



Recurso nº 313/2019

Resolución nº 494/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 9 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.O.R., en representación de la ASOCIACIÓN CATALANA DE EMPRESAS DE INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO contra *“los pliegos”* de la licitación convocada por la Corporación de Radio y Televisión Española S.A., para contratar las *“Obras de adecuación de la instalación de climatización de Sant Cugat del Vallés”* Expediente nº S-10362-20181228, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, Corporación de Radio y Televisión Española S.A., se convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 25 de febrero de 2019, licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto el contrato de las *“Obras de adecuación de la instalación de climatización de Sant Cugat del Vallés”*, con un valor estimado del contrato de 4.266.134,88 €. La publicación de los Pliegos rectores del procedimiento tuvo lugar el 26 de febrero de 2019 en el Perfil del Contratante y en la Plataforma de Contratación del Estado.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

Tercero. Contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) el representante de la ASOCIACIÓN CATALANA DE EMPRESAS DE INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO (en adelante, ACEIM) ha interpuesto recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, mediante escrito de fecha de entrada 18 de marzo de 2019, por el que se solicita se declare la anulación “(...) de la aplicación de la experiencia del equipo técnico propuesto por los licitadores para la ejecución del contrato como criterio de adjudicación del contrato, ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la comisión de la infracción cuya anulación se pretende.”

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 21 de marzo de 2019

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 47 de la LCSP.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de obras no sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado supera el importe de 3.000.000,00 €, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

De otro lado, es objeto del recurso son los pliegos reguladores del procedimiento de contratación, acto susceptible de impugnación conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido los 15 días hábiles de plazo entre la fecha de la publicación del pliego y la de presentación del recurso.

Cuarto. Concorre en la empresa recurrente la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, tal y como ha reconocido este Tribunal a partir de la interpretación amplia que el

Tribunal Constitucional ha deparado en relación con el concepto de legitimación activa (Sentencias núm. 119/2008, de 13 octubre y número 38/2010, de 19 de junio).

Quinto. El recurso sostiene la falta de adecuación a Derecho de los pliegos al introducir la experiencia del equipo técnico propuesto por los licitadores para la ejecución del contrato como criterio de adjudicación del contrato.

Considera la recurrente que en los Pliegos rectores del procedimiento y, en concreto, en la memoria justificativa no se hace alusión alguna a los extremos exigidos para entender la procedencia del criterio de valoración referido a la experiencia del equipo técnico asignado a la ejecución del contrato.

Al respecto señala:

“En relación con los criterios de adjudicación, la referida Memoria justificativa se limita a disponer lo siguiente:

“CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

Se realiza mediante el criterio de valoración subjetivo, respecto a un total de 100 puntos, 75 puntos de puntuación económica y 25 puntos de puntuación técnica.”

Tampoco en el apartado dedicado a la “JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD” se contiene referencia alguna a la repercusión de la experiencia del equipo propuesto para la ejecución de la obra en la mejora de la calidad de la presentación (...)

Así las cosas, de la lectura de la documentación que rige la licitación y, en especial, de la de la Memoria justificativa, cabe concluir que “... los pliegos se limitan a valorar la previa ejecución de contratos sin atender a la calidad de dicha ejecución”, es decir, sin determinar la relación que la experiencia del equipo propuesto puede tener en la mejora cualitativa de la prestación objeto del mismo, sin ni tan solo dedicar una línea a justificar las cualificaciones técnicas sometidas a valoración o a justificar su contribución a una mejor calidad de la prestación.

De hecho, ni tan sólo el PCAP hace el mínimo esfuerzo en identificar el criterio en cuestión con la experiencia del equipo propuesto, limitándose a identificarlo bajo la tan ambigua como genérica denominación “Criterios técnicos objetivos”.

En el informe preceptivo, el órgano de contratación, considerando que el criterio de adjudicación en cuestión cumple con los requisitos exigidos en el artículo 145.5 de la LCSP justifica la selección de dicho criterio en los siguientes términos:

“El fundamento principal utilizado a la hora de desarrollar los pliegos de este concurso está basado en el complejísimo contenido del proyecto técnico que, sin lugar a duda, requiere un alto grado de conocimiento y experiencia tanto en su lectura e interpretación como en su ejecución. Debe tenerse en cuenta que la instalación, además de la complejidad técnica indicada, requiere dos años de dedicación prácticamente continuada para su ejecución y una fuerte inversión económica por lo que la experiencia – que el Órgano de Contratación incentiva con puntuación- de los responsables técnicos que ejercerán la dirección a pie de obra es fundamental. La CRTVE entiende que poner al frente de una obra tan compleja a personal sin una cualificación mínima y sin una amplia experiencia demostrable derivaría en una deficiente ejecución del trabajo (art. 145 ap2 ley 9/2017), dilación temporal en la ejecución y un mal uso del dinero público. (...)”

Sexto. Sobre los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, el artículo 145.2.2º LCSP dispone que:

“La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad –precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros los siguientes:

(...)

2º 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.”

