

Recurso nº 451/2021
Resolución nº 458/2021

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L., contra el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del procedimiento que regirán la adjudicación del contrato del “Servicio de asesoría jurídica y defensa judicial del Ayuntamiento de Soto del Real” (expediente cp 1128), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de septiembre de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato. El 16 de septiembre de 2021 se publicó la rectificación del Pliego, quedando publicado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El valor estimado de contrato asciende a 132.231,40 euros.

Segundo.- La Cláusula 11 del Anexo I, Características del Contrato, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, refleja los requisitos de solvencia técnica o profesional que ha de cumplir los licitadores para formular proposición:

“Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Se acreditará simultáneamente con el cumplimiento de estos requisitos:

Primero. – Art. 90.1.a) LCSP: 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. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente.

Requisitos mínimos de solvencia: El letrado asignado preferentemente a la realización del objeto de este contrato deberá acreditar una relación de procedimientos designados por Administraciones Públicas, referida a los últimos 3 años, con un número mínimo de procedimientos, en el orden contencioso administrativo, no inferior a CUARENTA (40). A tales efectos, la relación de procedimientos se computará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1º) Se entenderán como procedimientos judiciales de los tres últimos años los procedimientos ordinarios o abreviados que con independencia de su duración, su número de autos o procedimiento corresponda al año 2018 o posteriores.

2º) No se computarán, a efectos de la presente valoración, como procedimientos judiciales, aquellos que traigan su causa derivada de otros, como recursos de apelación o casación, procedimientos de ejecución o similares.

Se acreditará mediante certificación del órgano competente de esa Administración, expresando el Letrado designado, número de procedimiento, Juzgado y fecha de asignación o designación”.

Tercero.- El 16 de septiembre de 2021, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación del Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L., (en adelante Unive) en el que solicita la nulidad del PCAP por la exigencia de experiencia con la Administración como criterio de solvencia.

Cuarto.- El 24 de septiembre de 2021, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación 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).

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, “*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 los pliegos de condiciones fueron publicados el 16 de septiembre de 2021, e interpuesto el recurso el mismo día se encuentra 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, 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 impugna la exigencia como solvencia de experiencia contratado por la Administración , y en concreto que el licitador acredite haber prestado –al menos- 40 servicios de defensa judicial a Administraciones Públicas en los tres últimos años. Establece una restricción por exigir experiencia en el sector público, impidiendo que licitadores perfectamente capacitados para la prestación del servicio y con experiencia acreditable en el sector privado -incluyendo la experiencia en defensa de particulares frente a la Administración- puedan concurrir por el mero hecho de no haber contratado previamente con el sector público; agravada este requisito de solvencia con la exigencia de que para obtener una puntuación competitiva, deben haber disponer de una experiencia adicional en el sector público. Se vulnerarían entre otros el artículo 1 de la LCSP: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Igualmente el artículo 40, que declara anulables “*todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración*”.

Y el 74.2 de la LCSP, porque la solvencia requerida no es proporcional.

Igualmente el 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización:

“*Artículo 45. Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.*

1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o

indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.

Se cita numerosa doctrina de Tribunales Contractuales y órganos judiciales.

El órgano de contratación por su parte considera que “*el motivo no puede preposperar habida cuenta que si el objeto del contrato se ha definido con precisión, para la solvencia técnica solo serán de igual tipo los trabajos que coincidan con los descritos en los pliegos, tal y como señala en este sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 1498/2019, de 19 de diciembre. (...)*

El TACRC considera que las capacidades técnicas a acreditar son, según el párrafo primero del art. 90.1 a) LCSP son las que se concreten en los pliegos y que sólo en su defecto se debe acudir a la regla supletoria alegada por la recurrente. Y que, en el caso que nos ocupa, los pliegos requieren que los trabajos acreditativos de la experiencia debían ser del mismo tipo, por lo que no cabe una experiencia diferente. Para el TACRC la regla supletoria del 90.1 a) segundo párrafo, tiene solo carácter supletorio para cuando el grado de determinación de los trabajo se realice de forma genérica o en términos amplios y, por tanto, cuando existan dudas o quepan diversos tipos de trabajos”.

Sobre el tema ya se ha pronunciado este Tribunal entre otras en Resolución 341/2020 de 3 de diciembre, con consideraciones de aplicación al caso, aunque refiere la experiencia a la contratación por la Administración Local:

“Como prevé el artículo 64.1 de la LCSP los órganos de contratación deben tomar las medidas adecuadas para luchar contra el favoritismo y evitar cualquier distorsión de la competencia, garantizando la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Asimismo se recogen los citados principios de igualdad, transparencia y no discriminación en los artículos 1 y 132.1 de la LCSP junto con la libertad de acceso y la proporcionalidad.

Igualmente se ha de recordar que las condiciones de restricción de la

experiencia al ámbito público y más aún al ámbito de determinadas administraciones públicas han sido desechadas como criterio de aptitud por los Tribunales Administrativos de Contratación, por las Juntas Consultivas, y por la Jurisprudencia. Baste con transcribir las resoluciones y sentencias judiciales invocadas por el recurrente.

En el presente caso la experiencia de defensa judicial en al ámbito del derecho administrativo, es decir en sede contenciosa administrativa, no impide que se acrecrite mediante contratos o encargos de defensa de ciudadanos o empresas en sus relaciones con la administración, es decir, la misma aptitud tendrá un abogado que demanda que otro que defiende dentro del derecho administrativo. Es por ello que limitar la experiencia a los contratos suscritos con entidades locales no puede encontrar defensa ni amparo en la actual legislación en materia contractual ni en su interpretación desde hace años.

Por lo expuesto se ha de estimar este motivo de impugnación por considerarlo, tal y como está formulado, contrario a lo dispuesto en los artículos 1, 64 y 132.1 de la LCSP, debiendo modificarse su redacción, lo que en consecuencia conlleva al inicio de una nueva convocatoria de licitación y plazo de presentación de proposiciones”.

En el caso, la resolución del TACRC citada por el Ayuntamiento no refiere en nada a la experiencia con la Administración, sino a la experiencia en relación con un contrato cuyo objeto son “*Servicios de auscultación ultrasónica de aparatos de vía en líneas de alta velocidad en explotación*”. Admite la exigencia de experiencia de igual tipo al que es objeto del contrato en relación con ese contrato, siendo facultativo el recurso a actividades similares.

Esta doctrina sobre la solvencia técnica requerida cede ante la prohibición de privilegiar la experiencia con cualquier Administración para ser contratista del Sector Público. La cuestión no es que la experiencia sea o no de igual tipo al objeto del contrato, sino la exigencia de experiencia con la Administración.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L., contra el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del procedimiento que regirán la adjudicación del contrato del “Servicio de asesoría jurídica y defensa judicial del Ayuntamiento de Soto del Real” (expediente cp 1128), anulándolos.

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.