

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

En Madrid, a 17 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña R.S.B., en nombre propio contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicio de Asesoramiento Jurídico Laboral a Obras de Madrid. Gestión de Obras e Infraestructuras, S.A.” número de expediente 03/2022 este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 23 de febrero, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 192.000 euros y su plazo de duración será de dos años.

Concluido el plazo de licitación el 9 de marzo se han presentado a la licitación

3 licitadores entre los que no se encuentra la recurrente.

Segundo.- El 7 de marzo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por doña R.S.B., en la que solicita la anulación de los pliegos por incluir cláusulas de solvencia y criterios de adjudicación basados en arraigos territoriales y que en consecuencia vulneran el principio de igualdad entre licitadores.

El 11 de marzo de 2022, 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 transponen 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).

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo del propio órgano de contratación.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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, *“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 acuerdo impugnado fue publicado el 23 de febrero de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 7 de marzo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones 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 basa en la solicitud de adscripción de medios personales con experiencia en empresas del sector público propio de la Comunidad de Madrid. Exigencia que vuelve a ponerse de relieve en cuanto que también se integra como criterio de valoración.

Interesa destacar los apartados 5 y 8 de la cláusula 1 del pliego de condiciones administrativas particulares:

“5.- Solvencia económica, financiera y técnica o profesional: (...)

Solvencia técnica y profesional:

1.- Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años (2019, 2020 y 2021), que se incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. (Art 90.1 a) LCSP).

Criterio de Selección: serán admitidas a la licitación aquellas empresas que hayan participado en, al menos, 3 contratos de similares características a las del

objeto del contrato en los últimos 3 años, lo que se acreditará, mediante la presentación por el licitador de 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 este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. En su caso, estos certificados serán comunicados por la autoridad competente.

Asimismo, se presentará una relación firmada por el representante del licitador, de trabajos de objeto similar al presente contrato, efectuados en cada uno de los últimos tres años (2019, 2020 y 2021), que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.

El importe total acumulado de los servicios certificados, en el año de mayor ejecución dentro de los tres últimos ejercicios liquidados (2019, 2020 y 2021), deberá ser igual o superior al importe de la anualidad media del contrato, IVA excluido.

*Al licitador que haya presentado la mejor oferta, y en todo caso a cualesquiera otros licitadores si se considera necesario durante la tramitación del procedimiento, se les requerirá la aportación de los concretos documentos a que se refiere este apartado. *Si por una razón justificada, la antigüedad de la empresa es inferior a cinco años, o, en su caso, el empresario no está en condiciones de presentar la solvencia anteriormente solicitada por falta de actividad en alguno de los cinco últimos ejercicios, podrá sustituirla por la contemplada en el artículo 90.1.b)) de la LCSP: Art. 90.1.*

b): Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participante en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.

Criterio de selección: Declaración del representante legal de la empresa en la que se haga constar el personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de las que disponga para la ejecución del servicio, presentando la documentación cuando le sea requerida.

Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.2 de la LCSP, se exige a los licitadores el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, según lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Un Socio responsable del contrato, con una experiencia profesional demostrable de, al menos, doce años asesorando en el ámbito del Derecho laboral a sociedades mercantiles que formen parte del Sector Público de la Comunidad de Madrid, en las materias que son objeto del contrato.

Un Asesor Senior responsable del contrato, con una experiencia profesional demostrable de, al menos, ocho años asesorando en el ámbito del Derecho Laboral a sociedades mercantiles que formen parte del Sector Público de la Comunidad de Madrid, en las materias que son objeto del contrato.

Un equipo jurídico de Supervisión, destinado a garantizar los estándares de calidad necesarios para la ejecución del presente contrato.

Al licitador que resulte propuesto para la adjudicación del contrato se le requerirá su acreditación mediante una Declaración del representante legal de la empresa en la que se indique el perfil profesional y los años de experiencia del/los profesional/es en ella indicado/s, con la aportación de los siguientes documentos:

Currículum Vitae de cada miembro del personal.

Declaración responsable del personal adscrito al contrato en la que indique la experiencia mínima requerida en cada caso.

Título correspondiente que acredite la titulación requerida en cada caso.

Además, el adjudicatario certificará la integración en la empresa de los Asesores anteriores en el que hará constar, además, el resto de personal que se compromete a adscribir al contrato.

