



Recurso nº 433/2019 Comunidad Valenciana nº 87/2019

Resolución nº 564/2019

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

En Madrid a 23 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por A. M. S. S., en representación de JESAUR, SL, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (el PCAP) del contrato de servicios de *“Redacción del proyecto básico, redacción de proyecto de ejecución, redacción de subproyectos de instalaciones, redacción del estudio de seguridad y salud, redacción del plan y programa del control de calidad, estudio geotécnico y documentación ambiental con destino a la construcción de un nuevo Colegio”* (Expte. 3034/2018), licitado por el Ayuntamiento de San Antonio de Benagéber, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de San Antonio de Benagéber, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia con fecha 25 de marzo de 2019, convocó licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios de *“Redacción del proyecto básico, redacción de proyecto de ejecución, redacción de subproyectos de instalaciones, redacción del estudio de seguridad y salud, redacción del plan y programa del control de calidad, estudio geotécnico y documentación ambiental con destino a la construcción de un nuevo Colegio”* (Expte. 3034/2018).

Posteriormente, el pliego fue objeto de modificación en cuanto a los criterios de adjudicación, publicándose en la Plataforma un nuevo anuncio de licitación con una nueva versión del mismo y en el que se otorgaba nuevo plazo de presentación de ofertas, con fecha 27 de marzo de 2019.

Segundo. El procedimiento se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y su normativa de desarrollo.



Tercero. La cláusula décima del PCAP hace referencia a los criterios de adjudicación, recogiendo, además de una mejora, dos criterios evaluables mediante fórmulas: el precio y la “experiencia en proyectos de edificios de obra pública”. En cuanto a este último criterio, se establece:

Por cada proyecto de obra de edificación llevada a cabo para la administración pública de igual o superior superficie construida, se valorará con 5 puntos hasta un máximo de 45 puntos. Dicha experiencia se deberá acreditar mediante certificado de la administración para la cual se haya llevado a cabo los proyectos. Los 5 puntos se entienden otorgados a los miembros del equipo técnico teniendo en cuenta que los 45 puntos máximos se otorgarían si cada miembro del equipo puede acreditar 9 actuaciones según lo descrito en esta mejora y su cualificación profesional.

Cuarto. En el recurso no se solicitó, ni por tanto se adoptó, medida cautelar alguna. Ha presentado informe el órgano de contratación.

Quinto. Con fecha 22 de abril de 2019 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, trámite no evacuado por ninguno de ellos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 y 46.4 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales, de 22 de marzo de 2013.

Segundo. El contrato al que se refiere el acto impugnado es un contrato de servicios que, si bien no es sujeto a regulación armonizada, supera el umbral cuantitativo previsto en el art. 44.1.a de la LCSP. El acto es recurrible al tratarse de los pliegos, de acuerdo con el art. 44.2.a de la LCSP.

Tercero. El recurrente está legitimado a tenor del art. 48 de la LCSP y de la doctrina de este Tribunal que lo interpreta en punto a la legitimación de un licitador para impugnar los pliegos, para una síntesis de la cual puede acudir a su resolución nº 862/2018, o a la nº



790/2018, entre otras. Al tratarse de una impugnación de pliegos, para que un operador económico esté legitimado es preciso que haya presentado oferta, porque de lo contrario no podrá ser adjudicatario y por ello no tendrá interés en el procedimiento; con la excepción de que impugne los pliegos por cláusulas discriminatorias que le impiden el acceso a la licitación en condiciones de igualdad.

En cuanto a esto último, cabe citar la Resolución 235/2018, de 12 de marzo, que, si bien se refiere a la legitimación para recurrir en el derogado TRLCSP, sigue siendo aplicable tras la entrada en vigor de la nueva LCSP. Tras enunciar la regla general según la cual un operador económico no podrá impugnar los pliegos si no ha presentado oferta, señala:

Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), en la que se lee: «Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a unas determinadas empresas, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad.

[...]

Estos postulados están firmemente asentados en el Derecho Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles “como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”, expresión esta que se refiere “a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo” (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C 129/04-). Sin embargo, y como acaece en nuestro Derecho interno, dicho



principio admite excepciones, y así, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C 230/02), señala:

[...]

