

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

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.A.G., en nombre y representación Serprofes, S.L., contra la exclusión de su oferta de la licitación del contrato “Servicio para la realización del proyecto POEJ en el municipio de Rivas-Vaciamadrid, en el marco del sistema nacional de garantía juvenil, cofinanciado en un 91,89% por el Fondo Social Europeo destinado a la integración sostenible de los jóvenes en el mercado de trabajo. Marco de Intervención del Fondo Social Europeo 2014-2020”, número de expediente: 000004/18-CMAY, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de febrero de 2018, se publica en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios todos ellos valorables, mediante fórmula. El valor estimado del contrato es de 726.119,80 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que la cláusula 7.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), señala que la empresa adjudicataria

dispondrá de determinado personal que será adscrito al programa, en concreto un equipo de formación, un equipo técnico de orientación laboral, y un equipo técnico de Promoción Empresarial. Respecto del equipo docente, señala el PPT que no se pueden presentar más de dos docentes por módulo formativo, por lo que *“Teniendo en cuenta que cada módulo formativo del certificado de profesionalidad podrá ser impartido como máximo por dos formadores, se deberá incluir un docente de reserva para evitar que se suspenda el curso en caso que el docente titular cause baja o enfermedad, que cumplirá el perfil mínimo exigido”*.

En concreto la cláusula 8 establece que la documentación acreditativa de la puesta a disposición del contrato de los medios humanos precisos se hará en el sobre 2, y la cláusula 9 establece entre la documentación a aportar para acreditar la aptitud del equipo docente distinguiendo en función del módulo a impartir: *“En caso de las acciones formativas del certificado de profesionalidad en las que se exige que el docente disponga de diligencia de acreditación para la impartición de los módulos que componen cada certificado. Se presentará:*

- *Fotocopia compulsada de la Diligencia expedida por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.*

- *Fotocopia de D.N.I.*

En el caso de las especialidades formativas no incluidas en un Certificado de Profesionalidad, el profesorado presentará la documentación necesaria para acreditar el nivel académico, la experiencia profesional requerida y la competencia docente mínima exigida. Para ello presentará, debidamente detallado:

- *Curriculum del docente (Anexo 2).*

- *Fotocopia de D.N.I.*

- *Fotocopia compulsada por ambas caras de la titulación mínima exigida.*

- *Certificado de vida laboral actualizado junto con los contratos de trabajo.*

- *Documentación que acredite la competencia docente”*.

Por otro lado en la cláusula 7 del PPT se indica que *“La empresa adjudicataria sólo podrá realizar cambios en el equipo docente excepcionalmente y por causas de fuerza mayor, respetando necesariamente los mínimos exigidos por la normativa vigente y el perfil presentado en su oferta”*.

Por último la cláusula 10 del PPT a la que se remite el PCAP establece entre otros criterios de adjudicación, la atribución de hasta 5 puntos a razón de 1 punto por cada módulo para el que aparezca diligenciado el formador/a correspondiente a otros certificados de profesionalidad. En cuanto al equipo técnico de orientación laboral y el Equipo técnico de Promoción Empresarial, se puntuará la experiencia adicional por encima de los mínimos exigidos en la cláusula octava, con hasta 5 puntos a razón de 1 punto por cada año.

Segundo.- A la licitación se presentaron seis empresas, una de ellas la recurrente.

Con fecha 3 de abril de 2018, la Mesa de contratación procede a la apertura del sobre nº 2, cuya documentación incluye la solvencia técnica, que fue remitida a los servicios técnicos de la Concejalía, que el día 16 de abril de 2018 emite informe en el que considera que procede requerir a la recurrente para que subsane la documentación presentada.

