

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Bermor Abogados S.I., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regirá el contrato de “Servicios de Asistencia Letrada y Defensa en Juicio. Lotes 1 y 2” del Ayuntamiento de Alpedrete, número de expediente 23/2019 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Alpedrete, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 27 de septiembre, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 202.000 euros y su plazo de duración será de dos años con posible prórroga por otros dos años más.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 16 de octubre, no obstante el

órgano de contratación de oficio suspendió el procedimiento desde ese momento.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso varios documentos.

En primer lugar la memoria justificativa del contrato emitida por la Secretaria General del Ayuntamiento de Alpedrete el 9 de julio de 2019 que establece como forma de acreditar la solvencia técnico o profesional de la siguiente forma: *“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.*

Acreditación de experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía de al menos 5 años, en las materias objeto de contratación, relacionadas con la administración local.

En el caso de despachos profesionales compuestos por equipos multidisciplinares el anterior requisito de experiencia deberá cumplirse por el 50% de los miembros que lo integren”.

En segundo lugar destacamos los códigos CPV que se determinan en el primer apartado del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP):

“Código CPV

75230000-7 Servicios de Justicia;

75231000-4. Servicios Judiciales;

75231100-5 Servicios administrativos relacionados con los Tribunales de Justicia;

741111000. Servicio de asesoría jurídica;

75231100-5. Servicios administrativos relacionados con los Tribunales de Justicia”.

En tercer lugar debemos destacar el apartado dos de la cláusula 11 del PACP que establece la solvencia técnica y profesional en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato con los siguientes medios:

Lotes 1 y 2 las siguientes:

- a) *Las personas físicas o jurídicas que concurran deberán contar con experiencia, de al menos tres años, en la prestación de servicios análogos en municipio con igual o superior población a la de Alpedrete a fecha de 1 de enero de 2019, considerándose suficiente únicamente la experiencia acreditada mediante contratos de duración superior a seis meses. Los servicios o trabajos realizados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, debiéndose aportar una relación de los servicios prestados de igual o similar naturaleza durante los tres últimos años.*
- b) *Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma, habilitados para la ejecución del contrato de acuerdo con la normativa correspondiente para su habilitación.*
- c) *Certificado de alta como ejerciente expedido por el Colegio Profesional del Ilustre Colegio de Abogados en el que figure el profesional.*

3. La solvencia económica y financiera del empresario conforme al artículo 87.3.b de la LCSP 9/2017, en los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales, se acreditara mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por importe no inferior al valor estimado del contrato, aportando además el compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato. (...).”

En cuarto y último lugar debemos destacar la cláusula 13 del PCAP:

“13. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN:

Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la mejor oferta se atenderá a una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

A Criterios cuantificables automáticamente, se puntuarán en orden decreciente de la manera siguiente:

1.- Mejor Oferta económica (máximo 55 puntos) (...).

B. Criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor.

Se valorará la memoria o proyecto de los trabajos a realizar y el equipo de profesionales que se adscriba al proyecto para desarrollar el objeto del contrato, con un máximo de 45 puntos.

La puntuación se otorgará atendiendo a los siguientes criterios:

Lotes 1 y 2:

a) Metodología de trabajo, protocolos de actuación y sistema para coordinar y compartir la información entre el profesional adscrito al contrato y el Ayuntamiento.

Se valorará con un máximo de 20 puntos los siguientes aspectos:

- Protocolo general, detallando el sistema de coordinación de la información.*
- Organización de la asistencia letrada y defensa en juicio.*
- Organización del asesoramiento jurídico.*

Lote 1

b) Equipo técnico adscrito al contrato, se valorará con un máximo de 20 puntos con arreglo al siguiente detalle:

Experiencia en la Administración Local, hasta un máximo de 20 puntos:

