

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado Don J.C.M. en nombre y representación de la sociedad “Grupo Conforsa, Análisis, Desarrollo y Formación, S.A.”, contra la licitación del servicio de “realización cursos de formación para el empleo, en el marco del convenio de colaboración, firmado el 31 de diciembre de 2012, entre el Ayuntamiento de Alcalá de Henares y la Comunidad de Madrid”, por el ente público empresarial Alcalá Desarrollo, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, expediente I-2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 febrero de 2013, se publicó en el perfil de contratante y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación correspondiente al contrato “realización cursos de formación para el empleo, en el marco del convenio de colaboración, firmado el 31 de diciembre de 2012, entre el Ayuntamiento de Alcalá de Henares y la Comunidad de Madrid”, por el ente público empresarial Alcalá Desarrollo (en adelante Alcalá Desarrollo), del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, con un presupuesto base de licitación de 386.358 euros, dividido

en 14 lotes.

Segundo.- El artículo 4 del Pliego de Cláusulas administrativas Particulares (PCAP) establece como requisito para acreditar la solvencia técnica o profesional: *"Ser Centro acreditado y/o inscrito, aportando, para cada una de las especialidades formativas que figuran en cada lote, excepto para los lotes 12, 13 y 14, la Resolución de Inscripción y/o Acreditación de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo, emitido por la Dirección General de Formación de la Comunidad de Madrid, Asimismo, dicho centro deberá estar ubicado en Alcalá de Henares"*.

Grupo Conforsa, Análisis, Desarrollo y Formación, S.A. (en adelante Conforsa) licitó a los lotes nº 2 y 10.

El día 27 de febrero, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre que contiene la proposición económica, resultando que la empresa FEI, Formación y Educación Integral, S.A.L. (en adelante FEI) se presenta a 9 de los 14 lotes, entre ellos los lotes 2 y 10.

Consta en el expediente, como último trámite, realizado el 2 de marzo de 2013, la propuesta de adjudicación de los lotes nº 12, 13 y 14.

Tercero.- El 5 de marzo de 2013 Conforsa presenta escrito calificado como recurso especial en materia de contratación ante Alcalá Desarrollo, en el que *"solicita a la Mesa de contratación que tenga por recurrida la licitación del expediente I-2013, dando traslado de este escrito a quien corresponda y realizando la revisión de las adjudicaciones realizadas"*.

La recurrente manifiesta que según la información publicada por la Comunidad de Madrid el centro de formación Alcalá Formación, se presenta a la licitación con el nombre de FEI, Formación y Educación Integral, S.A.L. no está acreditada/inscrita en ninguna de las especialidades de los lotes 2 y 10. Afirma que

hasta hace relativamente poco tiempo ni siquiera era posible acreditar/inscribir en la Comunidad de Madrid más de dos especialidades por aula. Añade que *“esta posibilidad existe, según fuentes consultadas en la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid, desde finales del mes de enero, y ni siquiera, a día de hoy se ha publicado ni se ha dado a conocer a los Centros de Formación Profesional para el Empleo”*. Considera que toda ventaja concedida a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuada en beneficio de los demás oferentes, lesiona e infringe el principio de igualdad, viciando de nulidad los actos del procedimiento y el contrato que va a formalizarse.

Cuarto.- El día 15 de marzo se remite a este Tribunal el citado recurso, acompañado de una copia del expediente de contratación y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

El órgano de contratación, en su informe señala que no es competente en la materia que se reclama, a saber, el procedimiento de inscripción y/o acreditación de los Centros de Formación Profesional, pertenecientes a la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura. Y que este Ente, al igual que este Grupo, no ha sido concedor de dichos cambios hasta que se produce la apertura del sobre 1.

