

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

En Madrid, a 17 de junio de 2015.

VISTO el recurso especial interpuesto por don A.G.P., en nombre y representación de Virensis, S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación del contrato “Impartición de talleres en los centros culturales y socioculturales Alberto Sánchez, El Pozo, Lope de Vega y Talleres de Creatividad en el Distrito de Puente de Vallecas”, expediente 300/2014/1103, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Vallecas, de 31 de octubre de 2014, se inició el expediente de contratación y se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Condiciones Técnicas (PCT) para la adjudicación del contrato de servicios citado, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y valor estimado de 983.673,84 euros.

La licitación se publicó en el BOCM de fecha 7 de abril de 2015 y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, en esa misma fecha.

Segundo.- El PCAP en su Anexo I apartado 12 disponía para acreditar la solvencia técnica o profesional los siguientes criterios:

“- Artículo 78 apartado/s:

Apartado: a) “Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Requisitos mínimos de solvencia: Se entenderá acreditada mediante la concurrencia de los siguientes medios: Acreditación de haber realizado a lo largo de los últimos tres años al menos tres trabajos de programas de talleres culturales, en cada uno de los cuales se hayan impartido al menos 80 cursos o talleres de naturaleza análoga al objeto del contrato, y que hayan contando con una asistencia global de al menos 900 personas por año, al conjunto de actividades programadas. Aportando para ello los correspondientes certificados de ejecución, que cumplan los requisitos establecidos en el artº 78.del TRLCSP.

Apartado e) “Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

Requisitos mínimos de solvencia: El personal administrativo deberá contar con Educación Secundaria y/o Formación Profesional en rama administrativa. El coordinador deberá contar con titulación superior en cualquier rama de humanidades. Los monitores de los talleres deberán tener título de formación específica en la actividad que se imparta de tipo grado medio o superior, y en aquellos casos en que no exista titulación específica, se acreditará mediante una experiencia docente mínima de nueve meses en escuelas, academias, centros educativos, gimnasios, centros, culturales o escuelas universitarias, asociaciones o

experiencia profesional relacionada (exposiciones, actuaciones, conciertos o taller propio), en la actividad específica.

Los licitadores deberán incluir, acompañando a los documentos acreditativos de la solvencia, los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato”.

Tercero.- Realizada la tramitación pertinente, con fecha 12 de mayo de 2015, la Mesa de contratación se reunió para abrir el sobre con la documentación administrativa de las tres empresas licitadoras presentadas y analizada la documentación aportada por la recurrente, en relación con el apartado 12 del Anexo I del PCAP dice:

“No presenta la documentación correcta ya que en relación con la solvencia técnica y profesional de conformidad con el apartado e) del art.78 deberá aportar las titulaciones académicas del personal que se indica a continuación”.

Indica la Mesa los nombres de dieciséis de las personas propuestas como responsables de la ejecución del contrato, respecto de las cuales se deberá aportar el título correspondiente o el certificado de experiencia profesional.

En consecuencia se le otorga un plazo de tres días para subsanar la documentación presentada.

Con fecha 12 de mayo se reúne de nuevo la Mesa de contratación para examinar la documentación requerida y acordó excluir de la licitación la oferta presentada por VIRENSIS, S.A., exponiendo las razones por las que se produce dicha exclusión:

“Del examen de dicha documentación relativa a la solvencia técnica resulta que no han sido aportadas las titulaciones académicas del personal que se indica a continuación: E.G.M. (ritmos latinos), M.A.M. (Judo), R.I.G. (Yoga y Taichi), S.C.R. (Arte Dramático y Danza o Teatro), P.A.L. (Dibujo y pintura), I.G.A. (Cerámica), M.G.B. (educación Infantil inglés), A.L.M. (Stretching y relajación), L.P.I. (Yoga y

Taichi), J.D.S.B. (Técnicas de memoria o indicar experiencia docente mínima de 9 meses), J.F.L. (Tapices y Telares).

Igualmente la Mesa observa que Virensis, S.A. ha aportado documentación (currículum y titulaciones de profesionales) que no constaba inicialmente en el sobre nº1”.

