

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

En Madrid, a 9 de octubre 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones de las sociedades ATOS HOLDING IBERIA, S.L.U. y OESIA NETWORKS, S.L. (en adelante la UTE) que participan en compromiso de UTE contra la resolución de 5 de agosto de la Consejera Delegada de la Agencia para la Administración Digital de la C.M. por la que se adjudica el Lote 2 del “Contrato de servicios de desarrollo, renovación, mantenimiento y evolución de los sistemas de información corporativos de gestión de RRHH (SIRIUS) y auxiliares, y de gestión tributaria y auxiliares (tres lotes)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fechas 11 y 12 de enero de 2024 se publicó, respectivamente, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 70.677.199,20 euros. El del Lote 2 es

de 32.583.079,20 euros. El plazo de duración es de tres años.

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

El día 1 de marzo de 2024, se reunió la mesa de contratación de la Agencia para proceder, en virtud de lo establecido en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a la apertura del Sobre nº 2 (proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas), presentado por los empresarios admitidos a la licitación.

El día 16 de mayo de 2024, se reunió la mesa de contratación para proceder, en virtud de lo establecido en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a la evaluación de los criterios de adjudicación según la documentación presentada por las empresas admitidas a la licitación. A la vista de la información aportada por los servicios técnicos, tras las comprobaciones efectuadas, en el informe emitido por dichos servicios en fecha 16 de mayo y del análisis realizado, se procedió a la ponderación de los criterios indicados en el Apartado 8 de la Cláusula I del PCAP otorgando para el Lote 2 a la adjudicataria 99,50 puntos y a la UTE recurrente 93,15 puntos.

Mediante Resolución nº 339/2024, de fecha 27 de mayo, del órgano de contratación, se acordó la admisión de la propuesta efectuada por la mesa de contratación en relación con la clasificación de las proposiciones presentadas a la licitación del expediente. Igualmente se acordó requerir a dichas empresas, para que presentaran la documentación indicada en la cláusula 15 del PCAP.

En fecha 13 de junio de 2024 se requirió a las empresas, para que, en el plazo máximo de diez días hábiles, contados desde el siguiente a aquél en que se reciba el requerimiento, presentaran la documentación indicada en la cláusula 15 del PCAP.

El 5 de agosto de 2024 la Consejera Delegada dictó resolución por la que se adjudica el Lote 2 (Servicios de definición, desarrollo, mantenimiento y evolución de los Sistemas de Información de Gestión Tributaria y sus auxiliares, de la Comunidad de Madrid), notificándose en la misma fecha.

Con fecha 26 de agosto de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación presentado por la UTE contra el acuerdo de adjudicación del Lote 2 del contrato.

Tercero. - El 4 de septiembre de 2024 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. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 2 por haberse interpuesto el 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

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 que fueron presentadas en plazo y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

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 recurrente se encuentra legitimado para la presentación del recurso al tratarse de un licitador clasificado en segundo lugar, por lo que es titular de 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 adjudicación se notificó el 5 de agosto de 2024, e interpuesto el recurso el 26 del mismo mes, 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 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. – El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1- La adjudicataria no alcanza el umbral de solvencia técnica exigible conforme a los pliegos en relación con el compromiso de adscripción de medios personales en cuanto a los requisitos mínimos de cualificación de los miembros del equipo de trabajo.

- 2- La puntuación otorgada a la adjudicataria en relación con el criterio de

adjudicación 3 (cualificación) es mayor que la que le corresponde, al haberse justificado con certificaciones de fecha posterior a la máxima de presentación de ofertas (22 de febrero de 2024).

1- Respecto al primer motivo, alega que el PCAP obliga a los licitadores a adquirir un compromiso de adscripción de un Equipo de Trabajo que debe cumplir los requerimientos mínimos exigidos en cuanto a número, capacidad, titulación y certificaciones, en la cláusula 10ª y el Anexo 2 del PPT.

Disponibilidad de medios personales cuya efectividad es exigible solo al tiempo de la aportación de la documentación previa a la adjudicación, no siendo necesario por tanto que se disponga de ellos, materialmente, al tiempo de presentación de las ofertas, pues ambas son obligaciones diferentes.

Ahora bien, cuestión distinta es desde cuándo dichos medios personales ofertados, en compromiso de adscripción futura, deben reunir los requisitos mínimos (de solvencia y/o cualificación valorable) exigidos por los Pliegos en cuanto a número, capacidad, titulación y certificaciones. Tal momento temporal no es otro que el de la fecha final de presentación de las ofertas. De suerte que cuando, como aquí acontece, los medios personales ofertados, en compromiso de adscripción futura, no reúnan al tiempo de presentación de las ofertas los requisitos mínimos (de solvencia y cualificación valorable) exigidos por los Pliegos en cuanto a número, capacidad, titulación y certificaciones, tales medios personales no pueden ser tenidos como válidamente adscritos al no reunir dichos mínimos de solvencia (y cualificación valorable) fijados por el PPT.

