

Recurso nº 76/2020

Resolución nº 98/2020

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

En Madrid, a 21 de mayo de 2020.

VISTO el escrito presentado por la representación de la empresa Fantasía Extraescolares, S.L. (en adelante, FE), formulando recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de exclusión, imposición de penalización y declaración de deserto, adoptado por la Junta de Gobierno Local el 9 de marzo de 2020, en el procedimiento de adjudicación del “Lote 1: taller de inglés” del contrato de servicios “Talleres de idiomas de la Concejalía de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Torrelodones”, número de expediente 09CA-201959, dividido en tres lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria para la licitación del contrato de referencia, se publicó el 15 de octubre de 2019 en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, con un valor estimado total del contrato de 134.748 euros, 78.603 euros para el lote 1, y un plazo de ejecución de enero a junio de 2020, prorrogable por curso escolar hasta en tres ocasiones (octubre de 2020 a junio 2021, octubre 2021 a junio 2022 y octubre 2022 a junio 2023).

Segundo.- A la convocatoria del contrato ha concurrido una única empresa, con la oferta presentada al Lote 1 por la recurrente.

Con fecha 10 de enero de 2020 la Mesa de contratación formula propuesta de adjudicación a favor de la empresa recurrente, requerimiento a FE la documentación necesaria para realizar la adjudicación del contrato. Los lotes 2 y 3 quedan desiertos por ausencia de licitadores.

El 4 de febrero el Ayuntamiento emite informe técnico concluyendo que FE no justifica la solvencia técnica/profesional requerida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). El 20 de febrero se le notifica a la recurrente la propuesta de imposición de penalidades, exclusión y declaración de desierta de la licitación, concediéndole un plazo de audiencia de 5 días hábiles para la formulación de alegaciones.

El 26 de febrero la recurrente presentó escrito de alegaciones, adjuntando documentación adjunta, que fueron desestimadas mediante informe del Secretario del Ayuntamiento de Torrelodones de fecha 27 de febrero, acordándose el 9 de marzo de 2020 por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrelodones la exclusión, imposición de penalización y declaración de desierto del lote 1 del contrato objeto de impugnación.

Tercero.- Con fecha 12 de marzo de 2020 se ha recibido en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de la representación de FE, en el que solicita se declare nulo el acuerdo recurrido, con retroacción de las actuaciones y concesión de plazo para la subsanación de la documentación presentada. Asimismo, solicita el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Cuarto.- EL 11 de mayo de 2020 este Tribunal recibió del órgano de contratación el

expediente de contratación acompañado del informe preceptivo establecido 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).

El Ayuntamiento informa que el PCAP contiene cuantos requisitos exigen las disposiciones aplicables vigentes considerando que tanto la forma de adjudicación como los trámites del contrato son correctos jurídicamente.

Quinto.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso especial quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 10 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.

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, 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.- FE impugna su exclusión, penalización y declaración de desierto del procedimiento de contratación estando legitimada para recurrir por tratarse de una empresa licitadora al contrato, cuya proposición podría llegar a ser adjudicataria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece: “*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*”.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido el 12 de marzo de 2020 ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP, dado que el acuerdo fue adoptado el 9 de marzo y notificado a la recurrente el 11 de marzo de 2020.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión y declaración de desierto de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Resulta de interés para la resolución del presente recurso lo dispuesto en las cláusulas 1.7 y 16 del PCAP:

Cláusula 1. Características del contrato.

7. - Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

“1.2. Técnica y profesional.

- *Relación de los principales servicios o trabajos de igual naturaleza a los que*

constituyen el objeto del contrato realizados durante los últimos tres años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. Será necesario contar con experiencia mínima de 1 año en la prestación de servicios similares, debiendo ser el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato.