Por todo ello se acuerda la exclusión, ya que se considera que no se han subsanado los defectos en el plazo conferido.

El Acuerdo fue notificado por fax a la empresa, el día 13 de mayo de 2015.

Cuarto.- El día 26 de mayo se interpone ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de la oferta alegando que *“el núcleo central sobre el que gira la discusión que nos ocupa es si es posible, o no, reemplazar, en la fase de subsanación, parte de las personas que van a encargarse de la impartición de los talleres. Entendemos que la respuesta solo puede ser positiva, por no tratarse la identidad de los profesores de un elemento esencial en el contrato administrativo, sino tan solo su cualificación, toda vez que sería posible, durante la ejecución del contrato, la sustitución de los profesores inicialmente encargados de la impartición de los talleres, ya sea por motivos como fallecimiento, incapacidad laboral, despido o renuncia de alguno de aquellos.*

De estas cuatro últimas causas, tres escapan al control de la empresa, y de forma especial, la renuncia, como actividad unilateral del empleado, se puede producir tanto al día siguiente de haber presentado la propuesta a la Mesa de Adjudicación, como durante la fase de subsanación, como ha sido el caso. En cualquiera de los casos, no puede exigirse que los profesores incluidos en la propuesta sean los mismos que finalicen los talleres, y si eso no es así, tampoco podría exigirse que puedan ser sustituidos algunos de los profesores inicialmente reseñados durante la fase de subsanación”.

Solicita se dicte resolución estimatoria del recurso y anulando el acto de exclusión, se admita su oferta.

Quinto.- El órgano de contratación remitió el recurso y el expediente al Tribunal el día 29 de mayo de 2015, junto con el informe preceptivo sobre el recurso.

En el informe da cuenta de los trámites seguidos y manifiesta que la documentación aportada en fase de subsanación supone una nueva documentación ya que corresponden a otras personas distintas de las inicialmente propuestas, por lo tanto no puede admitirse y la empresa debe ser excluida.

Sexto.- Con fecha 3 de junio del 2015 el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido el plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Virensis, S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación del contrato para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la empresa por la Mesa de contratación de la licitación de un contrato de servicios de categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, con valor estimado superior al establecido en el artículo 40.1. b) de la citada Ley y el acto es recurrible de acuerdo con el apartado 2. b) de dicho artículo.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2. b) del TRLCSP pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 12 de mayo de 2015, fue notificado y recibida la notificación el día 13 de mayo, e interpuesto el recurso el día 26 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación, de conformidad con el artículo 44. 2 b) del TRLCSP.

Quinto.- La empresa recurrente alega que se han subsanado los defectos de acreditación de la solvencia sin que el hecho de modificar la identidad de los monitores propuestos en un primer momento sirva para la exclusión del procedimiento de contratación.

En apoyo de sus tesis cita *“la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 1141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), que se inclinan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que una interpretación literalista que conduzca a la NO admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia”*.

Solicita por tanto que se dicte resolución estimatoria del recurso y dejando sin efecto la posible adjudicación a otra empresa distinta.

Entrando al fondo del recurso, el TRLCSP establece las normas reguladoras de la presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones en los artículos 143 a 151. A su vez el artículo 160, respecto del procedimiento abierto, dispone que el órgano competente calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que se presentará en sobre distinto al que contenga la proposición y posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones formulando la propuesta de adjudicación una vez ponderados los criterios que deban aplicarse.

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, establece en el artículo 22 las funciones de la Mesa de contratación, y en concreto que le corresponde calificar la documentación de carácter general acreditativa de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 146.1 del TRLCSP y comunicar a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación, así como determinar los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El RGLCAP, en vigor en cuanto no sea contrario a lo dispuesto en el TRLCSP en esta materia, ni a lo previsto en su norma de desarrollo parcial, en su artículo 81 dispone que *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo comunicara verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego concediéndoles un plazo no superior a tres días hábiles para que los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

Según las normas citadas, la Mesa de contratación debe conceder plazo para subsanación de defectos detectados en la documentación administrativa presentada.

