

Recurso 136/2020

Resolución 317/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 24 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física **C.C.C.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de asesoría jurídica administrativa y laboral del Consorcio de Aguas de la Zona Gaditana” (Expte. 002-2020), convocado por el CONSORCIO DE AGUAS DE LA ZONA GADITANA, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de mayo de 2020 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Dicho día, el contenido de los pliegos y determinados documentos contractuales fueron puestos a disposición de las entidades interesadas en el citado perfil.

Posteriormente, los días 27 y 28 de mayo de 2020, se publicaron en dicho perfil de contratante sendas rectificaciones de los citados pliegos.



El valor estimado del contrato asciende a 309.852,00 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la ahora recurrente, según consta en el expediente de contratación remitido por la entidad contratante.

SEGUNDO. Con fecha 10 de junio de 2020, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la persona física C.C.C. (en adelante CCC) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

TERCERO. Por la Secretaría del Tribunal, el 12 de junio de 2020, se le da traslado a la entidad contratante del escrito de interposición y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada dicha documentación en este Tribunal el 16 de junio.

CUARTO. Por Resolución de este Tribunal, de 16 de junio de 2020, se adopta la medida cautelar de suspensión solicitada por la persona física recurrente.

QUINTO. Con fecha 1 de julio de 2020, la Secretaría del Tribunal da plazo de alegaciones a la persona física CCC al poder concurrir posible causa de inadmisión del recurso por presentación fuera del plazo establecido para ello. Dichas alegaciones fueron remitidas teniendo entrada en plazo en este Órgano el 3 de julio.

SEXTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 16 de julio de 2020, se dio traslado del escrito de interposición a las entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndose presentado en el plazo establecido las aportadas por la persona física I.P.B.L.D.C. (en adelante IPB).



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El CONSORCIO DE AGUAS DE LA ZONA GADITANA, conforme a los artículos 78 a 82 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, es una entidad pública de carácter voluntario y asociativo sometida al Derecho Administrativo, constituido actualmente conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de sus estatutos por la Junta de Andalucía y sobre dieciocho municipios de la provincia de Cádiz, cuyo fin principal conforme al artículo 8 de aquellos es la prestación del ciclo integral del agua en los municipios consorciados, configurándose como una entidad local de cooperación territorial, conforme al artículo 78.3 de la citada Ley 5/2010, de 11 de junio.

Por su parte, el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, en relación a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante Ley de los Sectores Especiales), en su artículo 5.1 dispone que *«Quedan sujetas al presente real decreto-ley las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14. Asimismo, quedarán sujetas al presente real decreto-ley las asociaciones formadas por varias entidades contratantes.»*.

En este sentido, el artículo 8 de la citada ley dispone lo siguiente:

«1. El presente real decreto-ley se aplicará a las actividades siguientes:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable.

b) El suministro de agua potable a dichas redes.

2. El presente real decreto-ley se aplicará, asimismo, a los contratos y a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:

a) Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

b) La evacuación o tratamiento de aguas residuales.



3. No se considerará como una actividad con arreglo al apartado 1 el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de agua potable por parte de la entidad de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11.

b) Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de agua potable de la entidad contratante tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.».

Al respecto, al CONSORCIO DE AGUAS DE LA ZONA GADITANA en principio le es de aplicación la Ley de Sectores Especiales conforme a sus estatutos, que disponen como se ha expuesto que su fin principal es la prestación del ciclo integral del agua.

Por último, en lo que aquí interesa, el artículo 5.3 de la citada Ley de los Sectores Especiales dispone que «*Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este real decreto-ley los contratos que celebren las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada ley, en todo caso. Únicamente se les aplicará el presente real decreto-ley para determinar si los contratos que celebren estas deben considerarse sujetos a regulación armonizada.*». En este sentido, conforme al artículo 3.2.b) de dicha Ley 9/2017, el CONSORCIO DE AGUAS DE LA ZONA GADITANA tiene la consideración de Administración Pública.