- Experiencia en derecho administrativo, contratación y urbanismo: 7 puntos.*
- Experiencia en Función Pública: 5 puntos.*
- Experiencia en derecho tributario: 5 puntos.*
- Experiencia en derecho civil: 3 puntos.*

c) Antigüedad como abogado ejerciente, hasta un máximo de 5 puntos:

- Como abogado ejerciente en las materias objeto de cada Lote, hasta 3 puntos.*
- Como funcionario (Letrado Consistorial o Habilitado), hasta 2 puntos.*

Lote 2

b) Equipo técnico adscrito al contrato, se valorará con un máximo de 20 puntos con arreglo al siguiente detalle:

- *Experiencia en derecho laboral y jurisdicción social, hasta un máximo de 20 puntos.*

c) *Antigüedad como abogado ejerciente, hasta un máximo de 5 puntos:*

- *Como abogado ejerciente en las materias objeto del Lote, hasta 3 puntos.*
- *Como funcionario (Letrado Consistorial o Habilitado), hasta 2 puntos”.*

Tercero.- El 10 de octubre de 2019, mediante certificado administrativo ante las oficinas de Correos tuvo entrada en el Ayuntamiento de Alpedrete el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Bermor Abogados S.L., en el que se solicita la anulación del PCAP en base a los criterios de solvencia técnica y profesional requeridos y a los criterios de valoración que coinciden con los de admisión y adolecen de otros defectos que les llevan a vulnerar la libre competencia y la igualdad entre licitadores.

El 21 de octubre de 2019, el órgano de contratación remitió el 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.- El recurrente solicita en su recurso la adopción de medidas cautelares tendentes a la suspensión del procedimiento. A este respecto advertir que el órgano de contratación ha suspendido el procedimiento de licitación desde que tuvo conocimiento de la interposición del recurso.

Por su parte este Tribunal no se va a pronunciar sobre la solicitud por parte del recurrente de adopción de medidas cautelares vez que procede a la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica (potencial licitador, excluida, clasificada en segundo lugar, que pretende la declaración de desierto...), *“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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el PCAP acuerdo impugnado fue publicado el 27 de septiembre de 2019, e interpuesto el recurso, en la oficina de correos el 10 de octubre, registrando el Ayuntamiento de Alpedrete el escrito el 18 de octubre, en todo caso, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, 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.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en dos motivos el primero de ellos en la forma de acreditar la solvencia técnica y profesional y el segundo de ellos considera que los criterios de valoración dependientes de juicio de valor, entre los que se encuentra la experiencia en la administración local así como la antigüedad como abogado ejerciente, son inadmisibles por formar parte de la acreditación de la

solvencia y subsidiariamente estos criterios deberían encuadrarse como sujetos a fórmula por su propia naturaleza, no sujeto a la emisión de un juicio de valor.

En cuanto al primero de los motivos, la determinación de la acreditación de la solvencia, el recurrente considera que el artículo 90 de la LCSP es claro al respecto al establecer un catálogo de posibles formas de acreditar la solvencia, invocando el textual del artículo citado:

“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 el que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado.

(...) para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que se constituye en el objeto del contrato, el PCAP podrá acudir además de al CPV a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el código normalizado de productos y servicios (UNSPSC) o a la clasificación central de actividades económicas (CNAE)(...)”.

Alega que la pretendida forma de acreditar la solvencia mediante los contratos suscritos con otros municipios similares al de Alpedrete, atenta contra este precepto y vulnera la igualdad entre licitadores al restringir la licitación.

El órgano de contratación por su parte manifiesta que el artículo 90 en su apartado 3 indica *“si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materia, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 de este artículo”.*

Antes de entrar al fondo de la cuestión planteada este Tribunal quiere destacar que la memoria justificativa de la contratación, formulada por la Secretaria General del Ayuntamiento de Alpedrete el 9 de julio de 2019, formula la acreditación de la

solvencia técnica y profesional conforme a lo determinado en el apartado 1 a) del artículo 90 de la LCSP, coincidiendo con la posición del hoy recurrente.

