

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

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L. contra los pliegos de condiciones que regirán la contratación del servicio de “asistencia jurídica y de representación procesal, defensa y asesoramiento jurídico del Ayuntamiento de Collado Villalba”, número de expediente 18con/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Collado Villalba alojado en la PCSP el día 27 de octubre, 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 231.404,96 euros y su plazo de duración será de un año con posibles prórrogas anuales hasta alcanzar un máximo de 4 en total.

A la presente licitación se presentaron cuatro licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- El 10 de noviembre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L. en el que solicita la nulidad de uno de los criterios de adjudicación, por entender que atenta contra el principio de igualdad de licitadores.

Tercero.- El 21 de noviembre 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 (LCSP).

Cuarto.- Solicitada medida cautelar de suspensión, no ha lugar a pronunciamiento sobre ella por pasar a resolver el recurso directamente.

Quinto.- 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 46.4 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 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 tanto el anuncio de licitación como los pliegos de condiciones fueron publicados el 27 de octubre de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 10 de noviembre 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 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 la recurrente considera que el apartado 9 del cuadro de características técnicas particulares en su apartado b) establece un criterio de adjudicación que no es conforme con lo establecido en el artículo 145 de la LCSP, además de conculcar el principio de igualdad entre licitadores.

En este momento y antes de proseguir con los fundamentos del recurso, interesa conocer el textual de dicho apartado:

*“**Se otorgarán 10 puntos, hasta un máximo de 30, por cada abogado perteneciente al cuerpo de Abogados del Estado, Magistrados, Ministerio fiscal, funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional u otros cuerpos de la Administración Local, Autonómica o Estatal Nivel A1 para cuyo acceso se exija estar en posesión de la licenciatura o grado en Derecho, en excedencia, con el compromiso de adscripción a la ejecución de este contrato.***

*Para que esta propuesta sea valorada deberá acreditarse mediante los correspondientes certificados la pertenencia a estos cuerpos y **la situación***

administrativa de excedencia y adjuntarse el compromiso de adscripción a la ejecución de este contrato”.

Considera el recurrente que la necesaria acreditación de la situación administrativa de excedencia no se justifica correctamente y, además, no es conforme ni con la necesaria vinculación con el objeto del contrato ni se encuentra justificado y puede ser atentatorio contra con el principio general de la contratación de igualdad entre licitadores.

Evidencia que, en el caso de la solvencia técnica, el órgano de contratación solicita los siguientes requisitos para los abogados que prestarán que se adscribirán al servicio:

- “– Estar en posesión del título de Licenciatura en Derecho.*
- Figurar de alta como abogado/a ejerciente en alguno de los Colegios de Abogados de España con una antigüedad mínima de tres años”.*

Invoca distintas resoluciones del Tribunal Central sobre la necesidad de vinculación al objeto del contrato de los criterios de adjudicación y basa su defensa principalmente en que la situación administrativa de los funcionarios colegiados no está vinculada al objeto del contrato.

Por su parte el órgano de contratación en el informe al recurso presentado manifiesta que:

“El artículo 145 de la LCSP, que regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, dispone lo siguiente:

«Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura»

Como establece la doctrina y la jurisprudencia dictada al respecto, los criterios escogidos por el órgano de contratación deben ser los más útiles para alcanzar el fin que se persigue. Y, por ello, un criterio de adjudicación, siempre que garantice la posibilidad de competencia efectiva, puede recoger aquellos aspectos que, dentro del ámbito de apreciación discrecional del órgano de contratación para establecer los criterios de adjudicación, aseguren, a su juicio, la mejor calidad en la prestación del servicio, más aún en los que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, como es el caso que nos ocupa.

*Por tanto, entendemos que el requisito de que los abogados que pertenezcan a algunos de los cuerpos de la Administración recogidos en la citada cláusula tengan que encontrarse en **situación de excedencia**, esto es, que no tengan que **compatibilizar su trabajo como funcionarios de la Administración con el ejercicio de la práctica de la abogacía**, supone una indudable mejora en la calidad de la prestación de los servicios exigidos en el objeto del contrato”.*

Recuerda que: **“Todas estas actividades son de carácter presencial en las dependencias municipales y deben realizarse, con carácter general, en el horario de funcionamiento del Ayuntamiento, el cual, igualmente con carácter general, coincidirá con el horario de la prestación del trabajo como funcionarios en sus Administraciones respectivas.**

