

Recurso 79/2022
Resolución 219/2022

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

Sevilla, 8 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Baena» (Expte. SERV-02/2021), convocado por el Ayuntamiento de Baena (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 16 de febrero de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 18 de febrero de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 10.080.402,86 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 17 de febrero de 2022.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 8 de marzo de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por el CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA) (en adelante la recurrente o la asociación recurrente) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En el escrito de recurso se solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado tras reiteración fue recibido en este Órgano el 18 y el 25 de marzo de 2022, salvo el informe al recurso.

El 25 de marzo de 2022 este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente.

Por último, el 28 de marzo de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Baena (Córdoba) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación empresarial recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el 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»*.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados»*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.



Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra el PCAP, y ello por entender que en aquel se incumplen algunos aspectos relacionados con determinados criterios de adjudicación del contrato.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de la asociación recurrente su fin primordial es la representación, participación y defensa de sus asociados, en relación con todas las actividades empresariales en el sector de la atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el PCAP en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 17 de febrero de 2022, por lo que el recurso presentado el 8 de marzo de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el PCAP que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, se proceda a anular las cláusulas 12 y 14 del PCAP, por los motivos expuestos en los fundamentos de derecho del presente recurso.

La recurrente, tras reproducir parte del contenido de las cláusulas 12 y 14 del PCAP, relativas respectivamente a la solvencia y a los criterios de adjudicación, se opone a que la experiencia acreditada de la empresa en el servicio de ayuda a domicilio sea considerada como criterio de adjudicación. En este sentido, señala que la LCSP lo que persigue es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todas las entidades licitadoras, y que se apliquen en pie de igualdad para todas éstas, de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación. Indica que como criterio de adjudicación la valoración de la experiencia de las empresas en la ejecución de contratos similares es una cuestión que ya ha sido abordada por este Tribunal en reiteradas resoluciones, entre otras, en sus Resoluciones 64/2012, de 14 de junio, 18/2013, de 25 de febrero, 58/2013, de 10 de mayo y la más reciente 245/2016, de 14 de octubre, en las que se señalaba que la experiencia no podía ser valorada como un criterio de adjudicación al no encontrarse relacionado con el objeto del contrato.



Acto seguido, señala que desde la entrada en vigor de la nueva LCSP, de acuerdo con su artículo 145.2.2º que reproduce, cabe configurar como criterio de adjudicación la experiencia del personal que la licitadora adscriba a la ejecución del contrato, pero siempre que quede demostrado y debidamente justificado por el órgano de contratación que dicha experiencia se traducirá en una mejora de la calidad del servicio, mejora que debe ser significativa. Fuera de esos supuestos, no cabe utilizar la experiencia como criterio de adjudicación, quedando limitada su consideración como requisito de solvencia técnica.

Al respecto, sintetiza su oposición en tres argumentos: i) la experiencia valorada como criterio de adjudicación no puede ser la misma experiencia que ya se examina como parte del requisito de la solvencia técnica, aunque sea a partir del quinto año exigido como mínimo; ii) la experiencia del personal del contratista ha de incidir en la calidad del servicio de manera significativa; y iii) la necesidad de motivar la utilización del criterio de la experiencia acreditada de la empresa en la prestación del servicio.

Por su parte, en cuanto al informe al recurso del órgano de contratación, no consta en expediente remitido que el mismo haya sido elaborado. Tal ausencia por parte de dicho órgano de contratación de alegato alguno que en cierta forma pudiese desvirtuar las denuncias vertidas en el escrito de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo y 537/2021, de 10 de diciembre, de este Tribunal, entre otras muchas).

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

En lo que aquí interesa, señala la cláusula 14 del PCAP relativa a los criterios de adjudicación dentro de los de aplicación automática, el número tres con el siguiente tenor: *«Experiencia acreditada de la empresa en el servicio de ayuda a domicilio (se puntuará a partir del quinto año mínimo exigido). Puntuación unitaria: 0,75 puntos/año. Puntuación máxima: 10 puntos».*

Sobre la experiencia de las entidades licitadoras como criterio de adjudicación, tiene este Tribunal y el resto de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual una doctrina consolidada. En este sentido, es de destacar que ya este Órgano se pronunció al respecto en su Resolución 18/2013, de 25 de febrero, en la que se indicó que *«la experiencia no puede ser un criterio de valoración de las ofertas de los licitadores como alega el recurrente»*. Más recientemente, en la Resolución 207/2020, de 18 de junio, se señalaba la imposibilidad de establecer como criterio de adjudicación las características o circunstancias de las empresas, esto es la experiencia:

«Al respecto, este Tribunal ha puesto de manifiesto recientemente en su Resolución 98/2020, de 12 de mayo, 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 misma 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, 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.».

Por último, este Tribunal se ha pronunciado al respecto, entre otras, en su Resolución 531/2021, de 10 de diciembre, en la que se afirmaba que «*cabe configurar como criterio de adjudicación la experiencia del personal que se adscriba a la ejecución del contrato, pero siempre que quede demostrado y debidamente justificado por el órgano de contratación que dicha experiencia se traducirá en una mejora de la calidad del servicio, mejora que debe ser significativa. Fuera de esos supuestos, no cabe utilizar la experiencia como criterio de adjudicación, quedando limitada su consideración como requisito de solvencia técnica.*».

En definitiva, como regla general, no es posible utilizar la experiencia de las entidades licitadoras como criterio de adjudicación, circunstancia que concurre en el supuesto que se examina, con infracción del artículo 145 de la LCSP, pues éste solo permite emplear la experiencia como criterio de adjudicación en los supuestos que la misma se refiera a la del personal que vaya a ejecutar la prestación, siempre que quede debidamente justificado que dicha experiencia se traducirá en una mejora significativa de la calidad del servicio.

Procede, pues, estimar en los términos analizados el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el PCAP que, entre otros documentos, rige 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 el **CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Baena» (Expte. SERV-02/2021), convocado por el Ayuntamiento de Baena (Córdoba) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

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 25 de marzo de 2022.

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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