Añade que, en el caso que nos ocupa, han comprobado que la adjudicataria no cumple con lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP. Algunas de las certificaciones a través de las cuales acredita el umbral mínimo de solvencia en cuanto a la cualificación del Equipo de Trabajo son de fecha posterior a la de presentación de ofertas, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta al comprobar la superación del

umbral de solvencia técnica.

En concreto, a 22 de febrero de 2024 (fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas), la adjudicataria se comprometió con la presentación de su oferta (al igual que el resto de los licitadores) a acreditar, al tiempo y para el caso de ser propuesta como adjudicataria, que dispondría entonces del Equipo de Trabajo ofertado con (entre otros miembros):

- 4 consultores SAP Junior con certificados “ABAP with SAP NETWEAVER” (emitidos, ex artículo 140.4 LCSP, con fecha máxima del 22 de febrero de 2024); y
- 2 consultores SAP Junior con certificados “SAP Process Orchestration” (emitidos, ex artículo 140.4 LCSP, con fecha máxima del 22 de febrero de 2024).

Y, sin embargo, al tiempo de ser propuesta como adjudicataria, el examen del expediente acredita que, a esa fecha, la adjudicataria solo dispone de 2 de los referidos 6 perfiles mínimos ofertados, a saber:

- Solo dispone de 1 consultor SAP Junior con certificado “ABAP with SAP NETWEAVER” válido, al estar emitido dentro de la fecha máxima del 22 de febrero de 2024, concretamente el 17 de octubre de 2017, en un caso y el 5 de diciembre de 2013 en el otro. Por el contrario, la Adjudicataria respecto de los otros 3 consultores SAP Junior aporta certificados “SAP Process Orchestration” inválidos al estar emitidos con fecha posterior a la referida fecha máxima del 22 de febrero de 2024; y

- Solo dispone de 1 consultor SAP Junior con certificado “SAP Process Orchestration” válido, al estar emitido dentro de la citada fecha máxima del 22 de febrero de 2024. Mientras que para el otro consultor SAP Junior la Adjudicataria aporta un certificado “SAP Process Orchestration” inválido al estar emitido con fecha

posterior a la referida fecha máxima del 22 de febrero de 2024, concretamente el 18 de marzo de 2024.

Lo anterior conlleva la ausencia de cumplimiento por parte de la adjudicataria del umbral de solvencia técnica exigible, la inevitable exclusión de la misma por infracción del artículo 140.4 de la LCSP y la adjudicación del Lote 2 del Contrato a la siguiente licitadora, las Recurrentes.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP requiere la presentación de un Documento de Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y materiales (*“Un equipo de trabajo, con un número de integrantes adecuado para la correcta prestación del servicio objeto del contrato, que cumpla los requerimientos mínimos exigidos en cuanto a número y capacidad técnica recogidos en la Cláusula 10ª, para el Lote 1 y para el Lote 2, y Cláusula 12ª para el Lote 3, del Pliego de Prescripciones Técnicas”*).

Por otro lado, en la Cláusula 10 del PPT, se regula el equipo prestador del servicio y en el Anexo 2 del citado pliego se recogen los requisitos mínimos de titulación académica, formación y experiencia profesional que deben cumplir los perfiles a incorporar en el equipo.

En el Anexo 3 al PPT se indica que, *“para la prestación de los servicios objeto del contrato, el adjudicatario conformará el equipo de trabajo con la titulación académica, formación adicional, actividad profesional, cualificación y perfil técnico mínimos, que se detalla en el Anexo 2 – Requisitos y Cualificación de los Perfiles, cuyo cumplimiento se habrá de acreditar antes de la adjudicación del contrato”*.

Igualmente, la Cláusula 15 del PCAP, establece que el licitador que haya presentado la mejor oferta, ha de presentar, en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, entre otros

documentos, los siguientes:

“8. Medios a adscribir

Deberá aportar la documentación acreditativa de la efectiva disposición de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme a lo dispuesto en el Artículo 76.2 de la LCSP.

Lote 2:

Currículos de los miembros del Equipo Base prestador del servicio, que deberán presentar, siguiendo el modelo del Anexo 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, debidamente firmado por la persona que ostente la representación, especificando su cualificación profesional (con identificación de las personas y detalle de categoría, titulación, y actividad profesional), de conformidad con lo establecido en la Cláusula 10 (Lotes 1 y 2) y Anexo 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, así como toda aquella documentación que esta Agencia estime necesaria para la acreditación de los datos contenidos en dichos Currículos.

Adicionalmente, el licitador propuesto como adjudicatario, deberá aportar los documentos acreditativos de la Titulación y las Certificaciones de los recursos que forman parte del Equipo Base, a efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Anexo 2 al Pliego de Prescripciones Técnicas y de los valorados en los criterios de adjudicación.”

