



Recurso nº 107/2011

Resolución nº 142/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de mayo de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don Ángel Sallé Alonso y Don Juan Carlos Collado en representación, respectivamente, de ENRED CONSULTORÍA, SL y CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO, SL, como integrantes de la Unión Temporal de Empresas a constituir por ambas entidades, contra el acuerdo de 13 de abril de 2011 adoptado por la Mesa de Contratación del Instituto de la Mujer, constituida para analizar la documentación de carácter previo exigida para participar en la licitación del contrato "Asistencia y asesoramiento técnico continuado al Programa de Mainstreaming de Género, enmarcado en el Programa Operativo de Asistencia Técnica, Cooperación Transnacional e Interregional para el periodo 2007-2013", por la que se le excluía de la licitación, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Instituto de la Mujer, convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente, los días 17 de febrero y 9 de marzo de 2011, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios antes citado, en la que presentó oferta la UTE recurrente.

Segundo. Con fecha 5 de abril de 2011 se constituyó la Mesa de Contratación de Instituto de la Mujer para examinar la documentación general y, dentro de ella, la acreditativa de la solvencia económica y técnica exigida para participar en la licitación indicada. Como resultado del análisis de la misma la Mesa requirió a la recurrente para que presentase, respecto de la persona que lleva a cabo la dirección del proyecto, la acreditación, tanto de la formación en género (mínimo de 200 horas) como de una experiencia profesional de más de tres años en el ámbito objeto del contrato.



Con fecha 13 de abril de 2011 la propia Mesa adoptó acuerdo excluyendo de la licitación a la UTE ENRED CONSULTORÍA, SL - CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO, SL por considerar que la documentación aportada en periodo de subsanación no acredita para la persona que lleva a cabo la dirección del proyecto una formación en género mínima de 200 horas.

Tercero. Contra dicho acuerdo la UTE indicada ha interpuesto recurso ante el órgano de contratación, mediante escrito recibido el día 25 de abril de 2011, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que tras alegar lo que consideró conveniente a su derecho, solicitaba además de la anulación del acuerdo impugnado, la retroacción de las actuaciones hasta el momento de evaluación de la solvencia técnica y profesional, así como que se declare acreditada la solvencia de la UTE recurrente.

Solicita también la recurrente, como medida provisional, suspender el procedimiento de adjudicación y la ejecutividad de cualquier decisión adoptada por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha en la que la Mesa acordó su exclusión.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado este trámite por las interesadas.

Quinto. Con fecha 4 de mayo de 2011, el Tribunal acordó conceder la medida cautelar solicitada por la recurrente, consistente en suspender el procedimiento de contratación objeto de recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación y se interpone ante el órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Debe ponerse de manifiesto a este respecto que tanto el inicio del procedimiento como consecuentemente la presentación del recurso, tuvieron lugar encontrándose vigente la



Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se reforma el recurso especial en materia de contratación, en vigor el día 10 de septiembre de 2010.

A tenor de ello debe concluirse que el recurso especial en materia de contratación a interponer debe ser el resultante de la reforma efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, esto es el previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público, y no el anteriormente regulado por el artículo 37 de la citada Ley en su primitiva redacción.

Consecuencia de ello es que, no estando atribuida la competencia para resolver el recurso al órgano de contratación sino a este Tribunal, es él quien debe conocer del presente recurso y dictar la resolución que proceda en el mismo.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello y dentro de plazo al no haber transcurrido entre la adopción de la resolución y la interposición del mismo más de los quince días hábiles que establece el artículo 314.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos asimismo a la determinación de si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos resultan susceptibles de recurso en esta vía.

A tal respecto, debe traerse a colación lo dispuesto en el artículo 310.2, letra b) de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el cual son recurribles *“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”*. No cabe duda de que la exclusión de un licitador en el procedimiento de adjudicación implica para éste la imposibilidad de continuar en la tramitación del mismo. Pero por si alguna duda cabía albergar respecto de ello, la propia Ley la disipa al disponer en el párrafo siguiente 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”*.

Resulta así, evidente que el acto impugnado en el presente recurso constituye objeto recurrible de conformidad con la Ley.

