

Recurso nº 372/2023
Resolución nº 382/2023

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

En Madrid, a 19 de octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO S.A, contra el acuerdo de la mesa de contratación de la Consejería de Digitalización de fecha 2 de octubre de 2023 por la que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato “Plan de aprendizaje digital de la Comunidad de Madrid, en el marco del “plan de recuperación, transformación y resiliencia - financiado por la unión europea – Next generation EU”, expediente ECON/000097/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11 y 14 de agosto de 2023, se publicó, respectivamente, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el anuncio de licitación y los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 5.992.416,25 euros y un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron cinco empresas entre ellas la recurrente.

La mesa de contratación en su reunión de 26 de septiembre de 2023, procedió a la calificación de la documentación a la que hace referencia el artículo 140 de la LCSP.

Varios de los licitadores, entre ellos la recurrente, debían proceder a la subsanación de los errores u omisiones subsanables advertidos, para lo que se concedió a los interesados de plazo hasta el 29 de septiembre de 2023.

Con fecha 2 de octubre de 2023, se reúne la mesa de contratación para la apertura y comprobación de la documentación presentada para la subsanación de los defectos u omisiones observados en el acto de calificación, resultando que GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO no ha subsanado correctamente y en el plazo indicado, la documentación requerida, por lo que se declara su exclusión a la licitación.

Con fecha 11 de octubre de 2023, GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta.

Tercero.- El 17 de octubre de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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.- 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 46.1 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.- La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación con un interés legítimo, conforme al 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 de exclusión se adoptó el 2 de octubre de 2023, siendo notificado el 4 del mismo e interpuesto el recurso el día 11, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión 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.- El recurso se fundamenta en la indebida exclusión de su oferta la licitación.

En el requerimiento de subsanación se hacía constar:

“1. En el DEUC aportado por la empresa GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO S.A. se indica que el operador se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV de dicho documento. Igualmente

indica que tiene la intención de subcontratar una parte con terceros. Se solicita aclaración sobre este aspecto.

Se solicita la confirmación sobre la integración de la solvencia con medios de la empresa indicada en el segundo DEUC aportado. En este caso, además debe aportar documento de compromiso, suscrito por la empresa con la que va a integrar la solvencia, de poner a disposición de GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO S.A. los medios necesarios durante la vigencia del contrato, de conformidad con lo indicado en el artículo 75 de la LCSP.

2. Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales: Deberán presentar el Documento de Compromiso que se indica en la Cláusula 1 Apartado 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas”.

Los motivos de exclusión que constan en el acuerdo de la mesa de contratación son los siguientes:

“En el requerimiento efectuado, se le solicitaba la subsanación de los siguientes defectos y omisiones observados en la documentación administrativa presentada:

1. En el DEUC aportado por la empresa GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO S.A. se indicaba que el operador se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV de dicho documento. Igualmente indicaba que tiene la intención de subcontratar una parte con terceros. Se solicitó aclaración sobre este aspecto.

Se solicitó la confirmación sobre la integración de la solvencia con medios de la empresa indicada en el segundo DEUC aportado. En este caso, además debe aportar documento de compromiso, suscrito por la empresa con la que va a integrar la solvencia, de poner a disposición de GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO S.A. los medios necesarios durante la vigencia del contrato, de conformidad con lo indicado en el artículo 75 de la LCSP.

2. Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales:

Debían presentar el Documento de Compromiso que se indica en la Cláusula 1 Apartado 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas.

En la documentación aportada por la empresa para la subsanación de los defectos observados, en fecha 29 de septiembre de 2023, se subsana la documentación requerida en el punto 1 anterior, pero no presenta el Documento de Compromiso que se indica en la Cláusula 1 Apartado 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas y en el apartado 7 de la Cláusula 12 de dicho pliego.

Por lo expuesto, se acordó la exclusión de la licitación de la empresa GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO, S.A”.