Por otro lado, el apartado 8 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas, recoge los criterios de adjudicación, y como criterios cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, incluye el Criterio 2, en el que se valora la experiencia del equipo base de trabajo y el Criterio 3 la cualificación aportada por cada persona integrante del equipo base de trabajo.

El apartado 9 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas, regula la documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato, indicando que: *“En el Sobre Nº 2, deberán aportar, debidamente cumplimentado y firmado, el Documento que se adjunta como ANEXO V al presente pliego, en relación con los Criterios de Adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas del lote/s a los que presenten oferta.*

Además, para poder evaluar los criterios, los licitadores deberán aportar el Currículum Vitae de los recursos que prestarán los servicios (Lotes 1 y 2 Equipo Base), siguiendo el formato del Anexo 3. MODELO DE CURRICULUM VITAE del Pliego de Prescripciones Técnicas...”

En todo caso, antes de la formalización del contrato, obligatoriamente el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá entregar esta información identificando a las personas. Esta información deberá estar acreditada y firmada por la persona que ostente la representación del licitador y ante cualquier cambio en el equipo de trabajo, deberán mantenerse estas mismas condiciones.”

Por tanto, en relación con el criterio número 3 “Cualificación del equipo base”, en el Anexo V al PCAP, únicamente se solicitaba indicar el número de personas que cumplen el requisito valorado por cada uno de los perfiles. A efectos de poder comprobar el cumplimiento del requisito se solicitaba aportar Currículum Vitae de los recursos, sin nombre y apellidos.

En este criterio, se otorgan puntos adicionales en función de las mejoras respecto a los requisitos mínimos reflejados en el Pliego de Prescripciones Técnicas para los perfiles del equipo de trabajo (equipo base).

Por tanto, no se puede confundir la adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y materiales con los requisitos de solvencia, que son una condición

de admisión que se ha de poseer y acreditar en el momento de presentar la oferta, y no así en el caso de adscripción de medios, como se expondrá a continuación.

Los miembros del Equipo Base prestador del servicio, detallados en el pliego de prescripciones técnicas constituyen medio humano adicional de adscripción al contrato de los previstos en el artículo 76.2 de la LCSP.

Manifiesta que las afirmaciones realizadas por la recurrente no son ciertas, sino más bien una interpretación interesada, porque el pliego lo que exige, en cuanto a formación adicional para el perfil Consultor SAP/ERP junior, es lo siguiente:

Todos los recursos deben acreditar al menos una de las siguientes certificaciones:

- E_HANAAW_17 SAP Certified Development Specialist - ABAP for SAP HANA 2.0
- C_TAW12_7x - SAP Certified Development Associate - ABAP with SAP NetWeaver 7.x

Al menos 2 de los recursos deben acreditar al menos una de las siguientes certificaciones:

- C_PO_7x - SAP Certified Technology Associate - SAP Process Orchestration 7.x
- C_TBIT44_7x - SAP Certified Development Associate - Process Integration with SAP NetWeaver (PI 7.1).

Al menos 2 de los recursos (diferentes o no de los anteriores) deben acreditar al menos una de las siguientes certificaciones:

- BOWI_4x - SAP Certified Application Associate - SAP BusinessObjects Web Intelligence 4.x
- C_TBW50H - SAP Certified Application Associate - Modeling and Data

Acquisition with SAP BW 7.x powered by SAP HANA

Estos requisitos mínimos se pueden cumplir o bien con los 3 recursos exigidos para el Equipo base o bien incorporando algún recurso adicional del equipo extendido, tal y como se indicó en las contestaciones a las preguntas formuladas durante el periodo de licitación.

Destaca la respuesta a la consulta realizada: *“No obstante, estos requisitos deben ser cumplidos entre todos los recursos que se oferten para este perfil, no solamente entre los 3 recursos que compongan el equipo base mínimo que se requiere en el pliego. Es decir, que se podría cumplir el requisito incorporando un perfil del equipo extendido adicional al mínimo de recursos exigido en el equipo base.”*

La empresa adjudicataria cumple los requisitos mínimos exigidos en el pliego puesto que, de los 3 recursos ofertados, presenta lo siguiente:

- El primer recurso oferta:

E_HANAAW_17 SAP Certified Development Specialist - ABAP for SAP HANA 2.0.

C_TAW12_7x - SAP Certified Development Associate - ABAP with SAP NetWeaver 7.x.

C_PO_7x - SAP Certified Technology Associate - SAP Process Orchestration 7.x.

- El segundo recurso oferta:

E_HANAAW_17 SAP Certified Development Specialist - ABAP for SAP HANA 2.0.

C_PO_7x - SAP Certified Technology Associate - SAP Process Orchestration 7.x.