28 No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate».

Es a la luz de esta doctrina que debe examinarse la legitimación del recurrente. Si bien no consta que haya presentado oferta, su impugnación se basa en que la cláusula del pliego que establece como criterio de adjudicación la experiencia en redacción de proyectos de obra pública resulta discriminatoria, debiendo valorarse, a su juicio, de igual manera la experiencia en la redacción de proyectos de obra promovidos tanto por entidades del sector público como por sujetos privados (alegación 2 del recurso).

Así planteada la impugnación, es evidente que se basa en la consideración de una de las cláusulas del pliego como discriminatoria, de forma que le impediría participar en la licitación en condiciones de igualdad. Por tanto, según la doctrina antes citada, ha de considerarse que el recurrente está efectivamente legitimado para la interposición del recurso.

Cabría, tal vez, objetar que la cláusula de continua referencia no impide realmente presentar oferta puesto que es un criterio de adjudicación y, por tanto, solo influye en la valoración de las ofertas, pero no impide presentarlas –como hace el órgano de contratación en su informe. Sin embargo, aunque no impida formalmente presentar oferta a los licitadores que no tengan experiencia previa en la contratación de proyectos de obras con el sector público (aunque puedan tenerla con el sector privado), sí determina para sus ofertas una valoración inferior por este solo hecho. Es fácil ver que esto, aunque



formalmente no impide participar en la licitación, sí puede impedir participar en la licitación *en condiciones de igualdad*, que es de lo que se trata según la doctrina transcrita.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de publicación en la Plataforma del anuncio de licitación conteniendo enlace a los pliegos y la de presentación del recurso.

Quinto. En cuanto al fondo, cabe comenzar distinguiendo los tres motivos que articula el recurrente en las tres alegaciones de su recurso: tanto la primera como la segunda se refieren al criterio de adjudicación consistente en la experiencia en la redacción de proyectos de obra pública, criticando la primera la manera de computar la puntuación que le corresponde, y afirmando la segunda que resulta discriminatorio porque se debería tener en cuenta de igual modo la experiencia en la redacción de proyectos de obra con independencia del carácter público o privado del promotor.

La tercera alegación, por su parte, señala que la memoria justificativa del contrato proponía tres criterios de adjudicación diferentes para valorar la experiencia de los licitadores, de los cuales solo uno se ha recogido en el pliego, lo cual considera el recurrente que no es una manera adecuada de valorar las ofertas.

Comenzaremos por la primera alegación. Señala en ella el recurrente que la manera de computar la puntuación asignada al criterio de adjudicación consistente en la experiencia en la redacción de proyectos de obra pública conduce a resultados absurdos porque se valora únicamente la experiencia del miembro del equipo técnico asignado a la ejecución del contrato que tenga menos experiencia, lo cual supone que solo con asignar a un profesional que no tuviera experiencia en la redacción de proyectos de obra para entidades públicas la puntuación en este criterio sería cero, aunque otros sí tuvieran esa experiencia. El informe del órgano de contratación no discute este efecto del modo de calcular la puntuación, sino que señala que cada licitador puede conformar como le plazca el equipo técnico que ofrece (aunque siempre estará formado por un arquitecto y un ingeniero por exigirlo así el PPT, de modo que carecen de sentido los razonamientos del licitador sobre la eventual incorporación de más miembros –y esto es cierto) y que el criterio se aplica a todos por igual.



Sin embargo, lo cierto es que si se acude al PCAP no se observa ninguna referencia a que se valorará únicamente la experiencia del miembro del equipo técnico que tenga menos. Por el contrario, de la literalidad de la cláusula décima del PCAP (transcrita más arriba), se desprende que se valorará la experiencia de los dos miembros del equipo técnico, sin que se diga en ninguna parte que solo se valorará la del que tenga menos. Tampoco se observa esta limitación en ningún otro lugar del PCAP (aunque el único donde cabría establecerla sería justamente esa cláusula décima).

Cabe preguntarse, pues, el origen de esta discrepancia. Consta en el expediente que ha habido varias versiones del PCAP (se cuentan hasta 4), en las que han ido variando los criterios de adjudicación. La última de ellas, como se relata en el antecedente de hecho primero, se aprobó estando ya publicado el anuncio de licitación, lo que obligó a publicar un nuevo anuncio otorgando nuevo plazo de presentación de ofertas.