El adjudicatario que haya recibido puntos de acuerdo con los criterios objetivos de adjudicación del contrato relativo a la experiencia del personal, deberá presentar escrito de compromiso de adscripción de dichos medios humanos al contrato.

El contratista deberá comprometerse a adscribir al contrato lo siguientes medios materiales:

El adjudicatario durante la ejecución del contrato deberá disponer de oficina en

Madrid.

La adscripción de los correspondientes medios tiene carácter de obligación esencial, conforme al artículo 211.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público. Su incumplimiento será causa de resolución del contrato, En caso de variación durante la vigencia del contrato de alguna persona que inicialmente se adscriba a la ejecución del mismo, el contratista deberá proporcionar otra que cumpla igualmente los requisitos exigidos en este procedimiento y los que se hayan ofertado en referencia a los criterios de adjudicación relativos al mismo perfil. Si esto no fuera posible, quedará facultada OBRAS DE MADRID, para la resolución del contrato”.

“8.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato:

(...) 2º.) Criterios cualitativos.

Criterios evaluables mediante fórmula automática. (Hasta 20 puntos)

EXPERIENCIA DEL PERSONAL ADSCRITO AL CONTRATO: Hasta un máximo de 10 puntos.

Se valorará una experiencia del Asesor Senior responsable del contrato asesorando en el ámbito del Derecho Laboral a sociedades mercantiles que formen parte del Sector Público de La Comunidad de Madrid, en las materias que son objeto del contrato superior a 8 años en servicios objeto del contrato. Se asignará 10 puntos al Asesor Senior que tenga 15 o más años de experiencia, aplicándose la siguiente fórmula (...).”.

La recurrente evidencia que tanto en la adscripción de medios personales que forma parte de la solvencia como en los criterios de adjudicación es imperativa la experiencia profesional en el ámbito del derecho laboral en empresas del sector público de la Comunidad de Madrid, infringiendo con ello el principio de igualdad entre licitadores.

Invoca la Resolución de este Tribunal número 316/2020 de 19 de noviembre.

Por su parte el órgano de contratación defiende su postura trayendo a colación y con ello justificando la inexistencia de arraigo territorial el apartado 5.1 de la cláusula

1 del PCAP, pero no el compromiso de adscripción de medios personales que se exige a continuación en el mismo apartado, por lo que las alegaciones efectuadas carecen de fundamento al referirse a otro apartado del mencionado pliego.

No obstante la justificación alegada no deja de ser sorprendente al basarse en la necesidad de que los abogados que realicen este trabajo deben estar familiarizados con determinadas normas que enumera siendo estas un total de 23 normas jurídicas de las cuales solo 14 son propias de la Comunidad de Madrid, de las cuales la mayoría están derogadas y las subsistentes se trata de Órdenes de Consejería.

Parece que la necesidad de conocimiento de menos de 10 normas jurídicas con rango de órdenes no parece que conlleve una especialización más allá de su estudio, necesidad de actualización y especialización consustancial de los juristas.

En relación con la especial valoración de la experiencia por encima de la exigida como solvencia técnica de los profesionales que ejecuten el contrato, el órgano de contratación considera que: *“A quien se exige dicha experiencia no es al licitador, sino al equipo que el adjudicatario va a comprometer para la ejecución de la prestación. Y es lógico exigir dicha experiencia, en tanto que se presume que la compleja normativa y casuística que se ha producido a lo largo de los años debe ser conocida al detalle por las personas que se van a encargar de la prestación, para que ésta se ejecute con la debida calidad.*

Se cuantifica como criterio cualitativo la mayor experiencia del Asesor Senior del equipo adscrito, porque actualmente existen procedimientos judiciales abiertos que se remontan a normativa anterior al año 2012, por lo que si su experiencia es mayor a 8 años son mayores las probabilidades de haber dirigido o trabajado en asuntos en los que se haya aplicado dicha legislación, y por tanto las garantías de poder prestar con eficacia el servicio adjudicado”.

Este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse en un recurso prácticamente idéntico al planteado, en nuestra Resolución 316/2020 sostuvimos que: *“Es criterio*

reiterado de los Tribunales de Recursos Contractuales, que el compromiso de adscripción de medios del artículo 76 de la LCSP no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, de la que constituye un plus, pues así como ésta ha de acreditarse por todos los licitadores al tiempo de concurrir a la licitación so pena de exclusión, los licitadores solo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción de medios cuya acreditación solo cabe exigir al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, sea propuesto como adjudicatario sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 140.3 de la LCSP. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 138/2018, expone la doctrina sobre la adscripción de medios, el momento de su acreditación, subsanación y posibilidad de sustitución.