En consecuencia, este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En efecto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por una entidad local andaluza de cooperación territorial. En este sentido, conforme a la documentación enviada a este Tribunal, el CONSORCIO DE AGUAS DE LA ZONA GADITANA no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano la documentación a efectos de la resolución del presente recurso especial en materia de contratación.



SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la persona recurrente para la interposición del presente recurso, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, la recurrente justifica su legitimación en que algunas cláusulas de los pliegos relativas a la exigencia de determinada experiencia de la persona licitadora son desproporcionadas, discriminatorias y contrarias al principio de igualdad

Así las cosas, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que determinadas cláusulas de los pliegos le dificultan o impiden acceder a la licitación, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir, pues precisamente las bases de aquella le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, disponen que: «*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el contenido de los pliegos fue puesto a disposición de las entidades interesadas en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de mayo de 2020 y posteriormente los días 27 y 28 de mayo de 2020 al publicarse una rectificación de los mismos. En consecuencia, al haberse presentado el escrito de recurso el 10 de junio de 2020 en el Registro electrónico de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado, aun cuando se compute desde el 25 de mayo.

Al respecto, el órgano de contratación y la persona física interesada alegan que el recurso debe inadmitirse por extemporáneo. En este sentido, el CONSORCIO DE AGUAS DE LA ZONA GADITANA pone de manifiesto que el día 3 de marzo de 2020 se aprobaron los pliegos y el expediente de contratación publicándose ese día en el perfil de contratante, indicando la forma en que las personas interesadas podían acceder a ellos. Asimismo, señala que el 11 de marzo de 2020 se publicó resolución de subsanación de errores materiales.

También indica que el 14 de marzo de 2020 se aprobó el Decreto 463/2020, que suspende los procedimientos de licitación; a dicha fecha habían transcurrido 8 días hábiles para la interposición del recurso; el 25 de mayo de 2020 se reanudó la licitación, de conformidad con el Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, y se aprobó ampliar el plazo de presentación de ofertas, publicándose dicho acuerdo en el perfil ese mismo día. En este sentido, matiza que los pliegos permanecieron inalterados por lo que en ningún caso ha de entenderse que se iniciaba un nuevo plazo para su impugnación sino solo a los efectos de presentación de ofertas.



Por ultimo, señala que el 10 de junio de 2020 se interpone el presente recurso, cuando el plazo para recurrir había vencido el 3 de junio de 2020, por lo que su interposición es extemporánea y ha de inadmitirse el recurso.

En sentido similar se pronuncia la persona física IPB como interesada en el procedimiento de recurso.

Pues bien, con independencia de cualquier otra consideración que al respecto pudiese realizarse, lo cierto es que conforme a lo publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, a fecha de la presente, el anuncio publicado el 3 de marzo de 2020, rectificado en dicho perfil los días 16, 19 y 26 de marzo de 2020, consta como anulado con fecha 25 de mayo de 2020 en el mencionado perfil de contratante con el siguiente tenor:

«Anulación Anuncio de licitación

(...)

Información de anulación:

Motivo de la anulación Otro

Reanudación de la licitación con nuevo plazo y presentación electrónica.

El anuncio anulado fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 26-03-2020 a las 10:24 horas.».

Asimismo, en cuanto a los pliegos, consta asimismo en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público como anulados con el siguiente tenor:

«Anulación Documento de Pliegos

(...)

Información de anulación:

Motivo de la anulación Otro

Reanudación de la licitación con nuevo plazo y presentación electrónica.

El anuncio anulado fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 03-03-2020 a las 11:02 horas.».

La anulación del anuncio de licitación y de los pliegos publicados en marzo de 2020 supone que los mismos quedan sin efectos a partir de su publicación en el perfil de contratante, hecho que como se ha



expuesto ocurrió el mismo día que el de la publicación de una nueva licitación, que es la que se examina, esto es el 25 de mayo de 2020.

En este sentido, el cómputo del plazo para la interposición del recurso ha de tomarse necesariamente a partir de dicha fecha de 25 de mayo de 2020, sin que en esta publicación conste mención alguna al anuncio y a los pliegos primitivos publicados el 3 de marzo de 2020.