En la primera versión del PCAP existía un criterio de adjudicación relativo a los años de experiencia en la redacción de proyectos de obra (sin distinguir pública o privada) en el que se daban puntos *por cada año de experiencia* y sí se establecía que solo se valoraría la experiencia del miembro del equipo que menos tuviera. Sin embargo, existía también el criterio de adjudicación ahora controvertido sobre la experiencia en la redacción de proyectos de obra *pública*, en el que se asignaban puntos *por cada proyecto redactado*, y donde no había una regla similar de valorar solo la experiencia del miembro del equipo que menos tuviera.

Lo mismo ocurre en la segunda versión del pliego (denominada en el expediente versión 1.1), pero en la tercera versión (denominada versión 2.0) desaparece el criterio de adjudicación relativo a los años de experiencia, en que se daban puntos por cada año; y se mantiene el criterio controvertido, relativo a la experiencia en la redacción de proyectos de obra *pública*, en el que se asignaban puntos por cada proyecto redactado, pero de nuevo sin esa mención a que solo se valoraría la experiencia del miembro del equipo que menos tuviera. Esta versión fue la primera que fue objeto de publicidad mediante anuncio de licitación.

Posteriormente, y como se ha mencionado, se modifica el PCAP en lo relativo al número de puntos que se da a cada criterio, apareciendo una nueva y cuarta versión (denominada versión 2.1) y publicándose nuevo anuncio. Sin embargo, el resto del texto



de los criterios de adjudicación permanece igual, por lo que sigue sin haber referencia a que solo se valorará la experiencia del miembro del equipo que menos tuviera.

Consta también en el expediente que se recibieron consultas de operadores económicos acerca del PCAP, especialmente de los criterios de adjudicación, y existe en el expediente un documento fechado a 3 de abril de 2019 en que se responderían esas consultas (“Aclaraciones sobre consultas recibidas”, nº 46).

En ese documento, en el punto 3º, se transcribe el criterio de adjudicación controvertido con la misma literalidad con la que aparece en la última versión del pliego, y que ya se ha transcrito, y a continuación pone un ejemplo del que se desprende que efectivamente solo se valora la experiencia del miembro del equipo que menos tenga. Sin embargo, no explica por qué esto sería así, cuando la literalidad del criterio no permite entenderlo de este modo.

En particular, y aunque la mención final a que “los 45 puntos máximos se otorgarían si cada miembro del equipo puede acreditar 9 actuaciones según lo descrito en esta mejora y su cualificación profesional” podría ser resultado de tal regla, también puede entenderse como un mero ejemplo, y desde luego podría también ser cierta si los puntos se asignasen de otras maneras, de manera que no permite en modo alguno construir, por una vía interpretativa, la limitación mencionada en el sentido de solo valorar la experiencia del miembro del equipo que menos tenga. Máxime cuando esa nunca ha sido la regla en *este* criterio de adjudicación, sino en otro criterio que luego fue eliminado.

Así las cosas, solo cabe atribuir esta discrepancia a una confusión producto de las sucesivas versiones que ha habido del PCAP. En cualquier caso, lo cierto y verdad es que el PCAP que finalmente rige la licitación no contempla esta limitación que impugna el recurrente y sobre la que responde el órgano de contratación (por mucho que esa pudiera haber sido su intención).

Por tanto, este motivo del recurso carece de objeto, por lo que de conformidad con la doctrina de este Tribunal (Resoluciones nº 301/2017 o nº 142/2018, que a su vez cita la nº 174/2014) procede su inadmisión.

Sexto. Distinta suerte ha de correr la alegación segunda, referida al carácter discriminatorio del criterio de adjudicación de continua referencia. Ya se ha fundamentado



la legitimación del licitador para impugnarla. Por lo demás, resulta obvio que el efecto del criterio de adjudicación discutido sería muy perjudicial para los licitadores con poca o ninguna experiencia en la redacción de proyectos de obras promovidos por Administraciones Públicas, con independencia de la que tuvieran en la redacción de proyectos de obras promovidos por sujetos privados.