C_TBW50H - SAP Certified Application Associate - Modeling and Data

Acquisition with SAP BW 7.x powered by SAP HANA.

- El tercer recurso oferta:

E_HANAAW_17 SAP Certified Development Specialist - ABAP for SAP HANA 2.0.

C_TBW50H - SAP Certified Application Associate - Modeling and Data Acquisition with SAP BW 7.x powered by SAP HANA.

Por tanto, la oferta de la empresa adjudicataria cumple los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, como se puede deducir de la documentación aportada.

Es clara la distinción entre la solvencia y la adscripción de medios como dos obligaciones totalmente distintas con consecuencias jurídicas diferenciadas en caso de incumplimiento.

Por su parte, el adjudicatario alega que el pliego no se pronuncia en el sentido pretendido por la recurrente, toda vez que, por un lado, recoge las condiciones de solvencia técnica en el apartado 6.2) de la cláusula 1 “Cuadro de Características” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y, por otro, recoge el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales vinculados a la ejecución del contrato.

Sin embargo, esta diferenciación que realizan los pliegos no es banal por cuanto una y otra figura no son lo mismo, como tampoco lo es el momento en el que una y otra deben cumplirse por los licitadores o, en este caso, por el adjudicatario de un contrato.

Así, la solvencia técnica (al igual que la económica) se considera un requisito de aptitud “previa” para poder tomar parte en la licitación, mientras que el compromiso

de adscripción de medios está íntimamente vinculado con la ejecución del contrato, de tal suerte que, incluso el propio PCAP, en consonancia con el artículo 211 LCSP, establece que el incumplimiento de las obligaciones asumidas al efectuar dicho compromiso se considera causa de resolución de un contrato ya formalizado al tener la consideración de obligación esencial del contrato.

A diferencia de lo que sostiene la recurrente, el artículo 140.4 LCSP no es aplicable a las obligaciones asumidas en virtud de un compromiso de adscripción de medios, no solo por no referirse expresamente al mismo, ni por existir un precepto equivalente en la LCSP al respecto, sino porque, como antes se ha dicho, dicho compromiso no está vinculado con el cumplimiento de los requisitos previos para poder licitar, sino con la ejecución del contrato.

Vistas las alegaciones de las partes, nos encontramos ante unos requisitos que el órgano de contratación pretende asociar a la ejecución, mientras que el recurrente entiende como previos para contratar.

Por ello, corresponde en primer lugar establecer cuál es la naturaleza jurídica de la adscripción de medios y su diferenciación con las condiciones especiales de ejecución.

Así comprobamos que la subsección 3 del Capítulo II del Título II de la LCSP del Libro I, denominada “Solvencia” engloba tres artículos, el 74 exigencia de solvencia, el 75 integración de la solvencia con medios externos y el 76 concreción de las condiciones de solvencia.

Remitiéndonos al art. 76: concreción de las condiciones de solvencia, cuyo título ya es suficientemente elocuente, encontramos la siguiente regulación en su apartado 3: *“La adscripción de los medios personal o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada*

y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación”.

En el caso de los criterios especiales de ejecución, se encuentran recogidos en el artículo 202 de la LCSP que se encuadra en la Subsección 3ª denominada *Ejecución de los contratos* Sección 3ª del Capítulo I del Libro Segundo de la LCSP.

La propia sistemática de la Ley ya nos pone en aviso de la diferente naturaleza de ambas figuras, cuya delimitación y diferenciación encontramos en la reciente Resolución del TACRC 105/2024, de 1 de febrero: “ *Además, también conviene aclarar que en este proceso de licitación no se han exigido medios personales como solvencia adicional, en los términos previstos en el art. 76.2 LCSP, tal y como se indica expresamente en el cuadro resumen, letra F), sino que es el PPT el que exige en su cláusula 4.1 un determinado personal, con una serie de características. Y esto es de vital importancia porque determina que la obligación de contar con ese personal es una obligación del contratista, no de los licitadores; es decir, es una de las condiciones más a cumplir por dicho contratista en la fase de ejecución del contrato. Por tanto, no se exige como compromiso de adscripción de medios, sino como condición especial de ejecución. Distinción esa según se exija el personal como compromiso de adscripción de medios o como condición especial de ejecución que apunta, entre otras, la Resolución de este Tribunal nº 78/2021, recaída en el Recurso nº 1261/2020 C.A. Castilla-La Mancha 98/2020, que dice así: “En consecuencia cabe concluir que en la presente licitación la adscripción de medios materiales y personales no se ha configurado como un requisito adicional de solvencia, sino que por remisión a los medios que establezca el PPT, como condición especial de ejecución, lo que implica consecuencias jurídicas muy diferentes y es que en el primero de los casos, basta con la formulación de un compromiso de adscripción de los medios exigidos como requisito de solvencia, siendo la acreditación de su disponibilidad una condición exigible al propuesto como adjudicatario antes de la celebración del contrato (que ,puede llevar a que este no llegue a celebrarse), mientras que en el segundo de los*

casos, es decir, cuando se configura como una obligación de ejecución su exigencia se acredita durante la ejecución del contrato, de forma que su omisión puede llevar a resolver el contrato o imponer penalidades, en función de lo que se haya previsto en el Pliego”.