En definitiva, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal, aun cuando se compute desde el 25 de mayo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La persona física recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación.

En su pretensión denuncia la recurrente:

1. La ilegalidad de la cláusula 7 del PPT, en relación con los medios adscritos a la prestación del servicio.
2. La ilegalidad de los anexos VIII y XI del PCAP, en relación con la valoración del equipo de trabajo y la experiencia previa de la entidad licitadora.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la persona física IPB como interesada en el procedimiento, no formula alegación alguna sobre el fondo del recurso.

SEXTO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso la recurrente denuncia la ilegalidad de la cláusula 7 del PPT, en relación con los medios adscritos a la prestación del servicio. Dice así la mencionada cláusula, respecto del lote 1, que aunque el recurso no lo menciona expresamente es la parte que reproduce:



«Los licitadores deberán contar como mínimo con un equipo formado, por al menos:

- LOTE 1.– Área de Derecho Administrativo: tres (3) profesionales, todos ellos abogados colegiados y un (1) administrativo (paralegal).

Al objeto de la correcta prestación del servicio y dada la especialidad de los trabajos a ejecutar, se requiere que el conjunto de los abogados adscritos al servicio, tengan experiencia en todos y cada uno de los asuntos relacionados en la descripción de trabajos del Lote 1. Se acreditará mediante declaración responsable, certificado emitido por el Colegio de Abogados correspondiente a su colegiación, especialidad y CV.

Se deberá designar a un responsable de la ejecución del contrato y director del equipo que, deberá acreditar una experiencia mínima de VEINTE (20) años en el ejercicio de la profesión. El resto de profesionales deberá acreditar una experiencia profesional mínima de DIEZ (10) años en el ejercicio de la profesión en relación con el objeto del contrato.

Dos (2) de los letrados, al menos, tendrán experiencia procesal con intervención ante la jurisdicción contenciosa-administrativa en los distintos asuntos relacionados en la descripción de los trabajos del Lote 1, acreditable durante los últimos cinco (5) años anteriores a la presentación de la oferta incluyendo el año en curso.

Adicionalmente en el equipo deberá integrarse un administrativo que llevará a cabo funciones de apoyo (paralegal).».

Asimismo, en lo que aquí interesa, ha de reproducirse parte de los criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional de la persona empresaria, cuyo contenido se encuentra recogido en el apartado 2 del anexo XVI del PCAP con el siguiente tenor:

«La solvencia técnica o profesional se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación (son alternativos):

1.Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe, fechas y destinatario público de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes (...).

El periodo para tener en consideración los servicios realizados será el de los tres últimos años, salvo que en el anexo I se establezca otro mayor, para garantizar un nivel adecuado de competencia y previa justificación en el expediente. (...).».

Al respecto, señala la recurrente que dicha cláusula 7 del PPT es ilegal por desproporcionada, excluyente y discriminatoria. En cuanto a la desproporcionalidad, indica que la adscripción de medios personales es considerada por el artículo 76.3 de la LCSP, como un requisito de solvencia adicional, que deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.



Para reforzar su alegato reproduce parcialmente la Resolución 1180/2015, de 22 de diciembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señalando que conforme a dicha doctrina resulta claramente desproporcionada la exigencia a las licitadoras de una experiencia profesional mínima de quince años en el ejercicio de la abogacía, especialmente en aquellos supuestos en que la misma no queda debidamente motivada, como es el caso, doctrina que es perfectamente trasladable a aquellos supuestos en que la experiencia requerida es incluso superior (veinte años) así como a aquellos casos en que se exige una experiencia de diez años, tal y como expresamente reconoce dicho Tribunal en su Resolución 333/2016, de 29 de abril, en la que manifiesta que la exigencia de una experiencia mínima de diez años de ejercicio profesional es también excesiva, por comparación con una serie de ejemplos.

En definitiva, a juicio de la recurrente, exigir a la entidad licitadora una experiencia profesional de veinte y diez años como requisito adicional de solvencia es desproporcionado y, por ende, contrario a la normativa reguladora de la contratación pública.