Así, un licitador podría tener una dilatada experiencia en la redacción de proyectos de obras, pero no obtener puntuación alguna en este criterio si siempre hubiera prestado sus servicios a sujetos privados. De este modo, se está primando específicamente a aquellos licitadores que hayan celebrado con anterioridad contratos similares al que nos ocupa con otras entidades del sector público, en razón precisamente a la naturaleza pública de las entidades para las que han prestado sus servicios, valorando sus ofertas por encima de las de licitadores con la misma o más experiencia, pero con entidades privadas.

Lo cual sitúa a dicha cláusula de forma evidente en la causa de anulabilidad de Derecho Administrativo prevista en el art. 40.b) de la LCSP, que señala que son causas de anulabilidad, entre otras *“todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”*

Asimismo, y a mayor abundamiento, supone un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 145.5.b) de la LCSP, según el cual los criterios de adjudicación “deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada”.

En un caso similar, pero referido a la solvencia, concluyó la Resolución de este Tribunal nº 1009/2016, de 02 de diciembre, con cita de otras y del precepto del TRLCSP análogo al art. 40.b) de la LCSP, que no cabía exigir como criterio de solvencia determinada experiencia en servicios similares a los del contrato con otras entidades públicas, sino que debía tenerse en cuenta la experiencia en servicios similares tanto con entidades públicas como privadas; y ello porque lo contrario resultaría discriminatorio, otorgando una ventaja a empresas que previamente hubieran contratado con el sector público en contra de lo dispuesto en la ley.



Por tanto, debe concluirse que el criterio de valoración controvertido es efectivamente contrario a Derecho porque, al valorar la experiencia en la redacción de proyectos de obra solo cuando se hubieran elaborado para entidades públicas y no para sujetos privados, establece una ventaja a favor de licitadores que hubieran contratado previamente con el sector público. En consecuencia, debe ser anulado.

Séptimo. Finalmente nos ocuparemos de la alegación tercera que, como se ha dicho, señala que la memoria justificativa del contrato proponía tres criterios de adjudicación diferentes para valorar la experiencia de los licitadores, de los cuales solo uno se ha recogido en el pliego, entendiendo el licitador que los criterios no incluidos “parecen un instrumento más perfecto para la valoración de los posibles equipos que aspiren a la contratación”.

Mediante esta alegación, el recurrente expresa –con una argumentación sumamente parca– su desacuerdo con los criterios de adjudicación utilizados por el órgano de contratación. Pero esto no supone impugnar ninguna cláusula concreta del pliego por resultar discriminatoria y por tanto impedirle acceder a la licitación en condiciones de igualdad, de forma que ha de entenderse que el recurrente no está legitimado para plantear este motivo de impugnación, y por ende procede su inadmisión.

No obstante, ha de decirse que aunque procediera admitirlo, habría que desestimarlos, puesto que la elección de los criterios de adjudicación, dentro de los márgenes delimitados por la ley, forma parte del ámbito de discrecionalidad técnica de que goza el órgano de contratación en la definición del objeto y condiciones de la contratación (véase la Resolución de este Tribunal nº 133/2019, o especialmente la nº 745/2018), por lo que, aunque es posible impugnar los criterios elegidos por no ser conformes a Derecho, en ningún caso cabe plantear una impugnación por una mera discrepancia respecto de qué criterios se deberían haber elegido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. A) Estimar el recurso interpuesto por A. M. S. S., en representación de JESAUR, SL, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (el PCAP) del



contrato de servicios de *“Redacción del proyecto básico, redacción de proyecto de ejecución, redacción de subproyectos de instalaciones, redacción del estudio de seguridad y salud, redacción del plan y programa del control de calidad, estudio geotécnico y documentación ambiental con destino a la construcción de un nuevo Colegio”* (Expte. 3034/2018), licitado por el Ayuntamiento de San Antonio de Benagéber; exclusivamente en cuanto a la consideración de discriminatorio del criterio de adjudicación relativo a la experiencia en la redacción de proyectos de obra pública contenido en la cláusula décima del PCAP, anulando la parte de dicha cláusula referida a tal criterio, y retrotrayendo el procedimiento de contratación hasta el momento anterior a la elaboración de los pliegos.

B) Inadmitir el recurso en lo demás.

Segundo. Al no haberse solicitado, ni en consecuencia acordado medida cautelar alguna, no procede tampoco pronunciarse sobre su levantamiento.

Tercero. No se aprecia mala fe ni temeridad a los efectos del art. 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.