

Recurso 197/2019

Resolución 387/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 14 de noviembre de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN** contra el anuncio y pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato denominado “Puesta en marcha y funcionamiento de servicios de mediación penal de menores”, convocado por la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (Expte. CONT/2018/137695), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del contrato asciende a 4.964.260,37 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla



parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El 23 de mayo de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN contra el anuncio y pliego de prescripciones técnicas de la contratación referenciada, escrito que previamente se había presentado el 21 de mayo de 2019 en una oficina de Correos (sucursal de Madrid).

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 24 de mayo de 2019, se remitió el escrito de recurso al órgano de contratación, reclamándole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la asociación recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación fue recibida en el Registro de este Tribunal el 30 de mayo de 2019.

QUINTO. El 4 de junio de 2019, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato..

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 6 de junio de 2019, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo señalado.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de



Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Procede ahora analizar la legitimación de la asociación recurrente al amparo de lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, conforme al cual *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Asimismo, el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“(...) los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.*

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.



A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto analizado, la asociación recurrente fundamenta su legitimación señalando que es una institución colaboradora de los poderes públicos que, conforme a sus estatutos, asume la defensa de los intereses del colectivo de los mediadores profesionales, velando por su desarrollo profesional en base a criterios de igualdad, mérito y capacidad. En tal sentido, manifiesta que los pliegos impugnados suponen una clara discriminación para el acceso profesional de los mediadores penales al desempeño de sus funciones.

Pues bien, el artículo 2 de los estatutos de la asociación contempla, entre los fines de esta, *“1.La promoción de la actividad profesional de la Mediación en sus distintas facetas previstas por la legislación vigente, esto es la Mediación Civil, Mercantil, familiar, Laboral, Social, Penal, Penitenciaria, y cualquier otra que nuestro ordenamiento jurídico permita, con las restricciones que legalmente se impongan.*

2.Colaborar con las distintas Instituciones, Administraciones, Tribunales de Justicia, Despachos Jurídicos, Colegios Profesionales y cualquier otra entidad o persona que requiera el asesoramiento profesional en la actividad Mediación.

3.Fomentar y colaborar en la creación de asociaciones regionales y/o provinciales con el objeto de desarrollar y regular la profesión de Mediador.

4.Desarrollar e impartir la formación y actualización de conocimientos para ejercer estas actividades profesionales.

5.Evitar el intrusismo profesional”.

Así pues, corresponde a la Asociación promover y fomentar la actividad profesional de la mediación, impartiendo formación y realizando otras tareas dirigidas a desarrollar y regular la profesión de mediador. Desde esta perspectiva, conforme a sus estatutos, la asociación tiene legitimación para impugnar los pliegos de esta contratación al considerar que los mismos lesionan los intereses de aquel colectivo profesional.

En el informe al recurso se esgrime que la recurrente carece de legitimación al no acreditar un interés directamente relacionado con el objeto del contrato, sino solo una relación refleja con dicho objeto. Asimismo, señala que la asociación alega una supuesta vulneración de los principios de libre concurrencia



e igualdad que, por el tenor del escrito de recurso, no se sabe si afecta a la propia asociación o a los mediadores a los que forma para el ejercicio de esa profesión.

No obstante, hemos de considerar que la amplitud de los términos del artículo 48 de la LCSP y de los propios fines de la asociación conforme a sus estatutos permite amparar la legitimación de la misma en defensa de los intereses de la profesión para impugnar los pliegos de esta contratación, sin que la alusión en el recurso al perjuicio que dichos pliegos puedan irrogarle a título particular como tal asociación impida, a priori, reconocerle legitimación para intervenir en apoyo y defensa de aquella actividad profesional, que considera perjudicada por el contenido de tales actos.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra el anuncio y pliego de prescripciones técnicas (PPT) de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 4.964.260,37 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 apartados a) y b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

- a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante*
- b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”.*

El anuncio de la licitación se publicó el 3 de mayo de 2019 en el perfil de contratante, facilitándose a través del mismo el acceso a los pliegos de esta contratación, por lo que el recurso presentado en el Registro del



Tribunal el 23 de mayo de 2019 se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada. La Asociación Española de Mediación solicita la anulación y consiguiente modificación de determinadas cláusulas del pliego de prescripciones técnicas y de la memoria justificativa de la contratación. Funda su pretensión en dos motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En primer lugar, esgrime vulneración de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la citada ley. En concreto, la asociación alega tres infracciones en los términos que exponemos a continuación:

1ª) La memoria (pág. 3) y el PPT establecen que *“Los Servicios de Mediación deberán seguir las directrices e instrucciones marcadas por la Administración, suministrando la información que le sea solicitada”*. A juicio de la asociación, ello conculca el principio de confidencialidad recogido en el artículo 9 de la Ley 5/2012, por lo que la cláusula transcrita deberá ser modificada y establecer limitaciones a la información facilitada a la Administración, excluyendo en todo caso los datos de los intervinientes, actas constitutivas del consentimiento informado y actas de acuerdos del resultado de la mediación, limitándose los datos solicitados a aspectos estadísticos.

2ª) El PPT establece que las entidades adjudicatarias deberán contar en todo momento, como mínimo, con el número de profesionales establecido para cada uno de los Servicios de Mediación y añade, respecto a la distribución de profesionales por cada servicio de mediación provincial, que habrá de contar con *“(…) personas con titulación universitaria de carácter oficial en alguna de las disciplinas de las ciencias sociales y jurídicas, que deberán contar con una formación específica de postgrado en mediación penal (que incluya en sus contenidos la mediación penal de menores) impartida por una Universidad u homologada por esta.”* A juicio de la asociación, tal previsión del pliego es contraria al artículo 12 de la Ley 5/2012 e impide el acceso a la licitación a la propia recurrente y a mediadores formados por entidades que no hayan adquirido la formación en Universidades. Considera, pues, que la cláusula debe ser modificada incorporando el contenido del citado precepto legal.



