

Recurso nº 238/2017

Resolución nº 265/2017

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

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso especial interpuesto por don E.C.A. y don E.C.A., en nombre y representación de Ceca Magán Abogados, S.L., contra los Pliegos del “Acuerdo marco para el asesoramiento jurídico y representación procesal de Madrid Calle 30, S.A.”, número de expediente C30/2017/00014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 18 de julio de 2017, se publicó en el Perfil de contratante de Madrid Calle 30, S.A., (en adelante Madrid calle 30), el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado 750.000 euros, IVA excluido.

De acuerdo con la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) por la que ha de regirse el contrato *“El presente Acuerdo marco tiene carácter privado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP). En lo*

no dispuesto en los pliegos del Acuerdo Marco, en cuanto a los actos preparatorios relativos a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación se regirá por el TRLCSP, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y por la modificación efectuada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; por 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 (RD 817/2009); por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre (RGLCAP), en todo lo que no se oponga a la anterior o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda, y en cuanto a su extinción y efectos, por las normas de derecho privado (...). El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación del Acuerdo Marco”.

Segundo.- Con fecha 8 de agosto, se ha interpuesto ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los indicados Pliegos. El recurso se remitió al órgano de contratación al efecto, de que de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, se remitiera el expediente y el informe preceptivo, lo que se verificó el día 21 de agosto.

En dicho informe se solicita la inadmisión del recurso al no tener Madrid Calle 30, la consideración de poder adjudicador y por falta de legitimación activa de los recurrentes, ya que los mismos no acreditan su interés en participar en el procedimiento de licitación ni que la solvencia exigida, les impida participar en la misma. Así mismo solicita subsidiariamente la desestimación del recurso.

Tercero.- Habiéndose concedido trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento de licitación, han presentado alegaciones las entidades Ramón y

Cajal Abogados, S.L.P. y Broseta Abogados, S.L.P., ambos con fecha 22 de septiembre.

En ambos escritos se aboga por la inadmisión del recurso al considerar que Madrid Calle 30, no es poder adjudicador en los términos que se expondrán al examinar la cuestión. Asimismo ambas licitadoras exponen la falta de legitimación activa de la recurrente en tanto en cuanto carece de la solvencia necesaria para participar en la licitación, sin que haya impugnado los requisitos que se lo impiden, en concreto según Ramón y Cajal Abogados, la recurrente carece del requisito de solvencia relativo a la experiencia de sus abogados, que no es objeto del recurso, ya que no dispone de un departamento de derecho administrativo, ni tiene abogados vinculados con el objeto del contrato según su propia página web, siendo su expertise en derecho laboral, lo que aunque son indicios, son suficientemente sólidos como para considerar la falta de legitimación. Por su parte, Broseta Abogados considera que el hecho de no haberse presentado a la licitación determina la inadmisibilidad del recurso al haber invocado únicamente defectos relativos a criterios de adjudicación, que no le impiden haber presentado oferta.

Por ultimo ambas solicitan la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Procede en primer lugar determinar la procedencia del recurso especial en materia de contratación y por ende la competencia de este Tribunal para resolver sobre el mismo, a la vista de lo alegado por las recurrentes y por la entidad contratante. En definitiva se trata de dilucidar si Madrid calle 30, tiene la consideración de poder adjudicador o se encuadra en el bloque de “resto del sector público”.

Afirma el órgano de contratación que Madrid Calle 30 no tiene la condición de poder adjudicador adjuntando para acreditar dicha circunstancia un extracto del informe de Fiscalización de la Empresa Mixta Municipal de Madrid, Madrid Calle 30,

S.A. Ejercicios 2012 y 2013, emitido con fecha 29 de diciembre de 2016, por la Cámara de Cuentas que concluye que: *“La sociedad Madrid Calle 30, S.A. forma parte del sector público pero no tiene la consideración de poder adjudicador. Los contratos que celebra tienen la consideración de contratos privados”*. Aporta también una nota de 31 de marzo de 2008 sobre la repercusión de la Ley 30/2007, en las Empresas y Fundaciones del Ayuntamiento de Madrid. En el mismo sentido se pronuncian las licitadoras en sus escritos de alegaciones.