La Cláusula 1 Apartado 6 del PCAP establece “Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales: Sí Documento de compromiso en el que señale, que de resultar adjudicatario del contrato, pondrá a disposición del servicio los medios materiales y humanos necesarios y adecuados para la correcta prestación del servicio objeto del contrato, que cumpla los requerimientos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Cláusula 12.7 del PCAP “Documento de compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales:

Los licitadores deberán presentar el Documento de Compromiso que se indica en la Cláusula 1 Apartado 6 del presente pliego”.

La cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que “El Adjudicatario deberá disponer de un Equipo de Trabajo adecuado para la prestación del Servicio, y dimensionado correctamente durante toda la vida del Contrato para cumplir sobradamente con la satisfacción de los alumnos y la de la Agencia, para la respuesta rápida ante los requerimientos y las incidencias, con los parámetros de calidad, y con el ANS....

Todas las personas del Equipo de Trabajo tendrán la titulación, formación y la experiencia profesional adecuadas para conseguir la excelencia en el Servicio. La titulación, formación y experiencia mínima requeridas se detallan en el Anexo 2 (“Requisitos de titulación, formación y experiencia del Equipo de Trabajo”).

La recurrente alega que con fecha 29 de septiembre de dos mil veintitrés, presentó, declaración suscrita por D. J. D. S. en representación de la entidad HEDIMA DN Formación S.L.U., donde se señala que esta entidad *“pone a disposición de la entidad Gestión del Conocimiento S.A. la solvencia y medios necesarios durante toda la ejecución del contrato de referencia”*. Por tanto, en un mismo documento, se aclara que recurre a la integración de solvencia por medios externos facilitada por la entidad HEDIMA DN FORMACIÓN, y también, que contará con los medios necesarios durante toda la ejecución del contrato de referencia y, por tanto, con todos los medios personales y material exigidos en el Pliego.

Considera que esta declaración y su contenido es válida y suficiente, no en vano no existe en la documentación anexa a los Pliegos, modelo o contenido mínimo de esta declaración de medios personales y materiales, por lo en una misma declaración responsable recogió ambas cuestiones, esto es, lo referente a la integración de la solvencia, así como el compromiso de adscripción a la ejecución de medios personales y/o materiales.

Por otro lado, alega que la entidad GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO se trata de una mercantil perteneciente al mismo grupo empresarial (HEDIMA) que la sociedad que les presta la solvencia y los medios a adscribir a la ejecución del contrato. Se declaró en el escrito denominado *“DR SUBSANACIÓN AGENCIA DIGITAL_fdo”*, presentado junto al resto de documentación comprensiva de la subsanación, en el que se mencionaba expresamente que, ambas compañías, pertenecían al mismo grupo empresarial y qué se pretendía subcontratar y con quién. Igualmente, entre la documentación que se adjuntó inicialmente con su oferta, ya constaba una declaración en la que se referenciaban todas las empresas que conforman el grupo empresarial, por lo que la información estuvo siempre disponible para la mesa de contratación.

Finalmente, alega falta de motivación del acuerdo.

Solicita la adopción de medidas cautelares suspendiendo el procedimiento de licitación.

Por su parte, el órgano de contratación alega que en la documentación aportada por la recurrente en el sobre nº 1, no consta la presentación del Documento de Compromiso exigido en los pliegos. El 29 de septiembre, dentro del plazo otorgado al efecto, la empresa presenta la documentación de subsanación de los defectos observados, entre ella documento Hedima DN Formación SLU donde declara poner a disposición de la recurrente medios necesarios durante toda la ejecución del contrato de referencia, pero no aporta el Documento de Compromiso que se indica en la Cláusula 1 Apartado 6 del PCAP.

Señala que, debido a la complejidad del contrato y a la importancia del mismo para el personal de la Administración de la Comunidad de Madrid, dicho compromiso, cuyo requerimiento habilita el artículo 76 de la LCSP, en el contrato que nos ocupa es relevante, ya que en el contrato es determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato. En estos casos, el órgano de contratación ha de exigir la aportación de dicho compromiso. La petición tanto en el Pliego como en el documento de subsanación era clara, concisa, no dejaba lugar a distintas interpretaciones, y no provocó error en el resto de licitadores que aportaron la documentación de forma correcta.

