

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

En Madrid, a 22 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.L.O. y don A.P.C., en nombre y representación de Innovación y Desarrollo Local, S.L. y don R.B.I., en nombre y representación de Anova IT Consulting, S.L., que licitaron bajo compromiso de UTE, contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda por la que se declara decaído su derecho a ser adjudicatario del lote 1 del contrato *“126 cursos dirigidos a emprendedores de la Comunidad de Madrid, promovido por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid”*, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de diciembre de 2019 se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación del contrato de referencia.

El valor estimado de contrato asciende a 585.000 euros y su plazo de duración es de 18 meses.

Segundo.- El 7 de mayo de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don P.L.O. y don A.P.C., en nombre y representación de Innovación y Desarrollo Local, S.L. y don R.B.I., en nombre y representación de Anova IT Consulting, S.L., que licitaron bajo compromiso de UTE (en adelante, UTE IDEL-ANOVA IT), contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda por la que se declara decaído su derecho a ser adjudicatario del lote 1 del contrato *“126 cursos dirigidos a emprendedores de la Comunidad de Madrid, promovido por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid”*.

Tercero.- El 10 de mayo de 2019 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal de fecha 16 de mayo de 2019, previa solicitud presentada por el recurrente con fecha 6 de mayo de 2019.

Quinto.- A efectos de la resolución del presente recurso interesa conocer que el PCAP, en el apartado 7 de la cláusula 1ª, establece: *“Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y materiales: sí.*

Adicionalmente a la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, todos los licitadores deberán adquirir el compromiso de adscribir o dedicar a la ejecución del contrato la totalidad de los medios exigidos en la cláusula 3a y 4a del Pliego de Prescripciones Técnicas, incluyendo en el sobre n.º. 1 de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA una declaración responsable firmada por el representante legal de la empresa; según Anexo (Modelo DEUC) comprometiéndose a la disponibilidad efectiva de los siguientes medios:

El equipo de trabajo para cada uno de los lotes estará formado por un coordinador y formadores-docentes.

1.- Coordinado/la del Programa Formativo.

2.- Mínimo para los Lotes 1,3 Y 4: 3 docentes y para el Lote 2: 2 docentes.

Forma de acreditación del cumplimiento efectivo en relación con los medios declarados exigibles únicamente al licitador propuesto como adjudicatario.

Al compromiso adquirido en relación con los medios descritos anteriormente les será de aplicación lo estipulado en el artículo 211 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Para ello, el propuesto como adjudicatario, en el plazo establecido en el mencionado artículo, deberá acreditar la disponibilidad efectiva de los medios especificados anteriormente, conforme tanto a lo dispuesto el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas como en la oferta en la que se recoge como criterio de adjudicación; mediante la siguiente aportación documental y que se ajustará rigurosamente a lo declarado en el Anexo del PCAP:

En relación al personal adscrito al contrato.

- Original o copia compulsada de los contratos de trabajo.*
- Original o copia compulsada de la titulación requerida.*
- Original o copia compulsada de la vida laboral.*
- Certificación expedida por las empresas o entidades donde se hayan realizado las labores.*
- Proyectos relacionados con la experiencia declarada. En estas certificaciones deberán figurar expresamente: las fechas de realización y la duración de los trabajos (en horas en caso de formación), la descripción de los trabajos (contenido) y las funciones desempeñadas en los mismos.*
- Documentación acreditativa del carácter de la experiencia como emprendedor/a (en su caso): escrituras de la/s empresa/s en las que se acrediten sus funciones como administrador/a o representante legal de la/s empresa/s. En el caso de trabajadores autónomos, sólo se considerarán si hubieran tenido trabajadores empleados a su cargo, debiendo presentar en este caso, tanto el informe de vida laboral del empresario como el TC2 o RNT correspondiente.*

Cada una de las personas que se dispongan en la adscripción de medios personales para el documento 'Equipo de Trabajo' deberá ser adscrita a su perfil correspondiente en el Anexo relativo al 'Equipo de Trabajo' de este PCAP.

En todo caso, la Administración se reserva el derecho a comprobar materialmente la existencia de los citados medios.

Este compromiso tiene el carácter de obligación esencial a los efectos previstos en el artículo 211 f) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, es decir, su incumplimiento será causa de resolución del contrato”.

Sexta.- Con fecha 13 de mayo de 2019 se dio audiencia a los interesados para que de acuerdo con el artículo 56.3 de la LCSP alegue lo que considere oportuno, sin que se haya recibido alegación alguna.

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.- Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de personas jurídicas excluidas de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de cada recurso.

