

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

En Madrid, a 8 de octubre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por doña T.C.F., en nombre y representación de G.R.F. Consulting, S.L., contra el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares del contrato de los “Servicios de colaboración en la recaudación voluntaria y ejecutiva del Ayuntamiento de Humanes de Madrid”, expediente 43/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 29 de septiembre de 2014 fue publicado en el BOCM, anuncio de la convocatoria de la licitación “contratación de los servicios de colaboración en la recaudación voluntaria y ejecutiva del ayuntamiento de Humanes de Madrid”.

Segundo.- La cláusula 12.B.2) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP), “*criterios que dependen de un juicio de valor*”, 2. –“*Medios Personales*”- establece que “*Los licitadores concurrentes deberán de disponer en su plantilla, como mínimo, de seis trabajadores, a los efectos de realizar las funciones*

necesarias de colaboración con la recaudación municipal, que será destinado al centro de trabajo ofertado. Como requisito necesario deberá acreditarse que dicho personal tenga una antigüedad mínima en la empresa de 10 años, extremo que se certificará mediante vida laboral, expedida por el órgano competente de la Seguridad Social. Si tienen una antigüedad mínima en la empresa de 10 años, obtendrán 5 puntos, y si gozan además de experiencia en tareas de recaudación, se podrá incrementar en otros 15 puntos.”

Por otro lado el apartado 3 de la citada cláusula 12.B) establece:

“Experiencia de los licitadores en materia de prestación de servicios de colaboración con la recaudación municipal en otros Ayuntamientos, acreditada mediante certificados de los mismos, 2 puntos por cada certificado hasta un máximo de 20 puntos, siempre que los certificados figuren a nombre de la empresa concursante.”

Tercero.- El 2 de octubre de 2014 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación de G.R.F. Consulting, S.L., en el que solicita la anulación del PCAP.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del mismo al órgano de contratación a los efectos del 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).

El Ayuntamiento de Humanes de Madrid remitió copia del expediente de contratación el 3 de octubre, así como el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP en el que expone que las apartados 2 y 3 de la cláusula 12.B) del PCAP no son excluyentes ya que no impiden la presentación de candidatos y son acordes con la normativa europea al valorar la experiencia como criterio de adjudicación, por lo que solicita el archivo del recurso presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita la legitimación activa de G.R.F. Consulting, S.L., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, que establece la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación a *“toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

La recurrente manifiesta su voluntad de concurrir a la licitación y su objeto social incluye *“la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos y demás prestaciones que constituyen ingreso o recurso de derecho público...”*

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal de 15 días hábiles del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues el anuncio fue publicado en el BOCM el día 29 de septiembre e interpuesto el recurso el día 2 de octubre.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares correspondiente a un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, no sujeto a regulación armonizada, cuyo presupuesto base de licitación asciende a 281.788,92 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y en 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 recurso.

Quinto.- El fondo del asunto se concreta en determinar si se ajustan a la legalidad los criterios de adjudicación de la cláusula 12.B), apartados 2 y 3, reproducidos en los antecedentes de hecho.

Alega la recurrente, respecto del apartado 2, que exigir que el personal de la licitante tenga una antigüedad de 10 años y además puntuar por ello es absolutamente desproporcionado a la cuantía, duración y objeto del contrato y contraviene los principios de libre concurrencia, de igualdad y de no discriminación entre los licitadores constituyendo una barrera de entrada insuperable. Igualmente dejaría fuera de puntuación a profesionales de altísima cualificación y con larga experiencia en el sector, por no llevar diez años en la misma empresa como exige el pliego.

Respecto del apartado 3 de la citada cláusula 12.B) del PCAP argumenta la recurrente que es jurisprudencia reiterada que la experiencia se configura como un requisito de aptitud para concurrir a la licitación y no puede ser incluido como criterio de adjudicación o valoración.

El artículo 150.1 del TRLCSP establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a *“otros semejantes”*, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. En tal sentido, los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica).

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.

Ya la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, dictada en el asunto C-31/87 (Beentjes) afirma que si bien en el caso de que los poderes adjudicadores opten por distintos criterios para la adjudicación del contrato, tal elección solo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

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.”