Respecto a que dicha cláusula 7 del PPT es excluyente y discriminatoria, señala la recurrente que carece de sentido que, para acreditar la experiencia profesional del equipo de trabajo a adscribir al contrato se exija disponer de una experiencia de veinte y diez años en el ejercicio de la profesión, cuando para ser Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y de lo social tan sólo se exige una antigüedad de dos años de ejercicio, ex artículo 311.2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia, a su juicio, esta exigencia es discriminatoria y contraria al principio de igualdad por cuanto excluye a las posibles licitadoras que hayan reunido su experiencia como funcionarios públicos especializados en lo contencioso-administrativo y en lo social y se encuentren en situación de excedencia, como es el caso de los Magistrados.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que no existe norma o criterio normalizado que permita delimitar los años de experiencia para el desempeño de cualquier función pero sí es clara la tendencia a que con los años de profesión se adquiere experiencia que implica mayor garantía de calidad en la prestación. En este sentido, indica que la motivación para exigir una experiencia mínima en la prestación del asesoramiento, se basa en la historia del servicio que se pretende donde este órgano de



contratación obtuvo resultados exitosos con letrados expertos y graves perjuicios con letrados de menor recorrido, porque era inviable conocer la pericia del equipo sin la licitación que delimitara dicha experiencia, de tal suerte que si atendemos a la definición de calidad, como el resultado de la evaluación del cumplimiento contractual, la experiencia de este órgano de contratación con servicios jurídicos ha sido siempre favorable a los más experimentados y en raras ocasiones se ha contratado con juristas de menos de 20 años de experiencia por la repercusión que esto puede tener en el resultado de la representación o asesoramiento. Insistiendo en ello, señala el informe al recurso que no puede delimitarse el alcance de la exigencia de calidad por parte del proveedor, cuando por naturaleza la hace el órgano de contratación.

Así las cosas, indica el órgano de contratación que la presentación en tiempo y forma de ofertas por parte de nueve licitadoras al presente procedimiento no viene sino a confirmar sobradamente la existencia de empresas que reúnen los requisitos exigidos y que no estamos ante criterios desproporcionados y de imposible cumplimiento, sino ante la búsqueda de la máxima garantía de buena ejecución de un contrato tan complejo como el que nos ocupa, respetando en todo caso la concurrencia.

En este sentido, aclara que la experiencia como medida de la calidad, cuando esta no queda limitada por norma alguna, sólo puede ser valorada por la subjetividad del órgano de contratación que, por otra parte, ha estimado un precio basado en dicha experiencia que a su vez es proporcional al importe de las causas afrontadas por el servicio de asesoría. Al respecto, manifiesta que en el caso que nos ocupa, es evidente que la mejor ejecución del servicio depende de la organización, la cualificación y la experiencia del personal adscrito al contrato y que este órgano de contratación no puede rebajar sus expectativas en cuanto a que tiene previsto afrontar causas en las que está en juego su futuro como entidad y que sus municipios consorciados no permitirán que se dimensionen equipos insuficientes para atender reclamaciones que pueden situar a la entidad al borde de la liquidación.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia surgida en el primer motivo del recurso, en la que como se ha expuesto se denuncia la ilegalidad de la cláusula 7 del PPT, en relación con los medios adscritos a la prestación del servicio.

Al respecto, el artículo 74.1 de la LCSP establece que «*Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y*



financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.».

Por su parte, la citada LCSP dispone en su artículo 76 apartados 2 y 3 lo siguiente:

«2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.

3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.».

En este sentido, como se ha expuesto, la recurrente denuncia que la adscripción de medios personales prevista en la cláusula 7 del PPT, en concreto la exigencia de experiencia profesional de veinte y diez años, es a su juicio desproporcionada, discriminatoria y contraria al principio de igualdad. Debe pues este Tribunal examinar si conforme a lo establecido en el citado artículo 76.3 de la LCSP y a la pretensión de la recurrente dicha exigencia es *«proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación».*

Al respecto, es necesario resaltar que la recurrente no cuestiona la exigencia de experiencia al personal integrante del equipo de trabajo, y en concreto al responsable del contrato y director del equipo y al resto de profesionales, sino que denuncia el que dicha experiencia se extienda a un periodo de 20 años para el primero y 10 años para el resto en el ejercicio de la profesión en relación con el objeto del contrato.