El artículo 3 del TRLCSP, delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley en tres grados de intensidad, (aplicación íntegra, sujeción de menor intensidad y sujeción residual) con una técnica compleja. Así en su apartado 2, relaciona aquellos entes, organismos y entidades que dentro del sector público tendrán la consideración de Administraciones Públicas, en su apartado 3 cuales se consideran poderes adjudicadores, y el resto comprendido en el apartado 1 junto con los anteriores, como categoría residual, en la que se integran los sujetos que no ostentan la condición de Administración. La inclusión de cada sujeto en una u otra categoría no es baladí porque de ello depende el grado de sujeción a la normativa en materia de contratación pública, siendo así que los entes que no ostentan la condición de administración pública ni de poder adjudicador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 192 del TRLCSP, solo deberán ajustarse en la adjudicación a los principios que rigen la contratación pública con el objeto de seleccionar la oferta económico-máximo más ventajosa. De esta forma el régimen jurídico de la Sociedad de Economía Mixta Madrid Calle-30 se define por exclusión, lo que determina la complejidad del análisis.

La sociedad Madrid-Calle 30, S.A. fue constituida el 21 de Mayo de 2004, como sociedad plenamente municipal.

Con fecha 28 de julio de 2005 la Concejalía de Gobierno, Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras acuerda la adjudicación del contrato de mantenimiento y explotación de la Calle 30, a la oferta presentada por la Unión Temporal de Empresas constituida por Ferrovial Servicios, S.A., Dragados, S.A. y Api

Conservación, S.A. El 24 de agosto de 2005 el adjudicatario, en cumplimiento de sus obligaciones asumidas, constituyeron la empresa Mantenimiento y Explotación, S.A. (en adelante EMESA), quien posteriormente pasará a formar parte del accionariado de Madrid Calle 30.

Tras dicha adjudicación la sociedad se convertirá en mixta y cuyo objeto social se define en el artículo 2 de sus Estatutos Sociales:

“a) La realización de obras de reforma y mejora en la vía de circunvalación M-30 y en las infraestructuras y espacios relacionados con la misma.

“b) La gestión, explotación, conservación y mantenimiento de la vía de circunvalación M-30 y sus infraestructuras y espacios relacionados”.

La contraprestación a favor de la Sociedad consistirá en una única remuneración dineraria, a cargo del Ayuntamiento, pagadera regularmente durante la vida del contrato. Dicha remuneración única tendrá carácter variable y se compondrá de un elemento básico complementado con un componente adicional consistente en una cantidad variable en función del grado de cumplimiento o desviación, por parte de la Sociedad, de los parámetros técnico-funcionales y estándares de calidad establecidos en el PPT.

De acuerdo con el informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas “*La sociedad tiene unos resultados superiores a los 50 millones de euros que permite repartir a los socios los dividendos establecidos en el modelo económico financiero. Por lo que de los 120 millones pagados inicialmente por el Ayuntamiento le revierten vía dividendos alrededor de 35 millones de euros*”.

La sociedad de economía mixta creada está participada por el Ayuntamiento de Madrid (80%) y por la Empresa de Mantenimiento y Explotación M-30, S.A. (20%).

Resulta preciso por tanto, determinar la naturaleza de la entidad contratante, ante la afirmación de los recurrentes de que Madrid Calle-30, ostenta la condición de poder adjudicador.

Para ello deben utilizarse los parámetros de la normativa y jurisprudencia europeas, como ya ha señalado este Tribunal entre otras en la Resolución 118/2016, a 30 de junio. Así el Acuerdo 104/2015 del Tribunal de Aragón señala que *“El concepto de poder adjudicador es de fundamento europeo y debe ser interpretado desde la lógica funcional del concepto, respetando los criterios que sobre el mismo ha fijado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), que no se pueden desconocer ni “reinterpretar” desde visiones nacionales. Esta doctrina del TJUE es fuente interpretativa de obligado cumplimiento, y tiene por función limitar aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea (...).”*

El concepto de «organismo de Derecho público» como concepto del Derecho de la Unión -que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia-, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las Sentencias Mannesmann, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27)”.