En el mismo sentido de las anteriores se pronuncian también la sentencia de 12 de noviembre de 2009, asunto C-199/07 (Comisión contra Grecia) y diversas sentencias del Tribunal Supremo, de entre las que destacaremos la de 10 de febrero de 2010 (RJ2010/3964), con cita de otras como la de 23 de marzo de 2005 (RJ2005/3460), la de 5 de julio de 2005 (RJ/2005/5205), o la de 11 de julio de 2006 (RJ/2006/8471) que valoraban la experiencia de las empresas.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia Europea, de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland), señala que como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse deben estar también relacionados con el objeto del contrato y la apreciación de las ofertas presentadas sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos varía en función del contrato de que se trate.

Esta distinción entre criterios de selección y de adjudicación se plasma asimismo en el artículo 44 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, cuando señala que *“La adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55, habida cuenta del artículo 24, previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 45 y 46”*.

La experiencia no figura en la normativa legal como criterio de adjudicación, sino que debe ser considerada como elemento o requisito previo para la admisión de los licitadores. Se deben excluir de los criterios de adjudicación los que no van dirigidos a apreciar la oferta económicamente más ventajosa sino a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato. La calidad de las ofertas ha de

evaluarse en función de las mismas ofertas y no a partir de la experiencia de los licitadores adquirida en contrataciones anteriores.

El criterio de adjudicación de la cláusula 12.B).3 se denomina “*experiencia de las empresas licitadoras*” y puntúa la experiencia en materia de prestación de servicios de colaboración en la recaudación municipal de otros ayuntamientos, lo que podría tener su encaje como requisito de solvencia, pues la experiencia en la ejecución de contratos similares está vinculado a la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato y por eso no tiene la cualidad de “criterio de adjudicación” en el sentido del artículo 150 del TRLCSP, por lo que procede concluir que dicho criterio no es ajustado a derecho y debe ser anulado.

En cuanto al apartado 12.B).2 del PCAP, éste valora los medios personales de la empresa licitadora, no como criterio de selección, ni como compromiso de adscripción, sino como criterio de adjudicación. La exigencia de una antigüedad mínima en la empresa a los seis trabajadores que como mínimo deben disponer en su plantilla las licitadoras es una cualidad referida a la propia empresa y nada añade a la prestación objeto del contrato y por tanto no está vinculado a la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Asimismo podría enfrentarse al principio de igualdad y no discriminación al dar un tratamiento desigual a las empresas que cuenten con trabajadores con experiencia superior a la exigida pero la obtención haya sido no por la continuación en el mismo contrato sino por los trabajos en diversas empresas. Por tanto, procede estimar el recurso y anular este criterio de adjudicación.

Cosa distinta es la valoración de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato por encima del nivel mínimo exigido para acreditar la solvencia. Tal como se ha argumentado más arriba es admisible que en dicho supuesto sea valorado como criterio de adjudicación, pues la experiencia del equipo adscrito a la ejecución del contrato puede aportar mayor calidad a la ejecución del

contrato. En este caso teniendo en cuenta que la adscripción de personal cualificado puede incidir directamente en la calidad de los trabajos a ejecutar, este Tribunal considera que no es contrario a derecho establecer como criterio de adjudicación la experiencia del equipo técnico adscrito a la ejecución, por encima del equipo mínimo requerido de manera que la composición y/o cualificación de sus perfiles profesionales resulta diferencial en la comparación de las ofertas.

La propia la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de día 28/03/2014, establece textualmente en su considerando 94 *“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta”*. Dicha Directiva no ha sido incorporada a la legislación interna sobre contratación pública, pero sigue la línea interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia y ha de servir también de criterio interpretativo para la resolución del supuesto.

Este Tribunal en aras a garantizar el máximo respeto a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de concurrencia competitiva (artículos 1 y 139 del TRLCSP), considera que no puede declarar la nulidad de alguno de los criterios de adjudicación y mantener los restantes, pues la declaración de nulidad de cualquiera de dichos criterios implica modificación de la ponderación real que todos ellos iban a tener en el resultado del procedimiento.

En consecuencia necesariamente se ha de declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, que habrá de reanudarse desde su acuerdo inicial, en el supuesto de que siguiese existiendo el motivo o causa para el inicio de un nuevo expediente de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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, interpuesto doña T.C.F., en nombre y representación de G.R.F. Consulting, S.L., contra la cláusula 12.B), apartados 2 y 3, del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares del contrato de los “Servicios de colaboración en la recaudación voluntaria y ejecutiva del Ayuntamiento de Humanes de Madrid”, expediente 43/2014, declarando la nulidad de los mismos en los términos de los fundamentos de derecho de esta Resolución y la consiguiente nulidad del procedimiento que, en su caso, debe iniciarse adecuando el contenido del PCAP.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.