

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

En Madrid, a 13 de enero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Unive Abogados 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 4312), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de octubre 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 valor estimado de contrato asciende a 132.231,40 euros.

Segundo.- El 12 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la

representación del Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L., en el que solicita la nulidad del PCAP por la exigencia de experiencia con la Administración como criterio de solvencia.

Tercero.- El 3 de diciembre de 2021, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, junto al recurso, 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).

Cuarto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de fecha 30 de diciembre de 2021.

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 21 de octubre de 2021, e interpuesto el recurso el 12

de noviembre de 2021, por lo que 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, 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.- Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés transcribir parcialmente la Cláusula Décimo Octava del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, referida a los criterios de adjudicación, que dispone lo siguiente:

“CRITERIOS VALORABLES MEDIANTE CIFRAS O PORCENTAJES (hasta 100 puntos).

Son los siguientes:

1. Experiencia en asesoramiento jurídico de Entidades Locales (hasta 10 puntos). Serán valorados en este apartado los años de experiencia del licitador como asesor jurídico, ya sea por contrato de servicios o por desempeño del puesto de trabajo al servicio de Entidades Locales, siempre que las funciones del puesto de trabajo desempeñado incluyan el asesoramiento jurídico a uno o varias Entidades Locales.

Se acreditará por certificado de la Administración a la que se han prestado estos servicios o con la que mantuvo relación de empleo. Deberán mostrarse, en este último caso, que las funciones del puesto de trabajo desempeñado incluían el asesoramiento legal.

Por cada año o fracción de ejecución de contrato o de ejercicio en servicio activo, se otorgará 1 punto, con un máximo de 10 puntos.

3. Experiencia en asesoramiento urbanístico de Entidades Locales (hasta 30 puntos).

Se valora en este apartado los años de experiencia concreta del licitador como asesor jurídico urbanístico para Administraciones Locales. Por cada año o fracción de ejecución del contrato, 1 punto, con un máximo de 30 puntos.

Se acreditará mediante certificados de la Administración a la que se han prestado estos concretos servicios de asesoramiento urbanístico.

No se admite la certificación de contratos de asesoramiento jurídico en general para la Administración, puesto que, ya se valora en el primer criterio, y por otro lado, la finalidad de este criterio es determinar una alta especialización en materia de derecho urbanístico, lo que es muy demandado por este Ayuntamiento al adjudicatario del servicio”.

En cuanto al fondo del recurso, la recurrente plantea la nulidad de la Cláusula Décimo Octava del PCAP en lo relativo a la experiencia previa con el sector público. En la cláusula impugnada del citado pliego se recoge, dentro de los criterios de adjudicación, un apartado controvertido y vulnerador de los principios de la contratación en tanto que valoran la experiencia con el sector público. En concreto se valora: por un lado, y con 10 puntos la experiencia en asesoramiento jurídico de entidades locales, y, por otro lado, la experiencia en asesoramiento urbanístico a entidades locales con hasta 30 puntos.

A su juicio, aunque dicha cláusula no impida formalmente presentar oferta a los licitadores que no tengan experiencia previa en la prestación de servicios objeto del contrato a Administraciones Públicas o Entidades Locales, puesto que estamos ante un criterio de adjudicación que influye en la valoración de las ofertas, sí que impide participar en la licitación en condiciones de igualdad. Es obvio, que los efectos que producen los criterios de adjudicación que se impugnan serían perjudiciales a los licitadores que no tiene ninguna o poca experiencia en la defensa de las Administraciones Públicas o Entidades Locales, independientemente de que el licitador la tuviera experiencia en el ámbito jurídico-privado. Todo ello supone una vulneración de los principios esenciales que rigen la contratación pública por cuanto el ordenamiento jurídico, en materia de contratación pública, exige al órgano de contratación que, al momento de redactar los pliegos, su contenido observe los principios de proporcionalidad, publicidad, no discriminación, igualdad de trato, y de libre concurrencia.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que, de acuerdo con la normativa vigente, la experiencia sí se puede tomar en consideración como criterio de adjudicación siempre que se cumplan dos condiciones: Que el personal que se mencione en los pliegos esté encargado de la ejecución efectiva del contrato y que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. Considera ajustado a derecho que los pliegos identifiquen a determinados perfiles profesionales, puestos o componentes de los licitadores como relevantes en la ejecución efectiva del contrato y fijen su experiencia como un criterio de adjudicación del mismo.