Debiendo entender, en consecuencia, que el primer grupo engloba los denominados en el artículo 76 de la LCSP solvencia adicional y los segundos a los considerados por el artículo 202 del mismo texto legal, condiciones especiales de ejecución.

Distinto es el momento de acreditar la adscripción de medios y así nuestra Resolución 201/2018, de 4 de julio, señala: *“Es criterio reiterado de los tribunales de recursos contractuales que el compromiso de adscripción de medios del artículo 64.2 del TRLCSP (actual artículo 76.2 LCSP) 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 140.3 de la LCSP”.*

En nuestra Resolución 185/2021, de 29 de abril de 2021, se establecía: *“La única forma de acreditar la solvencia requerida antes del fin de la licitación es encontrarse en posesión del certificado requerido a tal fecha, no de estar en condiciones de obtenerlo. (...).*

Admitir otra cosa contraviene lo que requiere el Pliego, que es el certificado y no la posibilidad de obtenerlo, y con ello el artículo 140.4 de la LCSP. “4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.

Ante esta dualidad de conceptos, serán los pliegos de condiciones quienes determinen en su texto si los medios solicitados deben considerarse un requisito de solvencia o por el contrario una condición especial de ejecución.

En el presente caso el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP establece:

*...6. SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL
El empresario acreditará su solvencia mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

1) Acreditación de la solvencia económica y financiera: (...)

2) Solvencia técnica o profesional: (...)

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

Documento de compromiso en el que señale que, de resultar adjudicatario de alguno de los lotes del contrato, pondrá a disposición del servicio:

– Un equipo de trabajo, con un número de integrantes adecuado para la correcta prestación del servicio objeto del contrato, que cumpla los requerimientos mínimos exigidos en cuanto a número y capacidad técnica recogidos en la Cláusula 10ª, para el Lote 1 y para el Lote 2, y Cláusula 12ª para el Lote 3, del Pliego de Prescripciones Técnicas.

– Para los Lotes 1 y 2, una o varias factorías de servicios que pondrán a disposición de la Agencia, para la realización de los servicios requeridos, según lo establecido en el apartado 2º de la Cláusula 10ª “Lugar de prestación del servicio”.

– Para los tres Lotes, podrán a disposición de la Agencia los aspectos señalados en relación con la conectividad, entre el Adjudicatario y Madrid Digital, señalado en el “Anexo 6. Conectividad del Adjudicatario” del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Las obligaciones contenidas en este apartado tienen el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos establecidos en el Artículo 211 de la LCSP...

De la lectura del anterior texto transcrito es indubitado que el órgano de contratación ha tratado la adscripción de medios materiales y humanos como solvencia adicional, tal y como la define el art. 76 de la LCSP, llegando a considerar estos medios adicionales como obligación esencial, cuyo incumplimiento en fase de ejecución puede llegar a acarrear la resolución del contrato.

Pues bien, definida ya la naturaleza de la adscripción de medios como solvencia adicional, la naturaleza de las condiciones especiales de ejecución y las consecuencias del incumplimiento de unas u otras, podemos establecer que en el concreto caso que nos ocupa, la adscripción de medios humanos es un tipo de solvencia adicional y que por lo tanto forma parte de los requisitos previos para licitar y en consecuencia está afectada por el contenido del artículo 140 de la LCSP.

Dicho precepto establece en su apartado cuatro: *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.*

En consecuencia, los medios humanos técnicos, definidos en los pliegos de condiciones como solvencia adicional se han de ofrecer mediante un compromiso en la oferta, siendo posteriormente acreditados con el correspondiente curriculum y

documentación que le acompañe solamente por el primer clasificado y en el trámite establecido en el artículo 150.2, pero esta condición no exime del cumplimiento de la solvencia requerida al momento del término del plazo de licitación.

Como es sabido, 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.

Cabe recordar también que 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, siendo estas obligaciones aplicables tanto a los licitadores como al propio órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación y el adjudicatario no pueden ahora convertir lo que es solvencia adicional y en consecuencia requisito previo, con una condición especial de ejecución, ni siquiera apelando al momento de su acreditación y a su posible sustitución.

A mayor abundamiento, en fase inicial los licitadores deberán aportar un compromiso de adscripción de medios materiales o humanos al contrato, dicho compromiso al igual que la declaración responsable que es el DEUC, se acreditará documentalmente solo por el licitador clasificado en primer lugar, pero el compromiso existe desde inicio, con igual naturaleza que el resto de declaraciones sobre solvencia,

aptitud y ausencia de prohibiciones de contratar. Nada diferencia el tratamiento de ambas solvencias, principales y adicionales.