Tercero.- El recurso especiales se planteó en tiempo y forma, pues la notificación de la adjudicación tuvo lugar el día 22 de abril de 2019 e interpuesto el recurso ambos en este Tribunal, el días 7 y 18 de mayo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuso contra la resolución que declara decaído el derecho a la adjudicación de un lote en el marco 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.- En cuanto al fondo del asunto, el primer motivo de recurso es la nulidad del acto recurrido por falta de motivación con infracción de los artículos 132, 151 y 150 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, cláusulas 8ª, 13ª y 16ª PCAP, artículos 34 y 47 de la Ley 39/2015 y artículo 24 CE. Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este sentido, señala que se estima *“que tanto el requerimiento documental, como la Resolución recurrida, como el Informe Técnico al que se remite, adolecen de vicio de falta de motivación al no ofrecer al interesado razón alguna del porqué se consideraron insuficientes los documentos presentados en justificación del cumplimiento de los recursos humanos exigidos en la contratación y ofertados: El requerimiento de aportación documental se remite sin más al PCAP y PPT sin ofrecer al interesado explicación alguna de porqué la documentación presentada con la oferta resulta insuficiente para tener por acreditada la disponibilidad efectiva de los medios personales indicados en los Pliegos.*

El Informe técnico, fundamento de la Resolución recurrida, es absolutamente inconcreto, indeterminado e inmotivado por cuanto se limita a señalar que la experiencia en asesoramiento a emprendedores o la formación en postgrado no queda acreditada sin dar razón de porqué se considera insuficiente la documentación aportada por el licitados y sin explicar razonablemente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser de esa imputada insuficiencia documental”.

Por su parte, el órgano de contratación señala que en la Orden de fecha 17 de abril de 2019, se indica que el motivo del decaimiento es consecuencia de que la documentación aportada respecto a los 3 formadores es insuficiente para justificar la adscripción de medios personales, exigida en el apartado 7, de la cláusula 1, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación con el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. Este decaimiento, que implica que el contrato no pueda realizarle por personal con el perfil requerido, se ha realizado de

acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación, realizada teniendo en consideración los informes técnicos emitidos por la Unidad de Autónomos, Economía Social y Responsabilidad Social de las Empresas, en los cuales se analiza pormenorizadamente la documentación presentada por el recurrente, tanto en el periodo inicial de presentación de documentación como en el de subsanación. Lógicamente, debido a la extensión del informe, no se puede reproducir literalmente el mismo en la orden objeto del recurso, pero sí se menciona expresamente el mismo, como razonamiento lógico y jurídico por el que el órgano de contratación toma su decisión, habiendo adjuntado el mismo a la notificación de la Orden, por lo que el recurrente ha dispuesto del mismo desde el mismo momento de la notificación de la orden.

Una vez vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la resolución objeto de recurso especial carece de motivación suficiente como alega el recurrente.

Consta en el expediente el informe de 26 de marzo de 2019 del Jefe de División de la Unidad de Autónomos, Economía Social y Responsabilidad Social de las empresas, en el que se analiza la documentación presentada por la UTE IDEL-ANOVA IT, para la justificación de la solvencia técnica y la adscripción de medios exigida en virtud del apartado 7 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El citado informe considera acreditada la solvencia técnica del licitador, lo mismo sucede respecto a los medios materiales.

Sin embargo, respecto a los medios personales, se considera acreditado en lo referente a la Coordinadora, no así respecto de los Formadores-Docentes.

En cuanto a estos últimos, se analiza la documentación referida a cada uno de ellos, considerando que don J.J.L. acredita todos los requisitos a excepción de la formación de postgrado en emprendimiento, al no adjuntarse documentación que lo acredite. Don J.F.B. acredita todos los requisitos excepto la formación de postgrado

en emprendimiento, y la formación en Metodología Didáctica, al no aportar documentación. Finalmente, doña B.P.M., no acredita su experiencia como emprendedora, pues el documento aportado no es en ningún caso de los solicitados en el PCAP, ni la formación de postgrado en emprendimiento.

Hay que señalar que la Mesa de contratación concedió 10 días para aportar la documentación. Una vez analizada se concedió otro plazo de 3 días para la subsanación, transcurrido el cual la Mesa de contratación la analiza y propone su exclusión.

La falta de motivación de la exclusión de una licitación es causa de nulidad de la misma, siendo una ausencia que le impide al acto alcanzar su fin y causando indefensión al licitador (artículo 48 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

El informe técnico elaborado por el Jefe de División, es suficientemente exhaustivo en aquellos aspecto que debe serlo. Si un requisito no se acredita al no aportar la documentación, el órgano de contratación tampoco puede ser muy extenso en su motivación, pues se da o no se da.