El documento presentado en fase de subsanación, al que hace referencia la recurrente, con el que esta considera que da cumplimiento a la presentación del compromiso de adscripción de medios, está suscrito por la representación de la entidad Hedima DN Formación SLU, entidad con la que la licitadora integra la solvencia, y no por la representación de Gestión del Conocimiento SA, que es la empresa licitadora y, por tanto, la que debía suscribir dicho compromiso, de conformidad con lo previsto en el artículo 76.2 de la LCSP, y ello con independencia de que se trate del mismo representante, pues en ambos casos actúa en representación de entidades con personalidad jurídica distinta.

Vistas las alegaciones de la parte, la cuestión litigiosa se centra en dilucidar si la recurrente cumplió la obligación contenida en la Cláusula 1 Apartado 6 del PCAP referida al compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales.

La recurrente alega que la declaración suscrita por D. J. D. S. en representación de la entidad HEDIMA DN Formación S.L.U, donde se señala que esta entidad *“pone a disposición de la entidad Gestión del Conocimiento S.A. la solvencia y medios necesarios durante toda la ejecución del contrato de referencia”* es suficiente para dar por cumplida la exigencia Cláusula 12.7 del PCAP *“Documento de compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales”*.

A este respecto, hay que destacar que el documento de referencia está suscrito por HEDIMA que es la entidad cedente de la solvencia y de los medios necesarios para la ejecución del contrato, sin que conste en el expediente de contratación documento alguno suscrito por la recurrente en el que manifieste tal compromiso como exige la Cláusula 1.7 del PCAP.

La recurrente, al amparo del artículo 75 de la LCSP podrá acudir a medios externos para acreditar su solvencia y medios de otras entidades, lo que no le exime de presenta formalmente su compromiso de adscripción de los medios exigidos, ya porque disponga de ellos o porque se los ceda otra entidad.

Dar por sentado que, por la mera declaración de compromiso del cedente de los medios, que no es licitador y nunca va a tener la condición de adjudicatario del contrato, se da por cumplida la obligación del licitador de presenta un compromiso formal de tal obligación, supone una interpretación de los pliegos excesivamente antiformalista, incompatible con su tenor literal. El compromiso de cesión de medios se da entre cedente y cesionario, no entre cedente y el órgano de contratación.

El compromiso suscrito por HEDIMA es un documento de puesta a disposición de los medios necesarios durante toda la ejecución del contrato a la recurrente, no un compromiso de adscripción de dichos medios a la ejecución del contrato, que es lo que exigen las cláusulas del PCAP anteriormente citadas.

Tampoco le exime de esta obligación formal el hecho de que la cedente de los medios personales o materiales pertenezca al mismo grupo empresarial, ya que quien responde de la ejecución del contrato es el adjudicatario y no el cedente, aunque forme parte del mismo grupo empresarial.

En definitiva, la cláusula 12.7 del PCAP exige de manera clara que los licitadores deberán presentar el documento de compromiso que se indica en la Cláusula 1 Apartado 6 del presente pliego, lo que obviamente supone que el documento sea suscrito por representante del licitador, independientemente que acuda a medios externos para la ejecución del contrato, sin que dicho compromiso pueda ser sustituido por documento suscrito por el cedente que no tiene la condición de licitador.

En este momento procede traer a colación la doctrina consolidada de que los pliegos constituyen la ley del contrato y vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación.

Por su parte, el artículo 139.1 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

Tampoco puede prosperar el argumento de falta de motivación, ya que las razones de la exclusión son claras, sin que se pueda albergar ninguna duda al respecto.

Por todo lo anterior, se considera que la exclusión fue ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

Sexto.- Al haberse dictado resolución no procede el pronunciamiento sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO S.A, contra el acuerdo de la mesa de contratación de la Consejería de Digitalización de fecha 2 de octubre de 2023 por la que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato “Plan de aprendizaje digital de la Comunidad de Madrid, en el marco del “plan de recuperación, transformación y resiliencia - financiado por la unión europea – Next generation EU”, expediente ECON/000097/2022.

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 multa 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.