A su juicio, el criterio de adjudicación impugnado pretende garantizar un alto nivel de calidad en la prestación del servicio por parte del adjudicatario, pues implica que el despacho o el abogado encargado de la ejecución del contrato gozan de unos conocimientos, una especialización y una cualificación profesional en los concretos ámbitos de práctica jurídica que corresponden al objeto del contrato (Derecho Administrativo Local y Urbanismo), que va a ser el ámbito de conocimiento en el que el Ayuntamiento necesita la labor a desempeñar.

Considera que el criterio no restringe la libre concurrencia, pues no está configurado como criterio de admisión a la licitación (solvencia) sino como criterio de adjudicación. Nada impide que los despachos de abogados que no tengan la experiencia valorada puedan resultar adjudicatarios de este contrato, pudiendo compensar esa pérdida de puntos realizando una mejor oferta económica.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 40 de la LCSP 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”*.

Respecto a la experiencia como criterio de adjudicación, ya se ha pronunciado este Tribunal en diversas resoluciones. Sirva la Resolución 104/2019, de 20 de marzo: *“a) En cuanto al criterio del éxito obtenido defendiendo a las Administraciones Públicas:*

El éxito obtenido representando a una Administración Pública como criterio de adjudicación en los años precedentes prima a quienes hayan contratado previamente con la Administración, contraviniendo el artículo 40.b) de la LCSP, a tenor del cual serán 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. Es obvio que se prima la contratación previa con la Administración en los lotes 1 y 2 y en 20 y 30 puntos, pues sin ella no son posibles sentencias judiciales favorables a la Administración”.

En el mismo sentido nos manifestábamos en la Resolución 341/2020 de 3 de diciembre: *“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 acredite 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”.

El mismo criterio mantiene el TACRC, entre otras, en su Resolución 1286/2020, de 30 de noviembre, que señala: *“El Ayuntamiento de Oliva, en el informe enviado a este Tribunal, acepta el criterio del informe jurídico emitido por el Jefe del Departamento de Gobernación y Contratación Administrativa y considera que la cláusula R.1.3 efectivamente vulnera el art. 40 b) de la LCSP.*

En efecto, dispone este precepto lo siguiente:

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

b) 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’.

No solo la letra de la Ley es clara (in claris non fit interpretatio) sino que también es unívoco y reiterado el criterio de considerar disconforme a Derecho otorgar de cualquier modo ventaja a un licitador por el hecho de haber contratado previamente con la Administración. A título ejemplificativo puede citarse la Resolución de este Tribunal 1009/2016, de 2 de diciembre que, si bien aplica el ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos, su doctrina y criterio sigue vigente bajo el impero de la actual LCSP, de modo que sigue siendo aplicable al supuesto objeto de este

procedimiento. En dicha Resolución se concluye lo siguiente: «debiendo por ello declararse nula la exigencia que contienen los Pliegos de que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público. Debe, pues, estimarse esta primera alegación».

En el caso que nos ocupa, la exigencia de que experiencia en asesoramiento jurídico y urbanístico se circunscriba exclusivamente a las entidades locales, otorgándoles un peso del 40% de la puntuación total, es claramente discriminatoria, otorgando una ventaja decisiva a aquellos licitadores que hayan asesorado previamente a entidades locales, frente a los que pueden tener una larga experiencia en los ámbitos del asesoramiento que se solicitan, pero que no hayan contratado previamente con dichas entidades. No pueden acogerse las alegaciones del órgano de contratación que consideran que no existe restricción de la libre concurrencia, *“pues no está configurado como criterio de admisión a la licitación (solvencia) sino como criterio de adjudicación. Nada impide que los despachos de abogados que no tengan la experiencia valorada puedan resultar adjudicatarios de este contrato, pudiendo compensar esa pérdida de puntos realizando una mejor oferta económica”*, ya que la valoración de la oferta económica es de 20 puntos frente a los 40 puntos de los criterios de valoración controvertidos y en cualquier caso supondría un esfuerzo económico en su oferta que genera una clara discriminación frente al resto de licitadores que hubieran contratado dicho asesoramiento previamente con una entidad local.

Por tanto, debe concluirse que los criterios de valoración controvertidos son efectivamente contrario a Derecho porque, al valorar la experiencia en el asesoramiento jurídico y urbanístico solo cuando se hubieran elaborado para entidades públicas y no para sujetos privados, establece una ventaja a favor de licitadores que hubieran contratado previamente con el sector público. En consecuencia, debe ser anulado.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso, declarándose la nulidad de los pliegos y consecuentemente del procedimiento de licitación.

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”, anulándose los pliegos y consecuentemente el procedimiento de licitación.

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.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 30 de diciembre de 2021.

Cuarto.- 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.