3ª) Las cláusulas del PPT sobre formación continua y prácticas profesionales limitan estas actividades a las Universidades, discriminando al resto de centros formativos en contra de lo dispuesto en la Ley 5/2012 y en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la citada ley.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se opone a las infracciones denunciadas por la asociación esgrimiendo, en síntesis, que no existe vulneración de la normativa invocada por la recurrente al no ser la misma de aplicación a la mediación penal de menores objeto de la contratación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. El artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que *“1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (...)”*.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal (...)”.

Así las cosas, el presente motivo debe desestimarse de plano pues, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, no es posible apreciar infracción alguna de normas que no son de aplicación al objeto de la contratación examinada y que así lo declaran expresamente (artículo 2.2 de la Ley 5/2012).

El Anexo I (características del contrato) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en su apartado 1 “objeto del contrato”, prevé que el servicio debe adecuarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, norma que sí se refiere a las funciones de mediación en dicho ámbito y respecto de la cual la asociación recurrente no denuncia infracción o vulneración alguna.

Procede, pues, desestimar el motivo.

SEXTO. En un segundo motivo, la recurrente esgrime confusión en los documentos de la licitación entre la solvencia técnica y la económica y financiera. Cita en tal sentido, el apartado IX B) de la memoria justificativa donde se establece, como medio de acreditación de la solvencia técnica, una relación de los principales servicios en los tres últimos años de igual o similar naturaleza y, como requisito mínimo de solvencia, que el importe anual acumulado, en el año de mayor ejecución, sea igual o superior al setenta



70% de la anualidad media del contrato.

Alega la asociación que esta previsión supone una vulneración de los principios de libre concurrencia y no discriminación porque una institución que realice la misma actividad *“en régimen de PRO BONO”*, es decir, sin recibir contraprestación económica por la realización de un servicio idéntico o análogo al licitado, no podrá participar en el procedimiento al no ser válida su solvencia técnica o profesional por asumir el coste de tales servicios. Esgrime, pues, que el requisito de solvencia técnica debe corregirse para exigirse solamente la acreditación de la realización de los servicios de similar o igual naturaleza, pero sin incluir los importes percibidos.

Frente a este alegato también se alza el órgano de contratación en su informe al recurso.

Como quiera que la recurrente denuncia infracción del requisito de solvencia técnica previsto en la licitación aludiendo a lo señalado en la memoria justificativa y sin mencionar el Anexo XVI del PCAP que es donde se establece la solvencia técnica o profesional exigida, reproducimos a continuación el contenido de la memoria que, por lo demás, coincide literalmente con lo dispuesto en el mencionado Anexo XVI. El apartado IX.B) de la misma, en lo que aquí interesa, señala: *“La solvencia técnica o profesional se acreditará por el único medio que se señala a continuación:*

Relación de los principales servicios efectuados en los tres (3) últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto a la igualdad entre los tres (3) primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV, y en su defecto a la descripción de las tareas desarrolladas en el ámbito de la intervención socioeducativa con personas menores en riesgo de exclusión o conflicto social, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.

Se exigirá que el importe anual acumulado, en el año de mayor ejecución, sea igual o superior al setenta por ciento (70%) de la anualidad media del contrato, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato (...).”



La asociación denuncia confusión en el contenido parcialmente transcrito de la memoria porque considera que, tratándose de solvencia técnica, solo debería aludirse a los servicios de igual o similar naturaleza, sin necesidad de mencionar los importes percibidos por los mismos, pues ello vulneraría el principio de libre concurrencia e igualdad en la medida que entidades, como ella misma, vienen realizando esta actividad sin percepción de cantidad alguna.

El alegato no puede prosperar. No siendo objeto de controversia que al servicio objeto de la presente contratación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (así se establece en el apartado 1.1 tanto de la memoria justificativa como del PCAP), hemos de estar a la regulación contenida en dicha norma, cuyo artículo 74 dispone que: *“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo” y su artículo 90 (Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios) establece, en lo que aquí interesa, que *“1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos (...)

2. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”.



De los preceptos transcritos se desprende que, para los contratos de servicios como es el aquí analizado, los pliegos deberán recoger el medio o medios de acreditación de la solvencia técnica, de entre los recogidos en el artículo 90, con indicación expresa de los valores mínimos exigidos por el órgano de contratación, y en caso de que los pliegos no recojan tales previsiones, el precepto legal establece por defecto el medio de acreditación y el importe o cuantía exigible.

Así pues, el mandato legal es claro y el órgano de contratación no puede abstraerse a su cumplimiento. En el supuesto examinado, sin entrar en consideraciones más profundas, la memoria y el PCAP han respetado lo dispuesto en el artículo 90 de la LCSP, estableciendo tanto el medio de acreditación de la solvencia técnica (la relación de principales servicios efectuados en los tres últimos años de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato) como el valor mínimo exigible a los licitadores, valor que además es coincidente con el que por defecto establece la LCSP, a saber, que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

No se aprecia, pues, la infracción denunciada por la recurrente. La adecuación de la memoria y del PCAP a los términos de la LCSP impide apreciar vulneración alguna de los principios de libre concurrencia e igualdad, máxime cuando, como hemos señalado, el importe mínimo exigido en la licitación coincide con el previsto legalmente para los casos en que los pliegos omitan su indicación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN** contra el anuncio y pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato denominado “Puesta en marcha y funcionamiento de servicios de mediación penal de menores”, convocado por la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (Expte. CONT/2018/137695).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de



la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 4 de junio de 2019.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