- Acreditación de la formación y experiencia de los profesionales encargados de la ejecución del contrato, según el siguiente detalle:
 - Formación acreditada para la enseñanza del idioma: certificado de aptitud pedagógica o certificado específico de enseñanza de idioma para adultos (por ejemplo, para enseñanza de inglés, CELTA, DELTA, TESOL, TEFL, TESL).
 - Acreditación de conocimientos de idiomas:
 - Lotes 1 y 2 (talleres de inglés y francés): ser nativo o disponer de acreditación de nivel C1 o C2 del Marco Común Europeo de Referencia de las Lenguas o similar (según tabla de equivalencias del Anexo).
 - Lote 3 (...)
- Experiencia en la impartición de talleres similares (según el lote) y en la conducción de grupos de personas adultas, de al menos:
 - 1000 horas en los últimos 3 años para el Lote 1.
 - (...)

Los licitadores deben comprometerse a la adscripción de los siguientes medios personales y/o materiales:

- Medios personales: el profesional o profesionales necesarios para la ejecución del servicio, según el proyecto presentado, en el que deberán incluirse los CV de los profesionales asignados.
- Medios materiales: los indicados en la propuesta técnica valorada.

Las prestaciones objeto del contrato deben realizarse en el Centro Integrado de Servicios Sociales,...”.

(...)

“25.- Información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores de la empresa que están prestando servicio en la actualidad:

Según lo establecido en el artículo 38 del Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural.

Se adjunta (Anexo III) la relación del personal que actualmente presta sus servicios en esta prestación, detallando en cada caso el convenio colectivo aplicado en cada caso, su categoría profesional, antigüedad y salario”.

“Cláusula 16. Propuesta de adjudicación.

La Mesa de contratación calificará, cuando proceda, la documentación aportada y, si observa defectos u omisiones subsanables, se lo comunicará al interesado a través del tablón de anuncios electrónico de la Plataforma de Contratación Pública del Estado, concediéndose un plazo no superior a tres días naturales para que el licitador los corrija o subsane o para que presente aclaraciones o documentos complementarios.

Si el licitador no presenta la documentación requerida en el plazo señalado, si no la subsana, en su caso, o si del examen de la aportada se comprueba que no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 71.2 a) de la LCSP, asimismo, se le exigirá el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad. En estos supuestos la Mesa de contratación propondrá al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, previa acreditación de su capacidad para contratar con el Ayuntamiento, mediante la presentación de la documentación correspondiente en el plazo establecido para ello.

Posteriormente, la Mesa de contratación elevará al órgano de contratación las ofertas, junto con los informes emitidos, en su caso, el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en el apartado 9 de la cláusula 1.

La propuesta de adjudicación de la mesa de contratación no crea derecho alguno en favor del empresario propuesto, que no los adquirirá, respecto a la Administración, mientras no se haya formalizado el contrato”.

El ANEXO III del PCAP recoge el personal a subrogar, conteniendo información relativa a 5 profesores titulares con indicación de Categoría, TC, Jornada, % Jornada, Antigüedad, Fin contrato, y S. Bruto + Plus dedicación, pero sin indicar la especialidad (inglés, francés o alemán).

La recurrente manifiesta que no ha lugar a la exclusión, ni a la sanción ni a la declaración de desierto del procedimiento, alegando la obligatoriedad, por parte del órgano de contratación, de haber otorgado plazo de subsanación a través de la Plataforma de Contratación Pública, como dispone la cláusula 16 del PCAP, incidiendo en que los pliegos son ley del contrato, con cita a los efectos de diversas Resoluciones del TACRC y de este Tribunal.

FE afirma que cumple con los requisitos exigidos, y si no ha justificado, a criterio del órgano de contratación, la solvencia técnica requerida, solicita que se le otorgue el plazo de subsanación legalmente establecido (y explícitamente recogido en los pliegos que rigen esta licitación), mediante la publicación de dicho requerimiento de subsanación en la Plataforma de Contratación Pública del Estado. Por ello aduce que no estamos ante una inexistencia de solvencia técnica sino ante una acreditación incorrecta de dicha solvencia y por ello se le ha de dar la posibilidad de subsanar.