Si seguimos con el ejemplo, el DEUC solicita información sobre el cumplimiento de las solvencias requeridas bajo la contestación si/no, llegado el momento y salvo que el PCAP establezca algo distinto, el licitador podrá optar por la forma de acreditar dicha solvencia según los distintos modos que recoge el art. 87 de la LCSP.

En el caso de la solvencia adicional, se compromete a adscribir determinados medios a la ejecución del contrato, utilizando para ello la documentación que considere, un precontrato, un presupuesto etc., pero lo declara en ese momento y por lo tanto tiene que estar preparado para acreditar documentalmente dicho extremo en cualquier momento del procedimiento, lo que nos lleva nuevamente a que la solvencia adicional tenga naturaleza de requisito previo, si bien con ciertas particularidades.

Comprobado que los técnicos propuestos no cumplían con las condiciones establecidas en el apartado 6 de la cláusula 1 del PACP a la fecha de finalización de presentación de ofertas, debe anularse la adjudicación, ordenando retrotraer las actuaciones al momento de acreditación de la solvencia adicional solicitada en el PACP otorgando plazo de subsanación de conformidad con lo establecido en el último párrafo del art. 141 de la LCSP.

Admitido parcialmente el primer motivo de recurso que la anulación de la adjudicación, carece de efectos pronunciarnos sobre el segundo motivo de recurso, que además puede verse alterado en el caso de sustitución de técnicos por parte del adjudicatario.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones de las sociedades ATOS HOLDING IBERIA, S.L.U. y OESIA NETWORKS, S.L. que participan en compromiso de UTE, contra la resolución de 5 de agosto de la Consejera Delegada de la Agencia para la Administración Digital de la C.M. por la que se adjudica el Lote 2 del “Contrato de servicios de desarrollo, renovación, mantenimiento y evolución de los sistemas de información corporativos de gestión de RRHH (SIRIUS) y auxiliares, y de gestión tributaria y auxiliares (tres lotes)”, anulando la adjudicación y excluyendo la oferta de NTT Data Spain S.L.U.

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. - Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP respecto al Lote 2.

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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL MIGUEL GONZALEZ DOMINGUEZ A LA RESOLUCIÓN 368 /2024, RECURSO 355/2024.

Manifiesto mi discrepancia con la Resolución 386/2024 del TACPCM en los aspectos que a continuación se expresarán:

La discrepancia se circunscribe fundamentalmente en la determinación de cuándo deben concurrir las características exigidas a los medios personales a adscribir al contrato previstos en el artículo 76.2 de la LCSP.

La recurrente alega que han comprobado que la adjudicataria no cumple con lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP. Algunas de las certificaciones a través de las cuales acredita el umbral mínimo de solvencia en cuanto a la cualificación del Equipo de Trabajo son de fecha posterior a la de presentación de ofertas, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta al comprobar la superación del umbral de solvencia técnica.

El pliego recoge las condiciones de solvencia técnica en el apartado 6.2) de la cláusula 1 “Cuadro de Características” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y, por otro, recoge el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales vinculados a la ejecución del contrato.

Como señala el adjudicatario, esta diferenciación que realizan los pliegos no es banal por cuanto una y otra figura no son lo mismo, como tampoco lo es el momento

en el que una y otra deben cumplirse por los licitadores o, en este caso, por el adjudicatario de un contrato.

Así, la solvencia técnica (al igual que la económica) se considera un requisito de aptitud “previa” para poder tomar parte en la licitación, mientras que el compromiso de adscripción de medios está íntimamente vinculado con la ejecución del contrato, de tal suerte que, incluso el propio PCAP, en consonancia con el artículo 211 LCSP, establece que el incumplimiento de las obligaciones asumidas al efectuar dicho compromiso se considera causa de resolución de un contrato ya formalizado al tener la consideración de obligación esencial del contrato.

El compromiso de adscripción de medios del artículo 76.2 de la LCSP 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. Literalmente, el citado artículo dice “además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello”, distinguiendo claramente entre la solvencia en sentido estricto, recogidas en los artículos 86,87 y 88 de la LCSP (se encuentran dentro de la subsección 3 “Solvencia”) y la adscripción de medios materiales y personales.

En efecto, este Tribunal ha puesto de manifiesto esta circunstancia en numerosas resoluciones, señalando la diferencia entre la solvencia y el compromiso de adscripción de medios. Solo la primera debe cumplirse en plazo de licitación. Los medios personales solo tienen que acreditarlos el adjudicatario y son sustituibles. Así, la Resolución 201/2018, de 4 de julio, señala: *“Es criterio reiterado de los tribunales de recursos contractuales que el compromiso de adscripción de medios del artículo*

64.2 del TRLCSP (actual artículo 76.2 LCSP) 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 140.3 de la LCSP”.