Cuarto. La cuestión planteada en el presente recurso se refiere a la determinación de si la recurrente subsanó adecuadamente la omisión cometida al presentar la documentación a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, la recurrente alega en primer lugar falta de motivación del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, en cuanto que entiende que el mismo no le ha sido notificado debidamente ni por ende motivado, privándola así de su derecho a conocer de manera detallada las razones que han llevado a la Mesa de Contratación a acordar su exclusión, lo cual según señala en su recurso, le impide valorar si dicha decisión es o no ajustada a derecho, viciando en consecuencia dicho acuerdo

Quinto. Respecto a la falta de motivación del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, señala el órgano de contratación en su informe que si bien es cierto que hasta la fecha no se había notificado a la recurrente acuerdo motivado de exclusión, no es menos cierto el conocimiento que tiene la misma de las causas de la exclusión, pues de un lado observa que las mismas se expusieron en el acto público de apertura de la documentación relativa a criterios ponderables mediante juicio de valor, y de otro señala que ese conocimiento se pone de manifiesto en el propio recurso planteado por la recurrente.

De otra parte alude en su escrito el órgano de contratación que con fecha 27 de abril de 2011, se ha remitido a las empresas excluidas resolución adoptada por la Mesa de Contratación por la que se acuerda la exclusión.

Sexto. Examinado el expediente remitido a este Tribunal se observa que efectivamente, como documento nº 19, se acompaña comunicación del acuerdo de exclusión remitido a la UTE recurrente, de fecha 27 de abril de 2011, indicando como causa de la misma *“la no acreditación del mínimo de 200 horas de formación en género por parte de la persona propuesta para la dirección del proyecto impide considerar cumplida la solvencia técnica por parte de la empresa licitadora (...)”*.



No obstante lo anterior, interesa indicar en este punto que la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 135.4 impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, en el acto de calificación de la documentación efectuado por la Mesa, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación, tal y como señala el artículo 314.2.b) de la citada Ley, a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

En cambio la Ley de Contratos del Sector Público no obliga a la Mesa de Contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, y que permitiría el que comenzará a contar el plazo para la interposición del recurso especial, desde que el interesado tuviera conocimiento de su exclusión. A estos efectos, tal y como se ha señalado anteriormente, mediante escrito de fecha 27 de abril de 2011 se ha procedido a notificar individualmente la exclusión a los licitadores excluidos, con indicación de la causa de exclusión

En consecuencia la actuación del órgano de contratación en este sentido ha sido la correcta, en cuanto que según el expediente remitido a este Tribunal no se ha producido el correspondiente acuerdo de adjudicación y por tanto no se ha notificado a los licitadores, con la información que necesariamente debe de incluirse en ella, para que los mismos puedan interponer recurso suficientemente fundado.

De otro lado, visto el recurso interpuesto por la UTE recurrente, resulta claro su conocimiento de la causa de exclusión, pues en el mismo expone con detalle sus argumentos al objeto de tratar de justificar que la misma ha sido improcedente. No pueden por tanto admitirse las alegaciones realizadas por la recurrente, tanto respecto a que el acuerdo de exclusión está viciado, como a que no dispone de información para valorar si dicho acuerdo es o no ajustado a derecho.

Séptimo. Con carácter previo a examinar el fondo de la cuestión discutida es necesario apuntar que, si bien la recurrente en su escrito de recurso pone de manifiesto la dilatada experiencia profesional de la persona que propone para dirigir el proyecto, hasta el punto que parece deducirse del mismo que con la citada experiencia cabría considerar cumplido el requisito de la solvencia técnica y profesional que exigen los pliegos, no siendo necesaria la exigencia de horas de formación –causa que determina su exclusión del procedimiento-, debe manifestar este Tribunal al respecto que, en el supuesto que la ahora recurrente hubiera considerado que alguna exigencia contenida en los pliegos resultara innecesaria, desproporcionada o incluso contraria a derecho, debió recurrir el contenido de los pliegos en tiempo y forma, circunstancia ésta que no se produjo.

Así, de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior, es preciso recordar que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores. Respecto de estos últimos supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso justificar la solvencia con arreglo a los criterios contenidos en el pliego de cláusulas, y que en caso de no hacerlo podrán ser excluidos de la licitación previo requerimiento de subsanación.

Finalmente anotar que aún cuando se solicitó por la Mesa de Contratación la subsanación a la UTE recurrente de la acreditación de la experiencia profesional de la persona propuesta como directora del proyecto, en la medida que la documentación aportada por la misma fue considerada correcta por la Mesa, en cuanto que ya no se incluye como causa de exclusión, en la presente resolución no se examinarán las cuestiones que la UTE recurrente pone de manifiesto al respecto.

Octavo. Sentado lo anterior, la cuestión de fondo que plantea el recurso se refiere a si la recurrente en periodo de subsanación aporta la documentación necesaria que permita acreditar que la persona propuesta para dirigir el proyecto cumple el requisito exigido en el pliego y que consiste en acreditar una formación en género mínima de 200 horas.