En la sesión de la Mesa de contratación de fecha 27 de abril de 2018 a la vista de la documentación presentada y del informe elaborado de nuevo por los servicios técnicos de la Concejalía, se acuerda excluir la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación por considerar que no ha subsanado la oferta, ya que propone nuevos profesores no incluidos en la documentación del sobre 2 y por que *“la cláusula 7.2 de los pliegos de prescripciones técnicas establece la obligación de le empresa de presentar docentes de reserva para los itinerarios de certificados de profesionalidad en el sobre 2. Dicha documentación ha sido presentada por primera vez en el plazo de subsanación proponiendo 4 profesores nuevos que no fueron incluidos en el sobre 2 en el plazo establecido”*.

Dicho acuerdo se notificó con fecha 30 de abril recibándose la notificación el día 7 de mayo de 2018.

Tercero.- El 29 de mayo de 2018 la empresa Serprofes, S.L., presentó recurso especial en materia de contratación, previo el anuncio al órgano de contratación,

contra su exclusión y subsidiariamente contra la convocatoria del procedimiento de licitación por considerar “*vulneradas las obligaciones legales de publicar la apertura de ofertas y los miembros de la mesa de contratación, anulando los acuerdos adoptados por la mesa de contratación en sus reuniones de 27 de marzo, 3 de abril, 19 de abril y 27 de abril, todas ellas de 2018, y retrotraer el procedimiento al momento que los actos no hayan incurrido en vicios o no resulten imposibles de convalidar* “. Así mismo se solicita, en virtud de lo dispuesto en el art. 47.3 del TRLCSP, que se proceda a imponer al Ayuntamiento como entidad contratante indemnización por los daños y perjuicios causados.

El órgano de contratación no remitió inicialmente al Tribunal copia del expediente administrativo y el informe preceptivo exigido en el artículo 56 de la LCSP, habiendo sido requerido para ello con fecha 29 de mayo, reiterándose el requerimiento el día 21 de junio de 2018. Finalmente el 25 de junio se atendió el requerimiento, remitiéndose la copia del expediente y el informe del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el Acuerdo de fecha 27 de abril de 2018, por el que se declara la exclusión de la recurrente, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que presentó su proposición a la licitación del contrato de servicios, resultando excluida y “*cuyos derechos e intereses legítimos,*

individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) del LCSP. Se plantea asimismo la ilegalidad de la convocatoria de forma subsidiaria, acto que asimismo es recurrible de conformidad con el apartado 2.a del artículo 44.

Cuarto.- En cuanto al plazo del recurso, de acuerdo con lo establecido en el apartado c) del artículo 51 de la LCSP el plazo de quince días hábiles para interposición de recurso cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación comenzará a correr *“a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*. En este caso si bien la notificación se remitió el día 30 de abril la recurrente afirma que se recibió el día 7 de mayo, momento que conforme a lo anterior constituye el *dies a quo* del cómputo, y que al no haber sido contradicho por el órgano de contratación debe tenerse por cierto. Por lo tanto el recurso presentado el día 29 del mismo mes contra la exclusión se presentó dentro del plazo establecido para ello.

Caso distinto es el de la impugnación subsidiaria de la convocatoria por los defectos legales invocados, (falta de publicación de la composición de la mesa de contratación y las fechas de apertura de las ofertas) que la recurrente conoció y estuvo en disposición de hacer valer desde el momento de la publicación del anuncio que tuvo lugar en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid el día 14 de febrero de 2018, por lo que el recurso es extemporáneo en cuanto a esta pretensión.

Quinto.- El recurso solicita que se deje sin efecto el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente por entender que ha acreditado los medios personales requeridos conforme a lo establecido en los pliegos.

No se discute la obligatoriedad de los medios personales a aportar ni su alcance, en los términos de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, que como es sabido 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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Únicamente se plantea la adecuación a derecho de la decisión de exclusión derivada de la modificación de la propuesta inicial al sustituir a unos profesionales por otros y ofrecer por primera vez los docentes de reserva al parecer omitidos de la documentación inicialmente presentada.