A lo largo del resto del procedimiento de contratación no varía esta forma de acreditación, hasta su plasmación en el PCAP, lo cual produce una cierta perplejidad. Justificando ahora si en el informe al recurso especial planteado la consideración de este contrato como propio de materia social (el significado de social en este contexto nada tiene que ver con la jurisdicción social o materia jurídico social), de prestación de servicios de proximidad u otras análogas. Requisitos que en ningún caso se cumplen en este contrato. Pero es más en estos casos el apartado tres del artículo 90 refiere a los medios de acreditación recogidos en el apartado 1 del mismo artículo y que ya han sido transcritos literalmente.

Efectivamente el artículo 90 de la LCSP establece en su apartado 1 un catálogo de formas de acreditar la solvencia técnica en los contratos de servicios. Dicho catálogo es cerrado, no puede ser aumentado, modificado, concretado por el PCAP por lo tanto el establecimiento como forma de acreditación de la solvencia técnica recogida en el PCAP y que es: *“de al menos tres años, en la prestación de servicios análogos en municipio con igual o superior población a la de Alpedrete a fecha de 1 de enero de 2019, considerándose suficiente únicamente la experiencia acreditada mediante contratos de duración superior a seis meses, debe considerarse nula”*.

Por todo ello este Tribunal estima el recurso en base a este motivo, considerando que la redacción que consta en la memoria justificativa del contrato es acorde a la actual legislación y proporcional al objeto del contrato pero no así la que aparece en el PCAP.

En cuanto al segundo de los motivos objeto de recurso, la incorrecta valoración de la experiencia y de la habilitación profesional, el recurrente considera inicialmente que todos los medios personales adscritos a la ejecución del contrato deberán ser abogados ejercientes, considerando que no se puede valorar lo que se considera

criterio de admisión. En segundo lugar considera que los criterios 2 y 3 de entre los que requieren un juicio de valor, deberían ser criterios de valoración automática. Al entender que tal y como se han plasmado en el PCAP, no es posible conocer los criterios que se utilizarán para su calificación.

Debemos iniciar el estudio considerando que hemos estimado el primero de los motivos, por lo que la solvencia técnica deberá acreditarse mediante trabajos similares efectuados en los últimos tres años en la cuantía máxima de una anualidad del contrato o lote al que concurra cada licitador.

Dicho esto, este Tribunal en su Resolución 154/2019, de 26 de abril, tuvo oportunidad de examinar un recurso cuyo fundamento era muy similar al invocado por el recurrente, dicho acuerdo se fundamenta que: *“En primer lugar, no cabe confundir criterios de selección de las empresas con los criterios de adjudicación tendentes a seleccionar la mejor oferta calidad-precio. La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.*

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto C-532/06 (Dimos Alexandroupolis), distingue entre los criterios que pueden utilizarse como “criterios de adjudicación” y “criterios de selección cualitativa” destinados los primeros a la adjudicación del contrato y a la selección de los operadores los segundos. Asimismo establece esta Sentencia normas para la

elección de criterios de adjudicación. Así, señala que si bien es cierto que “los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1 de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa”. (...) «Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión».

Es de sobra conocido que los criterios de adjudicación, además de relacionados con el objeto del contrato y dirigidos a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, deben ser objetivos de manera que no impliquen discriminación alguna entre los licitadores, tal y como entre otras muchas se ha indicado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, asunto C-31/87, 47 o en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01 EVN y Wienstrom GmbH contra República de Austria “Debe recordarse que el principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las Sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91), y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-0000, apartado 73), significa, por una parte, que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 34)”.

Por otro lado, los criterios que pueden utilizarse para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 145.2 de la LCSP. Así pues se deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal

elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar, la oferta económicamente más ventajosa tal y como entre otras muchas ha señalado la STJUE Lianakis y otros, C-532/06. A tal efecto, el artículo 67 de la Directiva 2014/24 y el artículo 145 de la LCSP imponen expresamente que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato.