Así se establece entre otras muchas en la STJUE, de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau C-470/99. *“El Tribunal de Justicia ha declarado, por tanto, que a la luz de tales objetivos, el concepto de organismo de Derecho público del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 debe recibir una interpretación funcional (véase, en particular, la sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 43)”.*

Siguiendo este razonamiento debemos referirnos a las Directivas de aplicación, en concreto, el artículo 2.4 de la Directiva 2014/24/UE, que no se separa de su predecesor el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, en que se define a los organismos de derecho público que deben considerarse poderes adjudicadores por las siguientes características:

- “a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;*
- b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y*
- c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público”.*

Teniendo en cuenta estas características, que son acumulativas y deben cumplirse conjuntamente, debemos analizar la configuración jurídica y estructural de la entidad Madrid Calle 30, S.A., al objeto de comprobar su cumplimiento. En concreto lo relativo a la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, ya que los otros dos requisitos están manifiestamente presentes. En tal sentido cabe citar el Informe 3/2009, de 28 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña cuando afirma que poseerán la condición residual de “otros entes del sector público” todos los sujetos en quienes no concurran los requisitos establecidos en el artículo 3.3.b) del TRLCSP para calificarlos como poderes adjudicadores y, más específicamente, el primero de los requisitos a que hace referencia este artículo -haber sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil-, que deberá realizarse *ad casum*.

La definición del requisito de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, debe también ser interpretada a la luz de la normativa y jurisprudencia europeas, que no vincula de forma exclusiva el

concepto de interés general con el de competencia. La satisfacción de fines de interés general no tiene que ver necesariamente con el ejercicio de potestades públicas y el ejercicio de autoridad. En este sentido la STJUE de 22 de mayo de 2003 en el asunto C-18/01, señala que *“Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”*.

Con carácter general las sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C373/00; Feria de Milán de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C- 260/99; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C353/96; SIEPSA de 16 de octubre de 2003, C-283/00 (...), delimitan la definición de necesidades de interés general que considera aquellas que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante.

Debemos pues atender a la presencia de los indicadores señalados en la mencionada jurisprudencia como son la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos y la posible financiación pública.

En cuanto a su financiación, resulta en primer lugar que la financiación de la empresa mixta se realiza con las aportaciones de capital y de préstamos subordinados que realizarán sus socios, en proporción al capital social ostentado, y

mediante operaciones de crédito en el mercado, descansa en un 80% (porcentaje de aportación del Ayuntamiento de Madrid) en recursos públicos, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al mercado, por lo que se da el requisito de la eventual financiación pública.

En los informes de auditoría que reproduce el informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas se indica que *“La sociedad realiza la práctica totalidad de sus ventas y compras con entidades del Grupo al que pertenece o bien con Empresas Asociadas, con quienes, además, mantiene saldos al 31 de diciembre de 2013 relevantes. Esta circunstancia debe ser considerada para una adecuada interpretación de las cuentas anuales adjuntas”*. Consta también que *“la empresa mixta se financiará con las aportaciones de capital y de préstamos subordinados que realizarán sus socios, en proporción al capital social ostentado, y mediante operaciones de crédito en el mercado y que los únicos ingresos de la sociedad mixta provendrán de los pagos periódicos que reciba del Ayuntamiento de Madrid por los servicios prestados”*. Así mismo se indica en tal informe que *“En la práctica no hay traslado significativo de riesgos en Madrid Calle 30, S.A. porque parte de la rentabilidad del socio privado se obtiene de los dividendos que exigen un resultado positivo de la actividad”*.

De hecho el equilibrio económico de este contrato consiste en garantizar la rentabilidad de los servicios del socio-privado y rige el principio de “un resarcimiento pleno” de los perjuicios sufridos por la operación, como se hace referencia en varias cláusulas y se desarrolla en la cláusula 37 PCAP, en el modelo de proposición económica y en los Anexos XI y XIII, que recogen respectivamente, el modelo económico-financiero para presentar la oferta y el equilibrio del contrato”.

Debe destacarse a su vez que la sociedad privada que forma parte junto con el Ayuntamiento de Madrid de Madrid Calle 30, -EMESA-, tiene doble la condición de parte financiadora y colaboradora de la prestación del servicio.

La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, en su Informe de

Fiscalización de la Empresa Mixta Municipal de Madrid, Madrid Calle 30, S.A., Ejercicios 2012 y 2013, emitido con fecha 29 de diciembre de 2016, como más arriba hemos recogido afirma que: *“La sociedad Madrid Calle 30, S.A. forma parte del sector público pero no tiene la consideración de poder adjudicador. Los contratos que celebra tienen la consideración de contratos privados”*.