En concreto en el requerimiento de subsanación se indica *“Para el itinerario de Gestión de recursos humanos presentan como profesora a doña D.M.V. que no acredita diligenciados todos los módulos del certificado ADFD0208, únicamente tres, tal y como se exige en el Anexo I de Prescripciones Técnicas.*

No proponen docentes de reserva en los itinerarios de certificados de profesionalidad (gestión de recursos humanos y atención socio sanitaria en instituciones sociales) de acuerdo con lo establecido en la cláusula 7.2.

Respecto al equipo de orientación y promoción con las personas propuestas quedaría acreditado salvo en lo referente a:

La orientadora doña F.C.P., con la documentación presentado no se acredita suficientemente la experiencia en 3 años en los últimos 6 exigida en los pliegos.

La promotora doña M.G.H., con la documentación presentada no se acredita suficientemente la experiencia en 3 años en los últimos 6 exigida en los pliegos.”

Consta en el acta correspondiente a la sesión de la Mesa de 27 de abril de 2018, en la que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente que el motivo de su exclusión es *“propone nuevos profesores no incluidos en la documentación del sobre 2 (...)”* y respecto de los docentes de reserva que *“Dicha documentación ha sido presentada por primera vez en el plazo de subsanación proponiendo 4 profesores nuevos que no fueron incluidos en el sobre 2 en el plazo establecido”*.

El órgano de contratación señala en el informe remitido el 25 de junio que la exigencia de presentar declaración responsable de la aportación de medios personales y su comprobación por medio de la documentación correspondiente en el sobre 2 *“trae causa de la necesidad de establecer en el pliego una lógica para la presentación de ofertas, al recoger el mismo, en los criterios de adjudicación, la valoración de las características de los recursos humanos aportados para la ejecución del contrato, en aquellos aspectos que excedan de los mínimos exigidos por el pliego, suponiendo una valoración de 45 puntos sobre un total de 100”*. Considera que existe obligatoriedad de la presentación de todos y cada uno de los miembros que componen el equipo de formación como un requisito esencial de la oferta a la fecha de finalización del plazo de presentación y no a posteriori. A ello añade que en el momento de presentación de la oferta no existían profesores de reserva, circunstancia que la recurrente no niega.

Es criterio reiterado de los tribunales de recursos contractuales que el compromiso de adscripción de medios del artículo 64.2 del TRLCSP no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, de la que constituye un plus, pues así como ésta ha de acreditarse por todos los licitadores al tiempo de concurrir a la licitación, so pena de exclusión, los licitadores sólo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción de medios, cuya acreditación sólo cabe exigir al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, sea propuesto como adjudicatario. El TACPCM en su Resolución 138/2018, expone la

doctrina sobre la adscripción de medios, el momento de su acreditación, subsanación y posibilidad de sustitución.

Por otro lado de acuerdo con lo manifestado por el TACRC en la Resolución 163/2014, de 28 de febrero, resulta posible el cambio o sustitución de los medios adscritos al contrato *“En definitiva, la empresa se obliga a prestar el servicio contratado contando en todo momento con personal que disponga de la titulación y experiencia requeridos en los pliegos, sin que sea exigible que el personal adscrito a la ejecución del contrato tenga que coincidir con el personal propuesto en fase de licitación, pudiendo hacer cambios en el equipo, tanto a iniciativa de la empresa como a iniciativa del trabajador, siendo esta una cuestión que debe afectar únicamente al ámbito interno de las relaciones internas la empresas y sus trabajadores, sin afectar al cumplimiento del contrato, si el trabajador que deja de formar parte del equipo es sustituido inmediatamente por otro trabajador que cumpla igualmente los requisitos exigidos en el pliego.*

En consecuencia, de imponerse –como, en el presente caso se impone- en el pliego como “obligación esencial del contrato” a los efectos previstos en el artículo 223 f) del TRLCSP el compromiso de la empresa de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes para ello, que cumplan los requisitos fijados al efecto, será causa de resolución del contrato el hecho de que dejen de estar adscritos a la ejecución del contrato trabajadores que cumplan dichos requisitos, mas no el hecho de que dejen de formar parte del equipo las personas individualmente identificadas por el licitador al ser requerido para acreditar la disponibilidad efectiva de medios personales con carácter previo a la adjudicación.”