En el mismo sentido, la Resolución del TACRC 1095/2023, de 7 de septiembre de 2023: *“En concreto, las principales notas diferenciadoras entre los requisitos de solvencia y la adscripción de medios son las siguientes:*

- Los requisitos de solvencia particular: (i) son una condición de admisión que se ha de poseer y acreditar en el momento de presentar la oferta; (ii) se revisan antes de la adjudicación del contrato y; (iii) la falta de cumplimiento de los requisitos de solvencia adicional determinará la exclusión de la oferta del licitador.

- La adscripción de medios adicionales: (i) se “acredita” por el propuesto como adjudicatario del contrato en el momento anterior a la adjudicación del contrato mediante un compromiso de disponibilidad de medios; (ii) su cumplimiento se exige en la fase de ejecución del mismo y; (iii) la falta de adscripción de estos medios adicionales determina la concurrencia de un incumplimiento contractual, en fase de ejecución, por parte del contratista.

Esta distinción es fundamental a la hora de esclarecer la cuestión que nos ocupa”.

En términos semejantes se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias en su Resolución 24/2022, de 28 de septiembre *“Llegados a este punto, resulta necesario señalar que el artículo 90.1.e) y h) de la LCSP, conforme a los que el órgano de contratación ha previsto en los PCAP*

los ya indicados medios humanos y materiales que exige como requisito de solvencia, no contienen mandato alguno que lleve a colegir que las licitadoras deban disponer efectivamente de los mismos en el momento de presentar sus ofertas, mientras que por el artículo 76 de dicha norma legal sólo se exige a las licitadoras, con carácter general, un compromiso de adscripción de medios y no su disponibilidad efectiva, la cual, a tenor de lo previsto por el artículo 150.2 (y por la cláusula 19.2.3 del PCAP), únicamente ha de ser requerida a la propuesta como adjudicataria.

Tales previsiones responden claramente a la intención del legislador europeo de garantizar y favorecer una libre y mayor concurrencia a las licitaciones públicas....

Por lo tanto, ha de advertirse de que, si bien el mandato del artículo 140.4 de la LCSP acerca de cuándo deben reunirse los requisitos de capacidad ha de interpretarse, sin duda alguna, en el sentido de que la licitadora ha de contar con la capacidad y habilitación necesaria en el momento de presentar su oferta y en el de perfeccionar el contrato, la acreditación de los requisitos de solvencia ha de ser exigida atendiendo a la naturaleza de los mismos y de la forma más proporcional posible, siendo así que mientras, por ejemplo, la experiencia de la licitadora debe ser acreditada al tiempo de formular su proposición, la disponibilidad de medios humanos y materiales puede entenderse cumplida con una declaración o relación de aquellos de los que se dispondrá al momento de la formalización del contrato, debiendo la propuesta como adjudicataria acreditar la efectiva disposición de los mismos”.

El artículo 140.4 de la LCSP establece que “Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”. En su apartado 1 “En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:

a) *Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una*

declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:

1.º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.

2.º Que cuenta con la correspondiente clasificación, en su caso, o que cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que establezca el pliego de conformidad con el formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.

3.º Que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley”.

En definitiva, considera como requisitos previos para contratar la capacidad, la solvencia económica financiera y técnica y la ausencia de prohibiciones para contratar. Se constata de modo evidente que no hace mención alguna la adscripción de medios personales como pretende la recurrente. En consecuencia, no sería de aplicación a estos la previsión del apartado 4 del citado artículo. El criterio contrario supondría realizar una interpretación extensiva, que, como toda interpretación en este ámbito, debe pasar los filtros y límites de los principios de la contratación pública.

En este sentido, la interpretación dada en la resolución supondría una clara vulneración del principio de concurrencia, limitando de modo innecesario la presentación de oferta, al exigir la concurrencia a la fecha de presentación de oferta del cumplimiento de una cualificación que sólo debe acreditar el adjudicatario y cuyo cumplimiento debe realizarse, como no puede ser de otra manera, en fase de

ejecución del contrato.