Sin embargo, dentro del perímetro de consolidación para verificar el objetivo de estabilidad comunicado por la Intervención General del Estado al Ayuntamiento de Madrid, se incluye a Madrid Calle 30, S.A., como integrante del subsector administraciones públicas, tanto en 2012, como en 2013, junto con el propio Ayuntamiento, sus OOAA dependientes y otra serie de Sociedades municipales, Consorcios y Fundaciones. Así en el inventario de Entes del Sector Público de la IGAE, Madrid Calle 30, figura como Sociedad Mercantil, calificada a efectos de la contabilidad nacional como *“S1313 Administraciones Públicas Administración Local”*.

Respecto de la falta de ánimo de lucro, como objetivo principal, trae a colación una de las sociedades alegantes, la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 789/2015, en la que se afirma respecto de una sociedad concesionaria que *“El SERGAS, obviamente satisface necesidades de interés general. Pero la sociedad privada SCNV, no ha sido creada “específicamente para satisfacer necesidades de interés general”, sino para ejecutar el contrato de concesión de una obra pública, actividad por tanto de carácter mercantil”*.

Debemos partir de que el carácter industrial o mercantil se predica no de las actuaciones para satisfacer las necesidades, sino de las propias necesidades para cuya consecución o satisfacción se crea la sociedad, tal y como se establece en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 259/2013, de 4 de julio de 2013.

Además debe tenerse en cuenta lo expuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2008 (Fernwärme, asunto C393/06), sobre la naturaleza de entidad adjudicadora de contratos de una empresa de

economía mixta para el suministro de calefacción:

“42. Como se ha expuesto en el apartado 39 de la presente sentencia, Fernwärme Wien fue creada con el objetivo específico de garantizar el suministro de calefacción en el término municipal de la ciudad de Viena. Ha quedado acreditado que el ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad. Si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal (véase, en este sentido, la sentencia Korhonen y otros, antes citada, apartado 54)”.

Se ha considerado un indicio del carácter industrial o mercantil la presencia de ánimo de lucro en la creación de la sociedad, entendido como la búsqueda de beneficios como objetivo principal y la asunción del riesgo financiero del negocio, de tal manera que no se puedan repercutir las pérdidas del mismo a un poder público que sería el que finalmente las soportaría; para apreciar que no se soportan las pérdidas del negocio, no es necesario que exista un mecanismo formal de compensación de pérdidas, siendo suficiente que se considere que, a la vista del tipo de actividad del organismo, el interés público moverá a la Administración matriz a no permitir en ningún caso la insolvencia de la entidad (STJ de 16/10/2003, asunto C-283/00 y STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01).

Esta misma doctrina se recoge también en informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda 18/2013, que establece el carácter de poder adjudicador de la Sociedad de Economía Mixta Aguas de Narixa, S.A. (participada al 50% por el Ayuntamiento de Nerja y Aqualia, Servicios, S.A.), de la Junta de Contratación pública de Navarra, 3/2009, de 28 de diciembre, considerando poder adjudicador a la Sociedad Mixta Gestión y Promoción Egüés 21, S.L. y por último el Informe 12/2016, de 21 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, respecto de la Sociedad de Economía Mixta los Tranvías de Zaragoza y la concesionaria AUZSA.

Expuesta la anterior doctrina debemos analizar su aplicación al caso de la Sociedad Madrid Calle 30, cuyo objetivo es la prestación de un servicio público municipal que podría llevarse a cabo tanto directamente por el Ayuntamiento de Madrid como mediante la personificación en una sociedad mercantil pública instrumental, integrada en su presupuesto, que facilite la gestión.

Ello rebate que la creación de la entidad tenga como fin obtener ánimo de lucro, aunque pueda -de hecho los tiene- obtener beneficios, e incluso autofinanciarse, por el contrario, demuestra que se trata de un ente instrumental para que el Ayuntamiento, titular del servicio, despliegue una actividad de mantenimiento de una vía pública. Consecuentemente, la “mercantilidad” de la empresa -en el sentido de que actúa en el tráfico mercantil- no es la finalidad, sino el medio del que se sirve para prestar el servicio.