No obstante, tal y como hemos manifestado, la adscripción de medios es un plus de solvencia y como tal está sujeta a los mismos principios que ésta, tanto en la discrecionalidad de que goza el Órgano de contratación para determinarla, sobre todo en este caso en el que el contrato no está sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo establecido en el art 22.2 de la LCSP, como en el respeto a los límites de proporcionalidad y libre competencia o dicho de otro modo, no incurrir en una restricción de la competencia.

Es doctrina de este Tribunal, iniciada en su Resolución 187/2015 de 18 de noviembre y reiterada en numerosas ocasiones valiendo por todas, la Resolución 226/2020 de 3 de septiembre que la condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad, del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si bien se refiere a las medidas de exclusión de licitadores por causas basadas en consideraciones objetivas y relacionadas con la aptitud profesional enumeradas en el artículo 24 de la Directiva 93/37, en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y la Sentencia Caso Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146) se refiere al principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo”.

Podemos también nombrar tanto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, invocada por el recurrente, como la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 68/2018 de 2 de noviembre de 2018 invocada por el Órgano de contratación. En ambas resoluciones, la proporcionalidad de la solvencia y la delimitación de esta coinciden en tres aspectos fundamentales:

- 1.- Estar vinculados a lo que sea objeto de la contratación.*
- 2.- Ser proporcionados a lo que es objeto de la contratación.*
- 3.- No ser discriminatorios, en el sentido de ser tan exigentes que “de facto” solo determinadas empresas puedan cumplir con los mismos, sin que exista justificación suficiente para ello.*

Analizando el objeto del recurso, podemos comprobar que el primer límite se cumple, es decir, las condiciones están vinculadas al objeto del contrato, no así se cumple el segundo de los límites, pues no creemos proporcionado que la experiencia de cinco años en un caso y de tres en otro, deba circunscribirse solo a la obtenida por trabajos similares en institutos de biomedicina de carácter público. La asesoría legal y judicial en materia laboral no precisa de una experiencia exclusiva en el sector público, pues las especialidades que como entidad pública reviste la Fundación son fácilmente asumibles por cualquier profesional del Derecho, especialista en el ámbito laboral y con experiencia de más de cinco o tres años respectivamente. De la mano

del incumplimiento de este límite podemos analizar el tercero, la discriminación que ampara las condiciones de los medios humanos a adscribir, pues reduce el mercado de profesionales no solo a aquellos que posean experiencia en asistencia letrada y defensa en juicio en materia laboral en empresas de carácter público, sino que reduce nuevamente las posibilidades, añadiendo que las empresas deberán ser institutos de biomedicina.

Por lo tanto, podemos concluir con que la adscripción de medios personales que establece la cláusula 7.3 del PCAP es desproporcionada y restrictiva de la libre competencia, al obligar a que la experiencia del equipo profesional que ejecutará el contrato se circunscriba al ámbito de los institutos públicos de biomedicina, en consecuencia, debe declararse nula dicha cláusula que afectando a una parte esencial del contrato y no siendo un error de hecho conlleva inexorablemente a la nulidad del PCAP mediante la retracción de las actuaciones que establece el art. 132.1 de la LCSP.(...)”.

Mismas argumentaciones podemos hacer en cuanto a los criterios de valoración. La exigencia de una experiencia circunscrita a determinadas empresas, atenta contra el principio de igualdad entre licitadores y en consecuencia no pueden admitirse.

Por todo ello se estima el motivo de recurso y en consecuencia se anulan los pliegos de condiciones impugnados.

Anulados los pliegos de condiciones no es necesario entrar a avalorar el segundo motivo de recurso que se trata de un error en la determinación de la documentación a incluir en cada uno de los sobres y que el propio órgano de contratación ha admitido como tal.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña R.S.B., en nombre propio contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicio de Asesoramiento Jurídico Laboral a Obras de Madrid. Gestión de Obras e Infraestructuras, S.A.” número de expediente 03/2022 anulando los pliegos de condiciones que regían esta contratación.

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.