El TACRC en su Resolución 113/2024, de 27 de enero, haciendo referencia a otras anteriores dice: *“En primer término, debe atenderse al tenor literal del apartado O del cuadro de características (Anexo I al PCAP) en el que se dice “el adjudicatario deberá disponer de todas las habilitaciones necesarias para la correcta ejecución del contrato”. Textualmente se indica que la exigencia de habilitación se dirige al adjudicatario, no al licitador, circunstancia que unida a que en ninguna parte del pliego se exige a los licitadores la previa acreditación de esta circunstancia obliga a concluir que es una obligación que únicamente será exigible durante la prestación del servicio. Textualmente se indica que la exigencia de habilitación se dirige al adjudicatario, no al licitador, circunstancia que unida a que en ninguna parte del pliego se exige a los licitadores la previa acreditación de esta circunstancia obliga a concluir que es una obligación que únicamente será exigible durante la prestación del servicio. Esta conclusión no es contraria a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) en cuyo artículo 140.4 se dice: “4. Las circunstancias relativas a la capacidad, “4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”. No es contraria porque esta norma no es aplicable a todos los requisitos de capacidad legalmente exigibles, sino únicamente a los expresamente mencionados en los tres primeros epígrafes de dicho artículo 140. Y puesto que dichos tres primeros apartados no se refieren a las habilitaciones empresariales o profesionales ni el órgano de contratación ha requerido su expresa acreditación al amparo de lo previsto en el artículo 140.2 LCSP debe concluirse que la inscripción en el Registro Nacional de Control Metrológico es una obligación a cumplir durante la ejecución del contrato y no al tiempo de presentar las ofertas”.*

(....)

Por todo ello, el primer motivo esgrimido por el recurrente no puede prosperar, al entender que en este procedimiento los licitadores no deben tener la habilitación profesional de prestador de servicios de confianza cualificado al momento de presentar su oferta sino basta con haberla obtenido antes del inicio de la ejecución del contrato.”

Por otro lado, la diferente naturaleza jurídica entre solvencia y adscripción de medios del artículo 76.2 de la LCSP, se advierte en las diferentes consecuencias que la LCSP establece para su incumplimiento. Así, la ausencia de solvencia lleva aparejada la exclusión de la oferta del licitador, mientras que la falta de acreditación de la adscripción de medios propuestos lleva aparejada la consideración de que la licitadora propuesta como adjudicataria ha retirado su oferta (artículo 150 LCSP). Esta diferencia, nos lleva a considerar que, en el segundo caso, estamos ante un licitador admitido a la licitación que ha cumplido los requisitos previos para contratar, en los términos del artículo 140.1 de la LCSP, por lo que parece evidente la inaplicación del apartado 4 del citado artículo a la adscripción de medios personales. Cualquier otra interpretación, dado que los medios personales se consideran fungibles, de modo que pueden ser sustituidos por otro que cumplan la misma o superior cualificación, nos llevaría a que el órgano de contratación, en el supuesto de sustitución de los medios personales en fase de ejecución del contrato, tuviera que comprobar no solo su cualificación, sino también si la cumplía a la fecha de finalización del plazo de presentación de oferta, pudiendo darse la circunstancia de que hubieran transcurridos varios años desde la adjudicación. Resulta evidente que esta comprobación carece por completo de interés para el órgano de contratación y para la buena marcha de la ejecución del contrato.

En consecuencia, los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional deben cumplirse por todos los licitadores a la fecha de finalización del plazo de presentación de oferta, sin embargo, la adscripción de medios deberá acreditarse únicamente por el licitador propuesto como adjudicatario y deberá

cumplirse en el momento de inicio de la fase de ejecución y mantenerse durante dicha ejecución.

Dada la inaplicación del apartado 4 el artículo 140 de la LCSP, debemos acudir al PCAP para analizar su contenido, sin que exista ninguna previsión respecto al momento en que los medios personales deben cumplir los requisitos de cualificación exigidos.

El TACRC en su Resolución 1095/2023, de 7 de septiembre dice: *“Esta concreción de las condiciones de solvencia no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica, pues la solvencia es un requisito de admisión, de carácter eliminatorio y no valorativo, de modo que quienes no cumplan los requisitos exigidos son excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 76.2 de la LCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, al momento de la acreditación de la capacidad y solvencia, cuya materialización sólo debe exigirse al empresario que resulte primer clasificado en la licitación del contrato. Es en el momento previo al acto de adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato, como dispone el artículo 150.2 LCSP.*

En fin, es por ello, por no ser obligado disponer de los medios comprometidos hasta el momento previo a la adjudicación del contrato, es decir para que una vez formalizado aquel pueda iniciarse la ejecución en los términos establecidos en los pliegos y en la oferta aceptada, no puede imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación”.

Dado que el licitador no tiene que disponer de los medios comprometidos hasta

el momento previo a la adjudicación del contrato, carece de sentido que el licitador propuesto como adjudicatario, salvo que los pliegos dijeras otra cosa, deba ir a buscar medios que cumplan los requisitos de cualificación con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de oferta, ya que lo trascendental es que dicha cualificación la tengan antes de la adjudicación, sin que ese requisito formal añada nada a la cualificación de la empresa para ejecutar el contrato, siendo en realidad, como he señalado anteriormente, una clara limitación de la concurrencia.

En definitiva, a mi juicio, la acreditación de la solvencia fue ajustada a Derecho, por lo que el motivo debió ser desestimado.