Teniendo este factor en cuenta, considerando que existe un mecanismo de financiación de la sociedad al que se garantiza el equilibrio económico financiero que compensa las posibles pérdidas del negocio, el Ayuntamiento está asegurando la viabilidad de la empresa con el objetivo de dar continuidad al servicio público que ha decidido prestar a través de la sociedad mixta. Siendo la actividad de la empresa, como venimos afirmando, el mantenimiento de una vía pública no tendría sentido que fuera un operador económico más, sino que sería necesario que no se guiara exclusivamente por criterios de rentabilidad, lo que le podría hacer entrar en pérdidas, las cuales serían asumidas por el Ayuntamiento precisamente para asegurar el servicio público que, al final, es su razón de ser.

Por tanto, a juicio de este Tribunal y a los solos efectos de fijar su competencia, Madrid Calle 30 ostenta la condición de poder adjudicador y cabe recurso contra las decisiones que la misma adopte en relación con los contratos que celebre en los términos establecidos en la normativa de aplicación.

Procede por ello la admisión de este recurso al ser este Tribunal competente para su conocimiento.

Segundo.- Debe asimismo analizarse la segunda de las causas de inadmisión invocadas por el órgano de contratación, cual es la de la falta de legitimación de los recurrentes. El artículo 42 del TRLCSP utiliza un concepto amplio de legitimación considerando legitimados a aquellos “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. Aduce el órgano de contratación que no resulta acreditada la intención de los recurrentes de licitar ni que la estimación del recurso les permitiera hacerlo.

En este caso se trata de un contrato cuyo objeto coincide con el objeto social del despacho de abogados recurrente, a lo que debeadirse que la propia recurrente afirma que se ve perjudicada como potencial licitadora habida cuenta de las ilegalidades que según se aduce, concurren en los pliegos, en concreto por introducir criterios de valoración discriminatorios o no relacionados con el objeto del contrato, que entiende este Tribunal que de ser removidos favorecerían a la recurrente, por lo que debe considerarse que concurre la legitimación necesaria para interponer el recurso.

No cabe admitir las alegaciones de las sociedades licitadoras, en el sentido de que al tratarse de criterios de adjudicación, no de solvencia, nada impide a la recurrente licitar y recurrir. Sin embargo, desde la perspectiva de una legitimación amplia que opera en el ámbito del recurso especial a la vista del artículo 42 del TRLCSP, la posibilidad de licitar en mejores condiciones, sin incurrir en los gastos de presentar una oferta en las condiciones óptimas de cara a obtener su adjudicación, constituye según el criterio de este Tribunal, un beneficio que justifica el reconocimiento de legitimación *ad causam* en los recurrentes.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- Por lo que respecta al acto objeto del recurso, el mismo son los pliegos por los que se ha de regir la licitación de un Acuerdo marco de servicios con un valor estimado de 750.000 euros, por lo tanto, sujeto a regulación armonizada y susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo

40.1.a) y 2 a) del TRLCSP.

Cuarto.- Por lo que se refiere al plazo de interposición del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, “*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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley*”. El desarrollo reglamentario contenido en el artículo 19.2 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece en cuanto al plazo de recurso contra los pliegos que “*el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido*”.

De manera que el *dies a quo* del plazo legal para interponer el recurso viene determinado en este caso por la publicación y la puesta a disposición de los pliegos PCAP en el perfil de contratante de Madrid Calle-30, que se produjo el 18 de julio de 2017, por lo que el recurso presentado el día 8 de agosto se presentó en plazo.

Quinto.- En cuanto a los motivos de fondo del recurso se aduce que el PCAP resulta manifiestamente contrario a derecho, al incluir entre sus criterios objetivos de valoración de ofertas de los licitadores, criterios abiertamente discriminatorios, generando un cierre del mercado y limitando, de forma e injustificada, la competencia. En concreto se considera contraria a derecho el apartado 10.A.a.1 del Anexo I del PCAP, que establece que “*Se valorará hasta con quince puntos (15 puntos) que el personal ofertado por la empresa para la ejecución del contrato acredite la condición de funcionario en excedencia del Cuerpo de Abogados del Estado, Cuerpo Superior de Inspección de Hacienda del Estado, Cuerpo de letrados*

del Ayuntamiento de Madrid, Cuerpo de letrados de cualquier Comunidad Autónoma o/y Cuerpo de letrados del Consejo de Estado y haber desempeñado sus funciones en la administración pública durante al menos 5 años.

Se otorgarán 2 puntos por persona que acredite dicha circunstancia hasta un máximo de 15 puntos".