Pues bien, este Tribunal abordó un caso muy similar en su Resolución 107/2015, de 25 de marzo. En ella reproduce parte de la Resolución 249/2012, de 7 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en los siguientes términos:

«Admitida la posibilidad de exigencia de experiencia al personal del empresario adscrito al contrato como especificación técnica de la prestación, resta por considerar si el modo en que lo hace el pliego resulta admisible. (...) En definitiva se trata de examinar si la especificación técnica de la prestación consistente en determinada experiencia del personal adscrito al contrato es proporcionada. (...) A ello se suma, además, que los periodos de experiencia requeridos para todo el personal no deben ser inmediatos y exceden en dos de los supuestos (Jefe de Proyecto y Analista Funcional) de tres años. Ya se ha indicado que no se está examinando aquí la solvencia del empresario, acreditada por la clasificación, sino la especificación técnica requerida al abrigo del artículo 64.2 TRLCSP.

Sin embargo, para realizar ese juicio de proporcionalidad es útil acudir a la analogía (artículo 4.1 Código Civil) con la norma que regula la experiencia del contratista como medio de acreditación de su solvencia, esto es, el artículo 78 TRLCSP, al que ya se ha hecho referencia, que refiere la experiencia al periodo de los tres años anteriores. (...)

Pues bien, el Tribunal entiende que por sí mismas, esas magnitudes temporales, sobre todo 5 y 4 años, resultan desproporcionadas por sí mismas. Considera, igualmente, que el hecho de que los periodos de experiencia no sean los anteriores al contrato no es adecuado, al no ser acorde a la finalidad buscada con la exigencia de experiencia al personal. Estas conclusiones resultan corroboradas por la comparación analógica con el artículo 78, resultando, a la postre, que se estaría exigiendo mayores requisitos a la parte (al personal), que la que resultaría posible exigir al todo (al empresario).

Resulta, además, necesario analizar si esta falta de proporcionalidad de los pliegos puede afectar a la libre concurrencia. La respuesta es necesariamente afirmativa ya que la libre concurrencia efectiva exige requisitos adecuados que puedan estar al alcance de las empresas con solvencia. Si, más allá de lo exigencia de solvencia, se establecen requisitos o condicionamientos que carecen de la medida de la proporcionalidad, necesariamente afectará a la libre concurrencia pues no todos los empresarios solventes estarán, o podrán estar, en situación de alcanzarlos.



Además, de admitirse esta desproporción se estaría incurriendo en fraude de ley proscrito en el artículo 6.4 del Código Civil, ya que, una especificación técnica (la exigencia de experiencia del personal adscrito), resulta amparada en una norma concreta (la que permite exigir el compromiso de adscripción de personal, sin concreciones temporales) art. 64.2 TRLCSP y, sin embargo, infringe la finalidad de otra norma (la que establece que la experiencia del empresario debe ir referida a los últimos tres años), artículo 78.a), por más que en el pliego la solvencia del empresario se acredite por la clasificación.».

Así, este Tribunal, al igual que en el supuesto de su Resolución 107/2015, de 25 de marzo, mantiene que la exigencia de estos años de experiencia resulta desproporcionada por sí misma. En este sentido, no se puede compartir lo argumentado por el órgano de contratación, cuando en sus alegaciones al recurso justifica dichos años de experiencia en que en raras ocasiones se ha contratado con juristas de menos de 20 años de experiencia, habiendo sido los resultados siempre favorable a los más experimentados, y ello por cuanto no parece razonable que un profesional del derecho deba de acumular en unos casos 10 y en otros 20 años de experiencia, para poder asesorar y representar en juicio a cualquier empresa.