Asimismo, afirma que procedió a solicitar información y explicaciones a la Dirección General de Formación de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid, *“cuando tuvo conocimiento o, así parece por la documentación aportada por una de las empresas radicada en Alcalá de Henares y presentada a la licitación, que ya no existe la restricción de 2 especialidades formativas a homologar -acreditar o inscribir- por aula, ya que aporta una Resolución de Inscripción y/o Acreditación de Centros de la citada Dirección General, que excede la norma de 2 especialidades por aula”*. Sobre esta circunstancia, dice que dicho Ente no ha recibido en ningún momento, instrucción de que ya se pueden

inscribir o acreditar más de dos especialidades por aula. Considera que esta situación podría llevar a una deficiente ejecución del programa formativo por falta de capacidad, en el caso de que se le adjudicaran todos los lotes a los que licita, y ello provocaría que haya especialidades que no se puedan ejecutar, o bien se ejecuten en horarios no recomendables, que no van a permitir la conciliación de la vida familiar, entre otras. Además señala que al no ser concedor de estas circunstancias, no ha podido transponer a los pliegos ningún criterio y/o normas, que eviten que un solo adjudicatario ejecute más acciones formativas, de las que le permite su centro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar cabe analizar la competencia del Tribunal para la Resolución del presente recurso. El artículo 40.1 del TRLCSP establece que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos relacionados en el apartado 2, cuando se refieran a determinados tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores. Por ello procede conocer la consideración que a tales efectos ostenta el ente público empresarial Alcalá Desarrollo.

Alcalá Desarrollo, es un ente público empresarial local dependiente del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, constituido al amparo del artículo 85.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y de los artículos 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), para la gestión de los servicios municipales en materia de desarrollo y promoción económica y social del municipio.

Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente

regulados para las mismas en la LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Tanto el artículo 57 de la LOFAGE como el artículo 32 de los Estatutos de Alcalá Desarrollo (publicados en el BOCM de 12 de julio de 2005) establecen que el régimen de contratación será el previsto para este tipo de entes en la normativa reguladora de la legislación de contratos del sector público. Esta remisión implica cierta dificultad a la hora de determinar el régimen contractual de las entidades públicas empresariales, que ha de establecerse por referencia a lo dispuesto en el TRLCSP. Alcalá Desarrollo no tiene aprobadas instrucciones de contratación, ni al amparo del artículo 191.b) del TRLCSP, ni al amparo del artículo 192.3, por lo que tampoco resulta clarificador a la hora de determinar la consideración que ha de tener a la hora de aplicar el TRLCSP.

El art. 3.2 del TRLCSP establece que no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los Organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

No obstante, a la vista de la definición que de las entidades públicas empresariales establece el artículo 53.1 de la LOFAGE, no cabe afirmar que en todo caso han sido creadas para satisfacer finalidades de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, no son poderes adjudicadores, dado que dicho artículo alude como fines de los citados organismos no sólo a la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, sino también a la realización de actividades prestacionales y a la gestión de servicios, funciones estas últimas que no cabe calificar sin más como funciones mercantiles o industriales.

En consecuencia, no puede establecerse una equiparación entre entidad pública empresarial y entidad que ha sido creada para fines mercantiles o industriales o, lo que es igual y a los efectos que aquí interesan, una equivalencia

entre entidades públicas empresariales y entidades que no ostentan la condición de poder adjudicador, por lo que habrá que analizar en cada supuesto, atendiendo a la naturaleza de la actividad, si el ente público empresarial determinado tiene, o no, la condición de poder adjudicador.

Según el artículo 3.3 del TRLCSP considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de las Administraciones Públicas que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Atendiendo a los fines estatutarios de Alcalá Desarrollo (gestión directa de los servicios públicos de desarrollo y promoción económica y social del municipio) difícilmente puede entenderse que se trata de una entidad creada para fines mercantiles o industriales, por lo que no puede concluirse su exclusión de la condición de poder adjudicador. Por ello debe analizarse el régimen de financiación y la composición de su órgano de administración, resultando, según informa la Intervención General Municipal que se financia mayoritariamente por transferencias del Ayuntamiento de Alcalá y por otra parte, en sus Estatutos resulta que la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de la entidad son nombrados por el Ayuntamiento, de lo que cabe inferir su condición de poder adjudicador.