Además, expone que la exclusión por no acreditar la solvencia técnica carece de sentido pues la puede acreditar, incidiendo también en la obligación legal de subrogar al personal que actualmente prestaba servicio, el cual se entiende cumple con los requisitos de la convocatoria, por lo que, incluso si la acreditación tras la subsanación no fuera satisfactoria, la solvencia técnica estaría asegurada por continuar con el personal recogido en el Anexo III del PCAP, que seguiría ofreciendo la misma calidad técnica al servicio. Asimismo, respecto del personal subrogado insiste en las dificultades que la anterior adjudicataria le estaba poniendo a la hora

de recibir la documentación, acompañando escrito del que ya dio traslado al órgano de contratación.

Por otra parte, alega que el órgano de contratación no puede declarar desierta la licitación cuando alguno de los licitadores cumple con los requisitos exigidos, en este caso la recurrente por ser la única licitadora, como dispone el artículo 150.3 de la LCSP.

Por último, de conformidad con el artículo 58.1 de la LCSP, solicita indemnización por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la infracción legal expuesta en este recurso, por cuantía equivalente al resultado de considerar los costes reflejados en cláusula primera del PCAP. Esto es, habrá de recibir el 24,29% sobre 31,49 euros (importe ofertado IVA excluido), por cada hora desde enero hasta la fecha de resolución del recurso, respecto de 7 grupos de dos horas semanales, a razón de 2,57% por imprevistos, más 8,26% de beneficio y el 13,36% de costes indirectos, aportando como prueba la distribución de horarios y costes que recoge el PCAP. En el supuesto de entender el Tribunal que no procede dicha indemnización, solicita se le resarza de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta y la participación en el procedimiento de contratación.

Por su parte el órgano de contratación considera que la tramitación del expediente ha sido adecuada, al no cumplir la recurrente la solvencia técnica exigida en el PCAP. En su informe alega que FE no aporta los CV de los dos profesionales propuestos para la ejecución del contrato (J.M. y M.I.O.), no obstante, adjunta la acreditación necesaria de conocimiento del idioma inglés, si bien ninguna de ellas acredita disponer de la formación necesaria para la enseñanza del idioma, relativa a la experiencia de 1.000 horas en la impartición de talleres similares y en la conducción de grupos de personas adultas.

Por ello, considerando lo establecido en el artículo 150 de la LCSP la Secretaría del Ayuntamiento emitió informe el 13 de febrero, proponiendo la

imposición de penalidades, por valor del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, y la exclusión de la empresa, así como la declaración de desierta de la licitación, por ser FE la única empresa que había presentado oferta al Lote 1. Con fecha 20 de febrero se notificó a la recurrente la propuesta, concediéndole un plazo de audiencia de 5 días hábiles para la formulación de alegaciones, recogiendo en el escrito la transcripción íntegra del informe emitido sobre la falta de acreditación de la solvencia profesional exigida.

El 26 de febrero FE presentó escrito de alegaciones y la documentación necesaria para subsanar la aportada inicialmente, incluyendo solo la referida a una de las profesionales adscritas M. I. O., por lo que aún en el supuesto de admitirse y analizarse esta documentación, faltaría la solvencia profesional del segundo profesional adscrito J. M., del que en ningún momento se ha aportado acreditación de la formación necesaria para la enseñanza del idioma ni de su experiencia profesional.

El 9 de marzo la Junta Local desestima las alegaciones de FE, por los motivos indicados en el informe emitido por el Secretario del Ayuntamiento el 27 de febrero, afirmando que en la audiencia se le da traslado a la empresa de los incumplimientos, que la PCSP no es el medio idóneo ni exclusivo para la remisión de notificaciones, y que con independencia de los problemas que la empresa tenga para la contratación de personal es su obligación el cumplimiento de los pliegos, sin que pueda retrasarse sine die la acreditación de las obligaciones contractuales manteniéndose las posibilidades de contratación. Por ello, teniendo en cuenta que hasta este momento la empresa no ha presentado la totalidad de la documentación que acredite el cumplimiento de los deberes establecidos en el pliego el Ayuntamiento desestima las alegaciones, impone una penalización de 393,01 euros (3% del Presupuesto base de licitación, IVA excluido), excluye de la licitación a FE por no acreditar la solvencia técnica, y declara desierta la licitación del Lote 1.