Tampoco es posible compartir en toda su extensión la afirmación del órgano de contratación de que la experiencia como medida de la calidad, cuando esta no queda limitada por norma alguna, solo puede ser valorada por la subjetividad del órgano de contratación, pues siendo ello cierto, en aras de los principios de igualdad de trato y de concurrencia, la exigencia no puede ser desproporcionada sino aquella que concilie la necesidad del órgano contratante con la mayor concurrencia, situación que a juicio de este Órgano no se da en el supuesto que se examina, pues dicha necesidad podría ser cubierta con un periodo de experiencia menos elevado y más favorable a la concurrencia, que permita la participación de licitadores con solvencia suficiente para dar respuesta a las necesidades del contrato.

En todo caso, la exigencia de solvencia, en este caso técnica o profesional, ya sea de la empresa licitadora o de las personas responsables de ejecutar la prestación, ha de figurar debidamente justificada en el expediente de contratación, en los términos previstos en el artículo 116.4.c) *«En el expediente se justificará adecuadamente: c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo»*, circunstancia que no acontece en el supuesto examinado, sin que la argumentación



esgrimida por el órgano de contratación en el informe al recurso justifique a juicio de este Tribunal la experiencia en unos casos de 10 y en otros de 20 años.

En consecuencia, y de acuerdo con las consideraciones realizadas, procede estimar el primer motivo del recurso, procediendo la anulación de la referencia a 20 y 10 años de experiencia que realiza, respecto al lote 1, la cláusula 7 del PPT en relación con el responsable del contrato y director del equipo y el resto de profesionales

OCTAVO. En el segundo y último de los motivos del recurso, la recurrente denuncia la ilegalidad de los anexos VIII y XI del PCAP, en relación con la valoración del equipo de trabajo y la experiencia previa de la entidad licitadora. En este sentido, CCC divide su alegato en dos partes, por un lado, la valoración como criterio de adjudicación de requisitos de solvencia que a su entender se dispone en el anexo XI del PCAP, y por otro lado, la valoración asimismo como criterio de adjudicación de los medios personales mínimos a adscribir al contrato.

Respecto a la primera parte de su denuncia, la recurrente cuestiona determinado criterio de adjudicación a evaluar mediante la aplicación de fórmulas, contenido en el anexo XI del PCAP, cuyo tenor en lo que aquí interesa es el siguiente: *«Experiencia con las administraciones públicas: se valora el número de contratos de cualquier envergadura que el licitante haya mantenido con administraciones públicas del ámbito local, autonómico o estatal, en alguna de las materias que se plantean en los lotes 1, 2 y 3 en los últimos 10 años. La puntuación obtenida en este apartado, se valora a partir de los certificados de buena ejecución presentados (...)».*

En este sentido, indica la recurrente que se están utilizando como criterio de adjudicación aspectos de capacidad y solvencia (artículo 90.1.a de la LCSP, solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios). Para reforzar su alegato trae a colación las Resoluciones 38/2016, de 1 de abril y 220/2012, de 3 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las que resalta que *«habiéndose utilizado esta diferenciación, 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».*



A la vista de lo expuesto, concluye la recurrente señalando que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el PCAP valora como criterio de adjudicación la experiencia adicional en alguna de las materias que se plantean en los distintos lotes, esto es, de forma distinta y añadida a la requerida como criterio de solvencia y requisito previo.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia, en la que la recurrente afirma que en el criterio de adjudicación “Experiencia con las administraciones públicas” se valoran requisitos de solvencia, señalando que estos tienen la finalidad de determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, por lo que no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta.

Pues bien, al respecto este Tribunal se ha pronunciado en multitud de ocasiones, valga por todas las recientes Resoluciones 98/2020, de 12 de mayo y 207/2020, de 18 de junio, en las que se pone de manifiesto que el requisito de la experiencia ha sido tradicionalmente considerado como una condición de solvencia más que como un criterio de adjudicación sobre la base de tratarse de una cualidad de la empresa licitadora que ninguna ventaja directa o valor añadido reporta a la oferta. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-601/13, de 26 de marzo de 2015 (Ambisig y Nersant) se produce un cambio de criterio y el citado Tribunal comienza a considerar que en ciertos tipos de contratos sí cabe admitir la experiencia como criterio de adjudicación.