Es cierto que la resolución recurrida no incorpora el informe técnico, pero se remite a él en los términos: *“En uso de las atribuciones que me han sido conferidas por las disposiciones vigentes, de acuerdo con el Informe Técnico del Jefe de División de la Unidad de Autónomos, Economía Social y Responsabilidad Social de las Empresas (...)”*.

A este respecto cabe citar la Resolución 130/2018, 9 de febrero del TACRC que señal *“En cuanto a la falta de motivación, esta debe de ser rechazada, puesto que, señalábamos en las Resoluciones 842/2017 y 1059/2017, que la motivación por referencia a este informe, o ‘motivación in aliunde’, ha sido válidamente aceptada por este Tribunal en reiterada doctrina, por lo que tampoco es una cuestión controvertida: ya en la Resolución nº 786/2015 se decía: ‘Esta forma de motivación mediante remisión a informes técnicos obrantes en el expediente es una forma*

admitida de motivación de un acto administrativo. Se trata de una motivación de nominada doctrinalmente ‘motivación in aliunde’; su fundamento legal se encuentra en el artículo 89.5 Ley 30/1992 conforme al cual: "5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.’ El Tribunal Supremo considera igualmente válida esta forma de motivación, y así cabe citar la STS de once de Febrero de dos mil once (recurso no 161/2009): ‘Siguiendo con la exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 ‘in fine’, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005 , 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990 -en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica ‘in aliunde’ satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”.

Hay que destacar que la Mesa de contratación remitió al recurrente el comunicado de defectos adjuntando el informe técnico detallado, por lo que en todo momento ha conocido las deficiencias y ha tenido la posibilidad de subsanarlas.

Por todo lo anterior, este motivo debe ser desestimado.

El segundo motivo, se refiere a Nulidad del acto recurrido por infracción de los artículos 125, 126, 145 y 146 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, cláusulas 1ª.7 del PCAP y 3ª del PPT y artículo 24 CE. Error manifiesto en la determinación de la documentación exigible para la acreditación de la adscripción de medios personales con relación a la experiencia y formación de los formadores y su valoración, vulneración de los principios de libre competencia, trato igualitarios, antiformalismo, equidad, seguridad jurídica, confianza legítima y prohibición del principio jurisprudencial *venire contra factum proprium non valet*.

El órgano de contratación manifiesta que los pliegos que rigen la licitación fueron aprobados por la Administración y fueron aceptados por los licitadores que presentaron oferta sin cuestionar el contenido de los mismos, por lo que carece de fundamento argumentar en este momento que determinadas cláusulas de los mismos les puedan parecer contradictorias. Además a la hora de acreditar los medios humanos que debían adscribir al contrato se les llegó a facilitar teléfonos de contacto por si tenían que solicitar algún tipo de aclaración.

El recurrente, por tanto, está planteando una discrepancia respecto al PCAP, cuestionando la legalidad del mismo al considerar que limita los principios de transparencia e igualdad, una vez que ya ha sido excluido del contrato.

A este respecto, debe considerarse el carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los Pliegos dado que deben considerarse aceptados expresamente por el licitador al hacer su proposición, constituyendo la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como al licitador.

El artículo 139 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”*.

En este caso, resulta ilustrativa la Resolución 927/2018 del TACRC *“Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar. Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta,*

ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que “La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”.

Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al

mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general”.

Como señalábamos en la Resolución 31/2019 de este Tribunal: *“En el caso que nos ocupa, la recurrente no necesitaba esperar a la adjudicación para constatar la existencia de ilegalidad del PPT o conocer su alcance. Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos ahora impugnados al pretender el base a ellos ser adjudicataria, manteniendo una segunda opción, para el caso de no serlo, mediante la impugnación de los pliegos. Ello supondría ir en contra de los principios de buena fe y de prohibición de actuación contra sus propios actos, por lo que esta pretensión debe ser desestimada”.*

Por ello, este motivo debe ser desestimado.

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 don P.L.O. y don A.P.C., en nombre y representación de Innovación y Desarrollo Local, S.L.; y don R.B.I., en nombre y representación de Anova IT Consulting, S.L., que licitaron bajo compromiso de UTE, contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda por la que se declara decaído su derecho a ser adjudicatario del lote del lote 1 del contrato *“126 cursos dirigidos a emprendedores de la Comunidad de Madrid, promovido por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid”.*

Segundo.- Levantar la suspensión acordada con fecha 16 de mayo de 2019.

Tercero.- 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.

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.