Este Tribunal, a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes, considera que se deben analizar las siguientes cuestiones de fondo: de un lado, la decisión de exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación por el órgano de contratación, con el consiguiente acuerdo de declarar desierta la licitación por haberse presentado a la convocatoria del lote impugnado una única oferta; y, de otro lado, la solicitud de indemnización por parte del licitador así como el acuerdo de penalización del Ayuntamiento de Torrelodones.

Con carácter previo al pronunciamiento sobre las dos cuestiones planteadas conviene mencionar que el artículo 150 de la LCSP dispone al regular la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato, en su apartado 2 que una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de los requisitos previos para contratar con la Administración, si no se hubiera aportado con anterioridad; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido. Asimismo, en el segundo párrafo del apartado 3 el citado artículo prevé que “*No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego*”.

En relación con la exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación se comprueba, en la documentación que obra en el expediente, que FE no cumple con el requisito de solvencia técnica en los términos exigidos en la cláusula 1.7 del PCAP, baste indicar a estos efectos que respecto de la única profesional de la que

aporta experiencia en la impartición de talleres solo acredita 720 horas, por tanto incumple lo dispuesto en el pliego y en los artículos 65.1, 74 y 90 de la LCSP, por lo que procede el rechazo de su oferta.

Por otra parte, el órgano de contratación en un principio también incumple lo previsto en el artículo 16 del PCAP, por no conceder plazo de subsanación a la recurrente al observar defectos en la comúnmente denominada documentación administrativa presentada por FE, lo que sin duda es contrario a lo dispuesto en el artículo 141.2 de la LCSP, aplicable según criterio unánime al requerimiento de documentación previsto en el artículo 150.2 de la LCSP. No obstante, el citado defecto de tramitación se considera solventado con la posibilidad dada, posteriormente por el órgano de contratación, en el trámite de audiencia que además fue aprovechado por el recurrente para aportar documentación.

De lo expuesto se debe concluir que procede la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación, por no acreditar la solvencia técnica requerida, sin que quepa conceder un nuevo plazo de subsanación, y en consecuencia procede la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación del Lote 1, al no existir oferta admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el PCAP, por lo que se desestima este motivo de recurso.

Por lo que respecta al acuerdo de penalización a FE por no cumplir adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado por el Ayuntamiento de Torrelodones, este Tribunal considera que, dado que el órgano de contratación tampoco cumplió adecuadamente con el plazo de subsanación, no se puede entender que hay una retirada de oferta por parte del licitador sin que proceda en consecuencia la exigencia de penalidad. En definitiva, por la recurrente no se da una retirada expresa de oferta, de los hechos no se desprende una clara imputabilidad, ni se pueda dudar de la buena fe contractual de FE, por lo que no procede la imposición de penalidad al propuesto como adjudicatario, estimándose este motivo de impugnación.

Por último, dado que la resolución del recurso no tiene carácter enteramente estimatorio, puesto que se desestima el motivo principal de impugnación al no ser admisible la oferta presentada y proceder la declaración de deserto del procedimiento de adjudicación, de ninguna manera procede la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la recurrente.

Por todo lo expuesto, este Tribunal estima parcialmente el recurso presentado procediendo el rechazo de la oferta de la recurrente y la declaración de deserto del procedimiento, pero no la imposición de penalización a FE, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 1 y 16 del PCAP y los artículos 65, 74, 90, 141 y 150 de la LCSP.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Fantasía Extraescolares, S.L., contra el Acuerdo de exclusión e imposición de penalización y declaración de deserto, adoptado por la Junta de Gobierno Local el 9 de marzo de 2020, en el procedimiento de adjudicación del “Lote 1: taller de inglés” del contrato de servicios “Talleres de idiomas de la Concejalía de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Torrelodones”, dividido en tres lotes, número de expediente 09CA-201959, de conformidad con lo expuesto en el fundamento quinto de la presente resolución.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.