En concreto la citada exigencia se contiene en el punto 13 de la Hoja-Resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, cuando al referirse a los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional dispone que *“Las empresas licitadoras deberán presentar relación de las personas que formarán parte de: Dirección del Proyecto (...). a) Se presentará una relación de las personas que se proponen para realizar el trabajo de cada una de las diferentes actuaciones, en la que figure acreditación de titulación académica superior (...), formación en género (mínimo 200 horas), mas de 3 años de experiencia profesional en el ámbito del contrato, y la asignación a la tarea o tareas del plan de trabajo. (...)”*.

En este sentido las argumentaciones de la recurrente se dirigen a que la formación en género exigida en el pliego, en este caso para la directora del proyecto, si bien la misma no la cumple en condición de alumna, si la cumple en cuanto a la capacitación que posee, pues además de haber desempeñado cargos de especial relevancia, los cuales se citan en el escrito de recurso y de subsanación, ha desarrollado una amplia y variada labor docente en género, ha participado como experta en diferentes Grupos de Trabajo y es autora y co-autora de numerosas publicaciones relacionadas con la igualdad de género. A estos efectos se adjunta Curriculum Vitae en el cual se hacen constar las acciones anteriormente descritas.

En síntesis, la empresa recurrente entiende que la formación exigida se cumple tanto si se acredita como alumna al igual que se si acredita como docente.

Noveno. Por el contrario el órgano de contratación en su informe hace constar que si bien se comprueba que la persona propuesta para la dirección del proyecto cuenta con la titulación académica requerida y con una acreditada experiencia profesional y empresarial en los ámbitos exigidos, sin embargo, y por lo que se refiere a la formación, no se justifica el mínimo de 200 horas de formación en género exigido, circunstancia ésta que determina su exclusión.

Añade el órgano de contratación que no es admisible la argumentación de la empresa recurrente, de pretender justificado el requisito exigido del mínimo de 200 horas de formación en género con base en el “número de horas dedicadas a la reflexión,

producción, comunicación de ideas, ejercicio profesional, docencia y publicaciones en este campo”.

En este punto interesa indicar que la actuación de la Mesa de Contratación solicitando a la ahora recurrente la subsanación del requisito de solvencia técnica o profesional, en los términos indicados en el Antecedente de hecho segundo, debe calificarse de correcta. Así, la tendencia generalizada que marcan tanto la Jurisprudencia como los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se dirige hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público. Esta tendencia se pone de manifiesto también en el tratamiento reglamentario dado a esta materia, de forma muy especial en el artículo 81.2 del Reglamento General de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El precepto indicado dispone que *“si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados... concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*. Requisito éste cumplido por la Mesa de Contratación tal y como se ha señalado anteriormente.

No obstante lo anterior, cumplido el trámite de subsanación citado, corresponderá a la Mesa valorar si la documentación presentada acredita el defecto u omisión que dio lugar a la subsanación.

Décimo. Vistas las posturas de las partes, la primera cuestión a determinar será la de si efectivamente se debe admitir como formación en género el periodo de docencia de la persona propuesta como directora para el proyecto por la UTE recurrente.

En este sentido, entiende el Tribunal que si el requisito exigido es el de formación, en la medida que se valoran los cursos recibidos, con mayor motivo deben valorarse igualmente las horas de formación en género impartidas, pues la formación que es el requisito exigido en este supuesto para acreditar la solvencia se cumple igualmente, si bien en lugar de cómo alumno se hace como profesor o ponente.

De otro lado, el pliego cuando exige la formación en género no explicita bajo que condiciones o requisitos debe de acreditarse la misma, no siendo posible que la Administración a posteriori determine que esta exigencia sólo se puede cumplir mediante la asistencia como alumno a cursos, conferencias, etc., de formación en género. De ser esto así, se estaría incurriendo en clara arbitrariedad por la Administración, pues los potenciales licitadores al presentar sus proposiciones, en este caso la documentación acreditativa de requisitos previos, y por lo que aquí interesa la relativa a la acreditación de la solvencia técnica o profesional, no conocerían el criterio a aplicar por la Administración para verificar el cumplimiento del requisito exigido, lo cual podría dar lugar a que la documentación aportada por el licitador fuera insuficiente determinando así su exclusión.

Por último anotar que la formación en género, aún cuando pueda acreditarse ya sea mediante la asistencia a cursos o la impartición de los mismos, lo que no puede admitirse, como pretende la recurrente, es su acreditación mediante la participación en Grupos de Trabajo o publicaciones, pues dichos aspectos lo que acreditan es la experiencia profesional en este caso de la persona propuesta como directora del proyecto, sin que sea posible a través de ellos cuantificar una formación que es la exigencia que se contiene en el pliego de cláusulas.