Se aduce al respecto que *"La condición de funcionario público de determinado o determinados cuerpos en excedencia puede ser una forma de acreditar una concreta experiencia pero no puede ser nunca un criterio de valoración en sí mismo porque implica mezclar dos ámbitos diferentes, el de la contratación pública y el de la función pública con un efecto que no puede calificarse sino de corporativista y, por ende, contrarios a los principios de igualdad y pro concurrencia que debe inspirar la contratación pública. Supone tanto como reservar determinados contratos o privilegiar para determinados contratos a funcionarios excedentes de determinados cuerpos"*. A todo ello añade que dado que Madrid Calle 30 es una sociedad mercantil, que actúa sometida a derecho privado excepto en concretos ámbitos de actuación refuerza el argumento de la arbitraría inclusión de la cláusula.

El órgano de contratación en su informe aduce que corresponde al órgano de contratación determinar los criterios de adjudicación del contrato, que deberán estar vinculados al objeto del contrato y aportar calidad, en concreto señala que la Sentencia del TJUE dictada en el asunto C-601/13, permite establecer como criterio la experiencia y composición del el equipo técnico presentado. Del mismo modo afirma que la Directiva 2014/24/UE resulta más esclarecedora, al permitir en su artículo 67, la inclusión como criterios de adjudicación, *"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 (...)"*.

Explica que el establecimiento del criterio tiene por objeto asegurar la presencia de un experto con ejercicio actual en el sector privado por parte de especialistas en las materias objeto del contrato y la formación y la experiencia

directa de la gestión de la administración pública. Añade que se trata de un criterio que atribuye un máximo de 15 puntos sobre 100, esto es un 15% de la puntuación total máxima atribuible por este concepto.

Por su parte las dos empresas alegantes manifiestan en síntesis que corresponde al órgano de contratación determinar de forma discrecional los criterios de adjudicación del contrato, sin que quepa confundirlos, como afirman que hace la recurrente, con los criterios de solvencia, no apreciando el carácter discriminatorio ni excluyente de los mismos.

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 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".

Según reiterada doctrina de los tribunales de recursos contractuales, los criterios de selección de las empresas licitadoras, deben ser proporcionados de manera que no deben producir el efecto de restringir o impedir el acceso a la licitación a algunos de los operadores económicos, ya que su falta determina la exclusión de las licitadoras de plano y sin ponderar el esfuerzo que a las mismas les supone ofertar una determinada mejora o criterio de valoración.

En cuanto a los criterios de valoración es de sobra conocido que los mismos, 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)".

En el TRLCSP se atiende a preservar este principio de igualdad, entre otras, con la prevención contenida en el apartado d) de su artículo 32 que señala que serán causa de nulidad “*Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración*”.

Por otro lado, los criterios que pueden utilizarse para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 150 del TRLCSP. 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 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 y el artículo 150 del TRLCSP 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 empece para que los mismos deban respetar el resto los requisitos de ser objetivos y no discriminatorios además de estar determinados con claridad en los pliegos, más arriba indicados.

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 no exige contar en la plantilla actual con el personal indicado sino ponerlo a disposición del contrato, por lo que resulta factible para los despachos, con el horizonte de la consecución del contrato, implementar su plantilla con un profesional de entre el elenco indicado.

En concreto en este criterio se valora la condición de letrado al servicio del Estado, Comunidades Autónomas o Ayuntamiento de Madrid o Consejo de Estado, o bien de funcionarios del Cuerpo Superior de Inspección de Hacienda del Estado.

Todos estos funcionarios tienen en común haber desempeñado sus funciones potencialmente en un ámbito de actuación semejante al de Madrid Calle 30, aplicando por tanto especialmente normativa que regula la actuación del sector público. 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.

Señala la recurrente que además la puntuación asignada a este criterio es cuantitativamente muy relevante, ya que los otros dos criterios puntuables por cifras o porcentajes, son fácilmente alcanzables por cualquier licitador, lo que de facto convierte los 15 puntos asignados al criterio, en los 75 que suponen el conjunto de criterios objetivos.

La empresa Broseta Abogados, S.L.P., señala que el invocado carácter decisivo del criterio se basa en una simulación teórica que constituye un ejercicio de voluntarismo ofreciendo otros datos sobre el mismo criterio.