Expuestas las posiciones de las partes en los términos anteriormente señalados, procede en primer lugar acudir, tanto a las cláusulas de los pliegos que recogen la experiencia de los licitadores como criterio de solvencia técnica, como a las que valoran la experiencia del equipo asignado por los licitadores como criterio de adjudicación.

Por lo que se refiere al criterio de solvencia técnica, la redacción del apartado tercero de la Cláusula 8ª del PCAP (incorporado como Anexo II del Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras) donde se recoge este criterio exige:

“3. Contar al menos con tres referencias de trabajos similares al objeto del contrato realizados en los últimos cinco años, cuyo importe de las partidas específicas de climatización alcance una suma igual o superior a 500.000,00 € en cada una de las referencias, que se acreditarán mediante certificación emitida por el cliente. (...)”

Por lo que se refiere a la inclusión de la experiencia del equipo técnico ofertado, como criterio de adjudicación, la Cláusula 10ª del Anexo II (PCAP), refiriéndose a los criterios técnicos objetivos valorados en 25 puntos, dispone:

“1. La aplicación de la puntuación técnica estará basada en la experiencia de los medios personales nombrados en la propuesta técnica, según lo requerido en el punto 3.2 del PCT”.

A continuación, la referida Cláusula recoge la asignación de puntuación en función del número de obras en las que los miembros del equipo técnico hayan participado, cuyo importe acumulado en las partidas de climatización sea igual o superior a 500.000 euros por obra.

Por su parte, la Cláusula 3.2 del Pliego de Condiciones Técnicas, dispone lo siguiente:

“Las propuestas declaradas técnicamente aptas podrán acceder a la valoración técnica definida en el punto 10 del Anexo II del Pliego de Condiciones Generales (PCG) si presentan la siguiente documentación:

A.- relación individualizada de las instalaciones en las que cada uno de los medios nombrados en los puntos C.1, C.2, C.3 y C.4 ha intervenido en calidad del perfil propuesto.

La valoración estará basada en los siguientes criterios:

- *Para todos los perfiles: No serán tenidas en cuenta las 5 obras mínimas requeridas en el apartado 3.1.*
- *Para todos los perfiles: Obras, proyectos y/o instalaciones ejecutadas o en ejecución durante toda su vida laboral, cuyo importe acumulado en las partidas de climatización sea igual o superior a 500.000 € por obra.*
- *Además para el perfil C.4: Obras, proyectos y/o instalaciones ejecutadas o en ejecución durante toda su vida laboral, cuyo importe acumulado en las partidas de BMS sea igual o superior a 50.000€ por obra, que podrán estar incluidas o no en las partidas de climatización anteriores.*

(....)

B.- Nombramiento de medios personales adicionales, transitorios en obra según actividad, aportando documentación curricular que acredite titulación y experiencia en obras con instalaciones de climatización:

- *- Delineante*
- *- Administrativo*

(..)”

Séptimo. Este Tribunal ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la experiencia como criterio de adjudicación, por lo que a continuación haremos referencia a lo dicho en nuestras resoluciones, pudiendo citar, por todas, la Resolución nº 361/2017, de 21 de abril:

“El recurso se dirige tanto contra los requisitos de solvencia como a los criterios de valoración, y por ello nos referiremos a nuestra doctrina sobre el particular. Recordando nuestra doctrina (por todas resoluciones 187/2012, de 6 de septiembre, 220/2012, de 3 de octubre, y 290/2012,

de 14 de diciembre) es necesario distinguir, dos fases del procedimiento de licitación, por un lado la de valoración de la solvencia de los licitadores y por otro la de valoración de sus ofertas.

A estos efectos conviene traer a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se expone que, «el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes».

En cuanto a los elementos o circunstancias que han de ser tenidos en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado informe 45/2002 concluye que, “la valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de 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”

En relación con la experiencia este Tribunal recogió igualmente la improcedencia de excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como el criterio 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, en conformidad tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (SST JUE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes–Países Bajos, y de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, Lianakis-Afexandroupolis), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así por todas, SSTs de 11 de junio de 2006 y 21 marzo 2007) en la que se sostiene que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa y que debe ser considerada en un momento previo del procedimiento, en el momento de valorar la solvencia empresarial del ofertante.

Así dijimos en nuestra resolución 220/2012, de 3 de octubre, reiterada en las Resoluciones 189/2014 y 295/2014, que «se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, 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. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto».

No obstante, sobre esta posición inicial vino a incidir la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, Ambisig.

Conforme a dicha sentencia, siendo la regla general la imposibilidad de utilización como criterio de valoración de la experiencia, el Tribunal afirma que para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, la Directiva 2004/18/CE no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio de adjudicación que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros.

Así, señala:

"(31) La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación.

(32) Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría.

(33) Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.

(34) Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate»

Esta doctrina jurisprudencial se recoge así mismo tanto en el artículo 67.2.b) de la DN, que permite establecer como criterio de valoración “la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato”, como en el artículo 145.3.b) del proyecto de la ley de Contratos de Sector Público actualmente en tramitación parlamentaria.”

Para completar el razonamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 2015, hemos de acudir a las conclusiones del Abogado General, señor Melchior Wathelet, presentadas en dicho asunto C-601/13.