Undécimo. Cuestión distinta de la anterior es si la documentación aportada por la UTE recurrente en periodo de subsanación acredita debidamente una formación en género mínima de 200 horas.

Examinada la documentación incorporada al expediente, se observa que en su contestación la UTE recurrente en el apartado denominado Docencia (página 857 del expediente) incluye una relación de los cursos en los que ha participado la persona propuesta (5 cursos, años 2007 a 2010), así como indicación de su trabajo como profesora asociada en la Universidad de Barcelona e invitada en las de Cádiz y País Vasco, en concreto como duración de los periodos se hace constar en un caso "diversos años" y en otro "2008 y 2009". No obstante, no se aporta documentación alguna que permita acreditar los periodos de formación antes citados.

De otro lado, en la páginas del expediente 866 a 872, que se aportaron también en periodo de subsanación, se relacionan diversas ponencias realizadas por la interesada, si



bien al igual que en el caso anterior dicha relación no permite determinar las horas de formación y por tanto conocer si se cumple el mínimo exigido en los pliegos de 200 horas de formación. Se acompaña asimismo, diversa documentación referida a presentaciones realizadas por la interesada, así como programas de conferencias en las cuales ha participado la misma, sin embargo la información que en ellos consta no permite tampoco determinar que se cumpla el mínimo de horas exigido en el pliego como formación.

En cuanto a la acreditación de las horas en formación de género exigidas en el pliego de cláusulas administrativas, entiende este Tribunal que la misma debe hacerse por cualquier medio que permita, en este caso a la Mesa de Contratación, conocer de forma indubitable su veracidad. A tal respecto, no parece que deba ponerse en tela de juicio que una mera declaración o relación de cursos, ponencias o actividades realizadas, puede considerarse como un documento acreditativo por sí mismo de su contenido.

Es cierto que el pliego exige la acreditación de la formación en género sin más consideraciones. Sin embargo, la no exigencia de que la acreditación sea fehaciente en este último caso no implica sino que para su acreditación no se exige ninguno de los documentos a los que la Ley atribuye el efecto de hacer fe, es decir los notariales, administrativos o judiciales que reúnan determinados requisitos, pero tampoco que deba admitirse una simple declaración de parte a la que, como tal, no es posible dar el mismo crédito que a los documentos emitidos por terceras personas a quienes cabe atribuir un adecuado nivel de veracidad, y que en su caso podrían resultar admisibles. En resumen, acreditar siempre implica que el medio a través del cual pretende hacerse tenga un nivel de credibilidad aceptable, aún cuando la Ley, por las circunstancias intrínsecas del documento, no le atribuya la condición de documento fehaciente.

No obstante lo anterior, es preciso apuntar que en la documentación aportada como subsanación se incluyen, además de la documentación citada anteriormente y que no permite cuantificar las horas en formación, algunos programas de las actividades en las cuales ha participado la persona propuesta como directora del proyecto, los cuales si permiten cuantificar esas horas y pueden admitirse como acreditación de formación. Sin embargo, en ningún caso alcanzan el mínimo de 200 horas exigido en el pliego.



En definitiva, la documentación aportada por la UTE recurrente en periodo de subsanación, si bien hace referencia a actividades de la persona propuesta como directora del proyecto que podrían admitirse como formación en género, en este caso en calidad de profesor o ponente, en la medida que la documentación citada no permite que se pueda determinar de forma fehaciente un número de horas en formación al menos de 200 horas exigidas en el pliego de cláusulas administrativas, nos lleva a concluir que la Administración obró correctamente y con prudencia al excluir a la recurrente de la licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por Don Ángel Sallé Alonso y Don Juan Carlos Collado en representación, respectivamente, de ENRED CONSULTORÍA, SL y CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO, SL, como integrantes de la Unión Temporal de Empresas a constituir por ambas entidades, contra el acuerdo de 13 de abril de 2011 adoptado por la Mesa de Contratación del Instituto de la Mujer, por la que se excluía a la recurrente de la licitación del contrato de "Asistencia y asesoramiento técnico continuado al Programa de Mainstreaming de Género, enmarcado en el Programa Operativo de Asistencia Técnica, Cooperación Transnacional e Interregional para el periodo 2007-2013", confirmando el acuerdo recurrido por ser conforme a derecho.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento concedida por este Tribunal con fecha 4 de mayo de 2011.

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 317.5 de la Ley.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción



de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