Ya ha señalado este Tribunal que con carácter general, es posible valorar la experiencia y composición de los equipos técnicos, sobre todo en los contratos de carácter intelectual, como es el que nos ocupa, entendiendo que tal tipo de criterio está relacionado con el objeto del contrato, siguiendo en este punto lo indicado en la STJUE de 26 de marzo de 2015, Ambisig, C-601/13, “la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación”. Además el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, permite establecer entre otros como criterios para adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa «la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato»”.

Sentado que con carácter general, cabe aplicar este tipo de criterios, lo cierto es que ello no exime para que los mismos deban respetar el resto los requisitos de ser objetivos y no discriminatorios además de estar determinados con claridad en el PCAP.

Debemos partir de la consideración de que además de no encontrarnos ante un requisito de solvencia, como más arriba se ha señalado, -cuya falta imposibilitaría a las licitadoras a presentarse al concurso-, sino ante un criterio de valoración, que se trata de un requisito que exige contar en la plantilla actual con el personal indicado y ponerlo a disposición del contrato, pero no haber contado con el con anterioridad, por lo que resulta factible para los despachos, con el horizonte de la consecución del

contrato, implementar su plantilla con profesionales de los perfiles señalados en el PCAP.

En concreto en este criterio se valora aportar a la ejecución del contrato tanto abogados especializados en determinadas materias, como funcionarios, letrados consistoriales o habilitados nacionales, se entiende que en situación de excedencia

Todos estos funcionarios tienen en común haber desempeñado sus funciones potencialmente en un ámbito de actuación propio de las administraciones públicas, si bien no son los únicos, toda vez que restarían múltiples categorías dentro de los empleados públicos que pueden también ser considerados especialistas en derecho administrativo.

No obstante, desde esta perspectiva la relación del criterio con el objeto del contrato es clara y su inclusión se encuentra justificada en tanto en cuanto la experiencia y conocimiento del ámbito de aplicación del contrato aporta calidad al mismo. En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en sus Resoluciones 265/2017, de 27 de septiembre y 104/2019 de 20 de marzo.

Si bien los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores deben estar presentes en todos los elementos y fases de la adjudicación, en este caso concreto, no se aprecia el carácter excluyente invocado respecto del criterio controvertido.

Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

No obstante, la última fundamentación del recurso se basa en la consideración de que los criterios 2 y 3 considerados de calificación sujeta a juicio de valor, deberían ser tratados como criterios sujetos a calificación automática. Efectivamente la descripción de los criterios está enfocada a una valoración automática, toda vez que el número de años que como ejerciente ostenta un abogado no precisa de juicio de

valor alguno, este Tribunal no puede más que aceptar los fundamentos del recurrente, al no poder entender de otra forma la calificación de dichos valores. Pero se ha de advertir que al igual que en el resto de subcriterios el PCAP no incluye la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios, que podrá expresarse, tal y como establece el artículo 146.3 de la LCSP fijando una banda de valores con la amplitud máxima deseada. Motivo por el cual, se vulnera el principio de igualdad entre licitadores.

Debe tenerse en cuenta que los criterios de valoración deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que sean susceptibles de generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y subsiguiente valoración de las ofertas, e insistimos sin que puedan ser modificados en su apreciación o alcance.

Por todo ello se estima el recurso en base a este motivo siendo necesario que se precise que criterios necesitan de juicio de valor para su calificación y en todos ellos se incluya la ponderación de la puntuación para conocimiento previo de los licitadores.

Por último, indicar al órgano de contratación que este contrato está comprendido en el Anexo IV y en relación con el artículo 145.4 los criterios que valoren la calidad del servicio representarán al menos el 51% del total de la puntuación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por representación de Bermor Abogados S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regirá el contrato de “Servicios de Asistencia Letrada y Defensa en Juicio. Lotes 1 y 2” número de expediente 23/2019, modificando el PCAP según se ha manifestado en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, retro trayendo las actuaciones al momento procesal correspondiente.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.