Es evidente a juicio de este Tribunal, que las conclusiones a las que llega la recurrente sobre la facilidad de alcanzar la máxima puntuación en los demás criterios de valoración, deben ser matizadas al menos por lo que respecta al criterio precio, respecto del que obviamente todas las licitadoras no pueden obtener la máxima puntuación, lo que relativiza el argumento, y no permite la consideración del criterio como decisivo ni tampoco excluyente, pero en todo caso conviene no olvidar que como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012, Comisión Europea/Reino de los Países Bajos, C-368/10, cdo que *“no hay ninguna razón por la que deba considerarse que los principios de igualdad, no discriminación y transparencia entrañarían consecuencias diferentes cuando se trata de los criterios de adjudicación, que son también condiciones esenciales de un contrato público, ya que serán decisivos en la elección de la oferta que sea seleccionada entre las que cumplen los requisitos formulados por el poder adjudicador en las especificaciones técnicas”*.

Ahora bien, siendo así que el respeto a los indicados principios debe estar presente 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.

Sexto.- Se impugna asimismo el PCAP en cuanto al criterio contenido en el apartado 10.A.a.3 del Anexo I del PCAP *“Se valorará con diez puntos (10 puntos) El compromiso de licitador de asumir a su costa la representación procesal de Madrid Calle 30, S.A.”* por considerar que no se encuentra vinculado al objeto del contrato.

Señala el órgano de contratación en su informe que *“La simplificación de la gestión generado en caso de que el licitador asuma los gastos de representación*

procesal de los procedimientos judiciales en que eventualmente Madrid Calle 30, S.A. sea parte es la causa por la que se ha incorporado a los pliegos el criterio”.

Ramón y Cajal Abogados por su parte, pone de relieve que la propia denominación del contrato “Acuerdo marco para el asesoramiento jurídico y representación procesal de Madrid Calle 30, S.A.”, y su objeto definido en la cláusula primera del PCAP, se refieren junto a la defensa técnica a la representación procesal, en los casos que proceda de Madrid Calle 30, sin que Broseta Abogados se refiera específicamente a la cuestión.

Ciertamente la simplificación de la gestión es un elemento que añade calidad a la prestación y en tal consideración sería susceptible de valoración, sin embargo la introducción del término “*a su costa*” implica la asunción únicamente del coste de la representación. En este sentido el PPT establece entre las prestaciones objeto del contrato, la de la representación en juicio de Madrid Calle 30, aunque esta previsión no se recoge en el PCAP, que por tanto, constituye una obligación para la adjudicataria, cuyo cumplimiento debería verificar un profesional distinto en virtud de lo establecido en el artículo 24 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 diciembre. Esta circunstancia impide que se pueda ofertar o no la defensa, puesto que este servicio necesariamente debe prestarse. De manera que lo único que se puede ofertar es la asunción del precio de la representación.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que en el Anexo de precios unitarios no se contempla el coste de esa concreta prestación (arancel del procurador), todas las licitadoras deben ofertar, para cumplir el Pliego, la actuación global de defensa y representación, siendo en definitiva el precio de la oferta el que asume ambos gastos por lo que el criterio controvertido devendría inoperante, al asumir en todo caso la oferta económica las minutas de procuradores.

Por último debe advertirse que la recurrente realiza una serie de observaciones respecto de la cuantía del listado de precios que recoge el PCAP que

a su juicio son muy elevadas, respecto de los criterios orientadores fijados por el Colegio de Abogados, sin embargo esta observación, no recibe un tratamiento autónomo en el recurso puesto que no se solicita que se rebajen las mismas, sino que se utiliza como argumento de refuerzo del carácter decisivo que tiene el criterio del apartado 10.A.a.1 del Anexo I, por lo que en virtud del principio de congruencia este Tribunal no puede pronunciarse sobre la cuantía del listado de precios.

En su virtud 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, previa deliberación, por unanimidad, y, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por interpuesto por E.C.A. y don E.C.A., en nombre y representación de Ceca Magán Abogados, S.L., contra los Pliegos del “Acuerdo marco para el asesoramiento jurídico y representación procesal de Madrid Calle 30, S.A.”, número de expediente C30/2017/00014, anulando el pliego de cláusulas administrativas en su apartado 10.A.a.3 del Anexo I, en los términos de los fundamentos de derecho de la presente resolución.

Segundo.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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.