Con carácter general no es exigible que el equipo humano propuesto forme parte en el momento de la presentación de ofertas de la plantilla de la empresa oferente, lo que sería más propio de la solvencia, referida a elementos de la propia empresa, que de criterios de adjudicación referentes a la calidad de la oferta. Lo que sí es exigible, es que el personal ofertado manifieste de algún modo su disponibilidad para incorporarse a la plantilla que va encargarse de la prestación objeto del contrato, lo que deberá ser comprobado por el órgano de contratación.

Sin embargo en este caso no cabe desconocer que además de como adscripción de medios el equipo técnico a adscribir al contrato es valorable en cuanto al exceso de certificados y de experiencia por encima del mínimo exigido, de manera que la falta de aportación de documentación precisa para valorar la oferta determinaría la no valoración, pero no la exclusión.

De esta forma, recapitulando, tal y como ya se indicaba en la Resolución de este Tribunal 279/2016, si la exigencia ha sido establecido como requisito de solvencia procedería conceder plazo de subsanación, si se ha configurado como compromiso de adscripción de medios, el momento de acreditación, será el establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP por el licitador que ha formulado la oferta económicamente más ventajosa y si se ha establecido como criterio de adjudicación, la consecuencia de la omisión de la acreditación no es la exclusión sino la no obtención de puntuación en el criterio correspondiente.

A la vista de lo cual, entiende el Tribunal que el órgano de contratación no siguió ninguna de las pautas anteriores al no permitir la sustitución de los medios inicialmente adscritos. Esta conducta por otra parte no es congruente con la propia solicitud de acreditación respecto de los docentes de reserva puesto que consta que no se habían presentado, de forma que cualquier subsanación de este aspecto necesariamente sería posterior a la fecha de presentación de ofertas. En todo caso dado que el requisito se configura claramente como un supuesto de adscripción de medios ya que la cláusula 7.2 que la establece se refiere en todo caso a la empresa adjudicataria y se diferencia de la cláusula 8 reguladora de los requisitos de solvencia, cabe la subsanación con posibilidad de sustitución, sin perjuicio de que en el supuesto de que las condiciones entre el personal propuesto inicialmente y el objeto de sustitución no fueran las mismas, no deberán asignarse los puntos relativos a la mejora de la oferta debiendo tenerse por no puestos, al suponer un caso de modificación de la oferta.

Por todo lo anterior procede estimar el recurso.

Sexto.- Este Tribunal debe pronunciarse asimismo sobre la indemnización solicitada por la recurrente en aplicación del artículo 47.5 del TRLCSP “incluso el que pudiera derivarse si como consecuencia de la exclusión de la oferta se la ha privado de ser adjudicataria del contrato”.

Cabe señalar, que sin perjuicio de que el precepto aplicable sea el artículo 58.1 de la LCSP, la recurrente no cuantifica ni acredita en modo alguno qué perjuicios se le han irrogado de forma que, amén de haber sido estimado su recurso con lo que el daño derivado de la exclusión no se ha materializado, no cabe acceder a la solicitud planteada, toda vez que el indicado precepto se remite en cuanto al régimen de la indemnización a lo dispuesto en el Título, Preliminar Capítulo IV, de la Ley 40/2015, de 2 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, que en su artículo 32 exige que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, lo que obviamente exige su concreción actividad que la recurrente no ha realizado.

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, interpuesto doña M.A.G., en nombre y representación Serprofes, S.L., contra la exclusión de su oferta de la licitación del contrato “Servicio para la realización del proyecto POEJ en el municipio de Rivas-Vaciamadrid, en el marco del sistema nacional de garantía juvenil, cofinanciado en un 91,89% por el Fondo Social Europeo destinado a la integración sostenible de los jóvenes en el mercado de trabajo. Marco de Intervención del Fondo Social Europeo 2014-2020”, número de expediente: 000004/18-CMAY.

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.- 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.