En cuanto al régimen de impugnación de la actividad contractual de las entidades públicas empresariales que ostentan la condición de poderes adjudicadores de contratos no sujetos a regulación armonizada, el artículo 40 del TRLCSP admite la posibilidad de recurso especial en materia de contratación, por lo tanto corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de

la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- Se trata de un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, por importe superior a 200.000 euros y por lo tanto, en principio, susceptible de recurso especial.

En cuanto al acto objeto de recurso se constata que aunque el recurso se dirige “*contra la licitación*” no se concreta el acto recurrido. El Tribunal no es competente en materia del procedimiento de inscripción y/o acreditación de los Centros de Formación Profesional para el Empleo, cuestión central de la impugnación, cabiendo deducir, de los hechos expuestos y la fundamentación del recurso que se recurre la admisión de la empresa FEI, Formación y Educación Integral, S.A.L.

Según el artículo 40.2 del TRLCSP “*Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:*

a) *Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*

b) *Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.*

c) *Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”.*

La impugnación afectaría, por tanto, a un acto de trámite, por lo que debe analizarse si la decisión de la Mesa de contratación de admisión de un licitador constituye uno de los actos de trámite cualificados a que se refiere el citado artículo 40.2 del TRLCSP.

En el procedimiento de licitación hay una resolución final que pone fin al mismo, la adjudicación, y para llegar a la misma se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos y con actos diferentes. Estos actos previos a la resolución son los que la ley denomina actos de trámite. Son actos instrumentales de la resolución. No quiere decirse que los actos de trámite no son impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración, quiere decir que no son impugnables separadamente y salvo que la ley los considere de una importancia especial (que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos) no pueden impugnarse de forma separada, por un principio de concentración procedimental, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.

Es evidente que el acto recurrido, es decir el acuerdo de la Mesa de contratación admitiendo a la licitación a una empresa, constituye un acto de trámite, pero no precisamente determinante de la imposibilidad de continuar el procedimiento para ella, sino exactamente del efecto contrario. En tal sentido, parece en principio que no debería admitirse la impugnación formulada.

A juicio de este Tribunal, la aclaración que hace el inciso final del artículo 40.2.b) mencionando de forma expresa que “se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores” admite la interpretación a *sensu contrario* que no se consideran actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la inclusión de licitadores.

Por la misma razón se excluye la posibilidad de que los actos de trámite que

no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos, pues, con independencia de que la admisión en el procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión.

En el caso objeto del presente recurso, la admisión de una oferta no puede integrarse en ninguno de los supuestos admitidos en la Ley como trámites cualificados que permiten la interposición del recurso especial, pues no decide sobre la adjudicación; ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos porque el recurrente aún podrá recurrir, de considerarlo necesario, contra el acto de adjudicación; ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva sobre la adjudicación.

A la vista de lo expuesto, procede declarar la inadmisión del recurso, por cuanto el acto recurrido es un acto de trámite no impugnabile separadamente, sin perjuicio de la facultad que asiste al recurrente de impugnar aquél, en su caso, en el recurso que se interponga contra la adjudicación.

No obstante, tal como establece el artículo 40.3 del TRLCSP, los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 del mismo, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, si procede, sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4

del TRLCSP y el artículo 3 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.C.M. en nombre y representación de la sociedad “Grupo Conforsa, Análisis, Desarrollo y Formación, S.A.”, contra la licitación del servicio de “realización cursos de formación para el empleo, en el marco del convenio de colaboración, firmado el 31 de diciembre de 2012, entre el Ayuntamiento de Alcalá de Henares y la Comunidad de Madrid”, por el ente público empresarial Alcalá Desarrollo, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, expediente I-2013.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 49 TRLCSP.