Asimismo, la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 94, señala que «*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. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura (...)*». Al respecto, su artículo 67 prevé la experiencia del personal como criterio de adjudicación y el precepto se



incorpora con una redacción casi idéntica al vigente artículo 145 de la LCSP que, al describir algunos criterios de adjudicación, menciona expresamente «*La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución*».

De lo hasta ahora expuesto, podemos extraer en lo que aquí interesa dos conclusiones claras: por un lado, que la experiencia del personal de las entidades licitadoras puede ser criterio de adjudicación, y por otro lado, que la experiencia de las empresas licitadoras es una cualidad de las mismas que ninguna ventaja directa o valor añadido reporta a la oferta, por lo que es posible considerarla como condición de solvencia pero no como criterio de adjudicación, circunstancia ésta última que concurre en el supuesto examinado en la que el criterio controvertido exige experiencia de la entidad licitadora (licitante en términos del pliego), dándose por tanto la razón a la recurrente cuando señala que el criterio versa sobre la capacidad de las empresas para ejecutar el contrato, y por ello no puede ser valorada como criterio de adjudicación, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, como requisito de solvencia técnica.

Procede, pues, estimar la primera parte del segundo motivo del recurso.

NOVENO. En la segunda parte del segundo motivo del recurso la recurrente cuestiona la valoración como criterio de adjudicación de los medios personales mínimos a adscribir al contrato, contenida en el anexo VIII del PCAP

En este sentido, la recurrente reproduce parte del citado anexo de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor, en cuya virtud, las entidades licitadoras deberán presentar una propuesta técnica que contenga al menos los siguientes epígrafes: (i) identificación del lote al que se presenta; (ii) medios humanos adscritos al servicio y (iii) descripción del servicio.

Al respecto, en relación con el apartado relativo a los “medios humanos adscritos al servicio”, indica la recurrente que el PCAP detalla la experiencia que ha de cumplir este personal: un responsable de la ejecución del contrato y director del equipo, que deberá acreditar una experiencia mínima de veinte años en el ejercicio de la profesión, dos abogados con una experiencia profesional mínima de diez años en el ejercicio de la profesión y un administrativo que llevará a cabo funciones de apoyo.



Sobre lo anterior, concluye la recurrente que en la cláusula 7 del PPT, relativa al personal a adscribir al contrato, será asimismo objeto de valoración en el sobre 2 -criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor-, por lo que se está valorando como criterio de adjudicación el equipo mínimo a adscribir al contrato, lo que supone, a todas luces, una vulneración de la normativa y doctrina contractual de aplicación expuesta, al valorarse como criterio de adjudicación lo que es un criterio de solvencia (ex. artículo 76.2 de la LCSP), debiendo declararse por ende la nulidad de la cláusula.

Pues bien, según lo expuesto, queda claro que en relación con el personal a adscribir a la ejecución del contrato la recurrente denuncia que no es posible valorar como criterio de adjudicación lo que es un criterio de solvencia. Sobre ello, conforme se ha expuesto en el fundamento anterior la experiencia del personal de las entidades licitadoras puede ser criterio de adjudicación en los términos allí recogidos.

En este sentido, en el supuesto examinado, como se ha recogido, el equipo mínimo a adscribir al contrato, como compromiso de adscripción de medios y por tanto requisito de solvencia técnica o profesional, no puede a la vez ser criterio de adjudicación y ello, aunque la experiencia del personal pueda ser en determinadas circunstancias criterio de adjudicación en el nuevo marco legal (artículo 145.2 de la LCSP).

Procede, pues, estimar la segunda parte del segundo motivo del recurso.

DÉCIMO. La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física **C.C.C.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de asesoría jurídica administrativa y laboral del Consorcio de Aguas de la Zona Gaditana” (Expte. 002-2020), convocado por el CONSORCIO DE AGUAS DE LA ZONA GADITANA y, en consecuencia, anular los mismos en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 16 de julio de 2020.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

