimiento negociado sin publicidad en este caso concreto, sea invitado únicamente el recurrente, pues su oferta es irregular, pero adecuada y cumplió con las condiciones formales del procedimiento antecedente.

Vista la estimación del motivo principal del recurso, esto es, la obligación de invitar a presentar oferta al recurrente en el procedimiento negociado número de

expediente A/SER-017187/2022, resta ahora fundamentar la solicitud de nulidad del procedimiento desarrollado al amparo de lo dispuesto en el artículo 39 de la LCSP.

Esta norma de la ley contractual remite al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) las causas de nulidad de un procedimiento de contratación añadiendo otras de marcado y exclusivo carácter contractual.

El artículo 47.1e) de la LPACAP establece como causa de nulidad de los actos: *“Los dictados prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

En este caso, el haber prescindido de las reglas establecidas en los artículos 167e) y 168 b 2º), vician el resto de actos y en consecuencia devienen nulos, por lo que este Tribunal debe estimar en su totalidad el recurso presentado y declarar nula la licitación: *“Aplicación, calificación y certificación de las pruebas de nivel lingüístico en inglés, en el curso 2021/2022 de los alumnos de centros docentes públicos bilingües y privados concertados bilingües en la Comunidad de Madrid,”* número de expediente A/SER-017187/2022.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Peoplecert Internacional LTD contra la Orden 2140/2022, de 26

de julio 2022, de la Vicepresidencia y Consejería de Educación, Universidades, por la que se adjudica el contrato de servicios denominado “prestación de los servicios de aplicación, calificación y certificación de las pruebas de nivel lingüístico en inglés, de los alumnos escolarizados en 6º de educación primaria en el curso 2021-2022, de centros educativos públicos bilingües y privados concertados bilingües en la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-017187/2022, declarando nulas todas las actuaciones.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 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.