“17. En segundo lugar, en lo que respecta a los principios, es preciso diferenciar los criterios de selección de los criterios de atribución. Mientras que la selección de un licitador se efectúa sobre la base de su situación personal y su capacidad para desarrollar la actividad profesional de que se trata, el contrato se adjudica al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador [artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18] o que proponga el precio más bajo [apartado 1, letra b), del mismo artículo].

18. En otras palabras, es lógico que, en el momento en que se adjudique el contrato, (ya) no se evalúe al licitador, sino su oferta.

19. Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de procedimientos de licitación de contratos públicos, la verificación de la aptitud de los licitadores para cumplir el contrato objeto de adjudicación y la adjudicación del contrato son dos

operaciones distintas. Aunque las directivas aplicables no excluyen que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato pueden tener lugar simultáneamente, ambas operaciones se rigen por normas diferentes (6) y tienen distinto objetivo.

20. En este contexto, el artículo 44, apartado 1, de la Directiva 2004/18 prevé que la adjudicación de los contratos se efectúe previa verificación de la aptitud de los operadores económicos a la luz de criterios de capacidad económica y financiera y de sus conocimientos o capacidades profesionales y técnicas.

21. Si bien es cierto que la Directiva 2004/18 deja en manos de las entidades adjudicadoras la elección los criterios de adjudicación que consideren preferibles, no lo es menos que dicha elección sólo puede referirse a criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (7) y, por tanto, aquella que tenga una mejor relación calidad/precio. (...)

30. En este contexto, en mi opinión, el equipo técnico presentado por los licitadores en el marco de un procedimiento de licitación que tenga por objeto la prestación de servicios de carácter intelectual como, en el presente asunto, servicios de formación y de consultoría, es un aspecto intrínsecamente relacionado con el objeto del contrato, en particular con su calidad, dado que con dicha evaluación no se pretende en modo alguno evaluar la capacidad o la aptitud abstractas de los licitadores para ejecutar el contrato, sino evaluar la oferta, es decir, los recursos (humanos, en este caso) que se van a adscribir efectivamente a dicha ejecución.

31. Ello resulta aún más evidente en el caso de servicios complejos, en los que existe una estrecha relación entre, en particular, la calificación profesional del personal y el valor económico de la oferta.

32. En efecto, considero (como la Comisión) que, en determinados casos, el poder adjudicador puede indicar en el anuncio de licitación que la cualificación y experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato pueden desempeñar un papel determinante en la evaluación del valor económico de las ofertas presentadas.

33. El criterio relativo a las calificaciones técnicas y profesionales de los miembros del equipo encargado de la ejecución del contrato puede aplicarse cuando, por un lado, la propia

naturaleza del contrato lo justifique y, por otro, el equipo que tenga encomendado su cumplimiento sea determinante para el valor económico que el poder adjudicador atribuya a cada oferta. En ese caso, la cualificación y experiencia del personal de que se trata deberían tomarse en consideración para evaluar las ofertas y determinar cuál de ellas tiene la mejor relación calidad/precio. (...)

37. No cabe duda de que, en los contratos de servicios intelectuales, no se examina únicamente la capacidad del licitador sino también la capacidad (o la experiencia profesional) del personal al que se encomendará la prestación de tales servicios, es decir, el «personal clave» identificado en la oferta.

38. Los conocimientos, experiencia y eficacia generales del equipo de trabajo son, pues, características intrínsecas de la oferta de servicios como los controvertidos en el litigio principal en la medida en que son objeto de una apreciación sobre la calidad de la oferta y no sobre la aptitud económica, técnica y profesional del licitador para garantizar una buena ejecución del contrato.”

Como señalábamos en la resolución parcialmente transcrita, la doctrina del TJUE expuesta en la Sentencia Ambising, se recoge en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE que establece los criterios de adjudicación del contrato permitiendo incluir “la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa”.

Por otra parte, el Considerando 94 de la Directiva 2014/24/UE- que desarrolla el artículo 67 de la misma-, no excluye ningún tipo de contrato de dicha posibilidad, ya que la mención que contiene sobre los contratos relativos a servicios intelectuales se realiza con carácter no excluyente de otro tipo de contratos.

De esta manera, para que sea posible introducir la experiencia del equipo encargado de la ejecución del contrato como criterio de adjudicación, es necesario que la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución -en los términos recogidos en el artículo 145.2.2º LCSP- y, en el supuesto examinado, el órgano de contratación ha justificado el empleo de dicho criterio en la complejidad de la obra, que deviene en la necesidad de que el equipo técnico disponga de un alto grado de conocimiento

y experiencia que requiere la ejecución del proyecto, lo que afecta de modo determinante a la calidad de la ejecución del contrato.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C.O.R., en representación de la ASOCIACIÓN CATALANA DE EMPRESAS DE INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO contra “*los pliegos*” de la licitación convocada por la Corporación de Radio y Televisión Española S.A., para contratar las “*Obras de adecuación de la instalación de climatización de Sant Cugat del Vallés*” Expediente nº S-10362-20181228.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.