La doctrina consolidada del Tribunal Supremo reconoce el principio antiformalista en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública para lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

Los artículos 22 y 27 de Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP; y 84 y 87 del RGLCAP, otorgan facultades a la Mesa de contratación para adoptar en cada caso la decisión sobre la admisión o rechazo motivado de las proposiciones y la apreciación de defectos subsanables o insubsanables.

Se comprueba en el expediente que la empresa no presentó la totalidad de la documentación que el Pliego exigía para acreditar la solvencia técnica, en relación con el personal propuesto para realizar el servicio, teniendo en cuenta la posibilidad del procedimiento establecido en el TRLCSP, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP y el RGLCAP la Mesa le concedió un plazo para subsanación.

En cumplimiento del requerimiento, la empresa aportó las titulaciones de varios de los profesionales inicialmente propuestos y además las titulaciones de otros distintos, pero que completan las materias requeridas de acreditación por la Mesa, que en concreto son: Teatro, Tapices, Cerámica, Judo, Dibujo y Pintura, Yoga y Taichi e Inglés.

Respecto de las demás materias incluidas en el requerimiento, y que en el Acuerdo de exclusión de la Mesa se citan como no acreditadas, el Tribunal comprueba que sí constan las correspondientes titulaciones o certificados de experiencia de las siguientes personas:

E.G., Diploma de Profesor de bailes de salón, latinos, de la Asociación Española de Profesores de Bailes de Salón y Deportivos.

M.A.G., certificado de experiencia como docente en stretching y relajación además de certificados de cursos sobre la materia.

J.D.S.B., certificado de experiencia como docente en técnicas de memoria.

A.L.M., certificado de entrenadora de gimnasia, certificado de experiencia docente en estiramiento.

El órgano de contratación considera que la presentación en la fase de subsanación de la documentación de las titulaciones o certificados correspondientes a otros profesionales no puede considerarse tal subsanación porque supone nueva documentación ya que las titulaciones se exigían respecto de las personas determinadas cuyos nombre había aportado ya la empresa. Cita en este sentido el Informe de la Junta Consultiva 47/09 de 1 de febrero de 2010 que sostiene que *“puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación”*.

En este caso la documentación que presenta la recurrente debe acreditar y así lo ha hecho, que cuenta con los profesionales adecuados para realizar el contrato, por tanto no podemos considerar esencial el nombre de las personas propuestas, sino el hecho de que se cuente con personal de la titulación adecuada, tal y como sostiene la recurrente.

Es análogo a lo que sucede con el compromiso de adscripción de medios personales, cuya documentación justificativa se requiere al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, artículo 151.2 TRLCSP, pero no es condición necesaria que sean los mismos profesionales que incluyó en su proposición, ya que pueden haber ocurrido circunstancias que justifiquen un cambio de personas, aunque sí es necesario que tengan la cualificación exigida en los Pliegos. Si se admite que la identidad de los profesionales adscritos al contrato puede variar una vez realizada la propuesta de adjudicación e incluso una vez iniciada la ejecución del contrato, debemos concluir que también pueden variar en esta primera fase de presentación de proposiciones.

El Tribunal considera que, siendo admisible la subsanación de los defectos relativos a la acreditación de la solvencia técnica en relación al personal para prestar el servicio, debe admitirse igualmente que la identidad de los profesionales pueda variar respecto de los propuestos en un primer momento, siempre que la cualificación profesional de los mismos aparezca debidamente acreditada en la forma exigida en el Pliego.

En consecuencia, comprobada la subsanación mediante la documentación aportada, procede la estimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 el recurso especial, interpuesto por don A.G.P., en nombre y representación de Virensis, S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación del contrato “Impartición de talleres en los centros culturales y socioculturales Alberto Sánchez, El Pozo, Lope de Vega y Talleres de Creatividad en el Distrito de Puente de Vallecas”, expediente 300/2014/1103, y retrotraer las actuaciones al momento de admisión de las ofertas, admitiéndole a la licitación, debiendo la Mesa comprobar previamente las titulaciones o experiencia de los nuevos profesionales propuestos.

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 del TRLCSP.