*Por tanto, es evidente que **la obligatoria prestación de su actividad funcional activa, que es su actividad principal y que está sujeta a unos horarios y a una permanencia física en su centro de trabajo, supondría una merma de la calidad de la prestación que se licita** y más aún, cuando estos abogados, precisamente por su superior conocimiento y experiencia que se les presupone y por lo que son objeto de valoración, **han de estar adscritos a la ejecución de este contrato, como expresamente se requiere en los pliegos.***

*A mayor abundamiento, existe el **riesgo potencial de que la actividad de defensa de los intereses municipales se dirija frente a la Administración de la cual son funcionarios en activo, lo cual les colocaría en una situación de incompatibilidad y les impediría realizar el servicio licitado”.***

Centrada la controversia en que, mientras el recurrente pretende que los funcionarios adscritos a la ejecución de este contrato se encuentren en situación administrativa de servicio activo, el órgano de contratación, en virtud de la legislación propia de los funcionarios públicos, exige que dichos funcionarios se encuentren en situación administrativa de excedencia, con el fin de no infringir las normas sobre incompatibilidad de funciones de los empleados públicos, y de garantizar la prestación en los términos contractuales, que exigen la presencia física en las oficinas municipales.

Se entiende por incompatibilidad la imposibilidad de conciliar las funciones inherentes al puesto de funcionario público con el desempeño, bien por sí o mediante sustitución, de un segundo trabajo o cargo en el sector público y en el sector privado, salvo los supuestos previstos legalmente.

Básicamente, este régimen se basa en la necesidad de aplicar el principio de dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más salvedades que las que exija el servicio público y ello para que las actividades privadas no impidan o menoscaben el cumplimiento de los deberes o pueda comprometer la imparcialidad e independencia de los funcionarios públicos.

El régimen jurídico aplicable a las incompatibilidades de los funcionarios públicos se fundamenta en el artículo 103 de la Constitución Española, el cual dispone que éste deberá regularse por Ley. Más concretamente, la normativa de aplicación se encuentra regulada en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (en adelante, LIPSAP), desarrollada por el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril.

El régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos viene regido por un principio general de “*no compatibilidad*” de sus funciones como empleado un segundo puesto de trabajo o cargo, también, en el sector público.

El régimen de incompatibilidades recogido en la LIPSAP es de aplicación a las personas que están al servicio de la Administración Pública, tanto a los funcionarios públicos como al personal laboral.

El incumplimiento del régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos se considera una falta muy grave según lo regulado en el artículo 95 n) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (también EBEP), que dará lugar a la incoación del correspondiente procedimiento disciplinario y a la imposición de una sanción, la cual podrá conllevar incluso la separación del servicio.

Vista la regulación jurídica de la incompatibilidad de funciones para los empleados públicos, es evidente que la adscripción al contrato de letrados que sean funcionarios públicos, solo podrá admitirse en el caso de que estos se encuentren en situación administrativa de excedencia, pues no sería admisible que una Administración Pública va a promover o admitir que los técnicos que prestan un servicio por ella contratado se encuentren en situación de incompatibilidad de funciones.

En el presente caso además, tal y como manifiesta el órgano de contratación, la necesidad de presencia tanto en la sede municipal como en sede judicial en horario de mañana, coincidente con el horario general de trabajo de los funcionarios públicos, hacen imposible la compatibilidad de funciones.

Aunque Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L. alegue que va a concurrir con funcionarios, cuya condición acredita así como la realización efectiva de trabajos privados, todos ellos profesores universitarios, titulares y catedráticos, esta situación no acredita su actuación conforme a la Ley, y menos su disponibilidad para acudir a las oficinas municipales. Es que, además, según los certificados del registro de personal que acompañan tienen dedicación “*a tiempo completo*”, siendo claramente incompatibles, tal y como reitera Sentencia 1399/2020 de 26 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo:

“Como consecuencia de lo razonado, hemos de declarar que el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, no resultan de aplicación al profesorado universitario a tiempo completo, ya que éste personal docente universitario se encuentra sometido a una incompatibilidad absoluta para cualquier otra actividad, con independencia de la percepción o no de complemento específico y su cuantía, sin perjuicio de los dispuesto en el art. 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, y en el art. 83 de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades”.

Por todo ello, este Tribunal considera que la referencia a *“situación de excedencia”* no solo es correcta y está vinculada al objeto del contrato sino que deviene de la propia aplicación y respeto a la legislación sobre situaciones administrativas de los funcionarios, no siendo necesaria mayor justificación de la existencia de varias normas jurídicas que limitan una posible segunda actividad de los funcionarios.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L. contra los pliegos de condiciones que regirán la contratación del servicio de “asistencia jurídica y de representación procesal, defensa y asesoramiento jurídico del Ayuntamiento de Collado Villalba”, número de expediente 18con/2022.

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.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL