



Recurso nº 976/2020 C. Valenciana 258/2020

Resolución nº 1286/2020

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. L. I. S. M. en su propio nombre y representación, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir la licitación del contrato de “*servicios para el asesoramiento y la defensa jurídica del Ayuntamiento de Oliva (Valencia)*”, expediente de contratación SERV-SEC/25-2020; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Oliva convocó licitación para adjudicar por procedimiento abierto contrato de “*servicios para el asesoramiento y la defensa jurídica del Ayuntamiento de Oliva*” con número de expediente SERV-SEC/25-2020. El valor estimado del contrato se fijó en 238.000 €, por lo que el contrato está sujeto a regulación armonizada.

Segundo. El acuerdo de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 31 de agosto de 2020. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación (en adelante PCAP) prevé su adjudicación aplicando tres criterios de valoración objetivos, dos cualitativos y uno económico.

Tercero. Frente a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y a los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) que han de regir esta contratación se interpone el presente recurso especial en materia de contratación por considerar que uno de los criterios objetivos de adjudicación es discriminatorio, no permitiendo el acceso del recurrente a la licitación en condiciones de igualdad. En concreto se alega por el recurrente vulneración del principio de igualdad del criterio de adjudicación contenido en el apartado R.1.3, al valorarse la experiencia y especialización profesional en materia de dictámenes o informes



jurídicos sobre cualquier tipo de cuestión de cuya controversia o impugnación deba conocer la jurisdicción contencioso-administrativa. A tal efecto únicamente se valoran los informes o dictámenes que se hayan evacuado en el marco de un contrato de servicios con alguna entidad local u otra Administración Pública del que el licitador haya sido adjudicatario, por cuanto el criterio de valoración prevé como único medio de acreditación la aportación de las correspondientes certificaciones expedidas por las distintas entidades locales o Administración Pública de que se trate. Este criterio se considera discriminatorio por el recurrente por cuanto injustificadamente solo valora la experiencia profesional a quienes hayan contratado previamente con cualquier Administración territorial, no permitiendo valorar la emisión de informes o dictámenes sobre cualquier cuestión o controversia que deba conocer la jurisdicción contencioso-administrativa en favor de otro tipo de entidades o poderes adjudicadores que no sean Administración Pública o que se hayan emitido sin la previa adjudicación de un contrato de servicios, lo que determina que méritos a valorar sustancialmente idénticos en cuando a su conceptualización o delimitación, no se valoren a efectos de la adjudicación del contrato por razón de su destinatario, al exigirse que sea exclusivamente una Administración Pública en el marco de un contrato de servicios. Ello supone otorgar de forma directa ventaja a empresas que hayan contratado previamente con entidades locales o con otras Administraciones Públicas, lo que a juicio del recurrente constituye causa de anulabilidad ex art. 40 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/CE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Apoya su argumentación en diversas Resoluciones de Tribunales administrativos de contratación, entre ellas de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, tras examinar la legitimación del recurrente por haber sido interpuesto el presente recurso especial por persona que no ha presentado oferta a la licitación, concluye que sin embargo concurre el supuesto excepcional que otorga en tales casos legitimación al recurrente en la medida en que no haya presentado oferta debido a la existencia de circunstancias



discriminatorias en la documentación relativa a la licitación que le hayan impedido licitar en condiciones de igualdad al resto de licitadores, concluyendo por tanto que debe reconocerse legitimación al recurrente.

En cuanto al fondo, se asume como propio el informe del Jefe del Departamento de Gobernación y Contratación Administrativa que se transcribe y que estima efectivamente vulnerado por la cláusula R.1.3 lo dispuesto en el art. 40 b) de la LCSP. Asimismo, el órgano de contratación acuerda, aplicando un principio de prudencia, suspender el proceso de licitación hasta la resolución del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, art. 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el BOE nº 92 de 17 de abril de 2013.

Segundo. El recurso se interpone contra los Pliegos (tanto de Cláusulas Administrativas Particulares como de Prescripciones técnicas) que han de regir la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado se ha fijado en 238.000 €.

Dispone el apartado 2 del citado artículo 44 de la LCSP lo siguiente: *«Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación»*. Por tanto, el recurso se interpone de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 a) frente a un acto susceptible de dicho recurso, estando el contrato de servicios a que se refiere incluido entre los previstos en el art. 44.1 a) de la LCSP, al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los cien mil euros.



Tercero. En cuanto a la legitimación para recurrir, dispone el artículo 48 de la LCSP 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»*. Habiendo interpuesto el recurso una persona que por su profesión puede ser licitadora y adjudicataria en el contrato a que se refieren los Pliegos impugnados, debe afirmarse su legitimación.

No consta que la recurrente haya presentado oferta para licitar en el proceso de contratación objeto de los Pliegos impugnados, pero también lo es que precisamente la cláusula que impugna en el recurso y de la que solicita su anulación por ser discriminatoria, le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad al resto de licitadores, por lo que no puede negarse su legitimación por el hecho de no haber presentado oferta a la licitación. Precisamente su interés en participar en la licitación depende del resultado del recurso interpuesto, de modo que la resolución que se dicte afectará sin duda a sus derechos e intereses legítimos.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en plazo, habiéndose asimismo cumplido con el resto de formalidades previstas en la LCSP.

Quinto. Entrando en el fondo de la única cuestión planteada, debe analizarse si el criterio de valoración previsto en la cláusula R.1.3 del PCAP que ha de regir la contratación es discriminatorio. Señala literalmente esta cláusula lo siguiente:

«R.1.3.- Criterio cualitativo: Experiencia y especialización profesional en materia de dictámenes o informes jurídicos sobre cualquier tipo de cuestión de cuya controversia o impugnación deba conocer la jurisdicción contencioso-administrativa, con una puntuación máxima posible de 18,00 puntos.

En este sentido, la Mesa de Contratación, tras la comprobación de la acreditación de los contratos de servicios de que hubiese sido adjudicatario por parte de cualquier administración pública (aportando para ello las correspondientes certificaciones expedidas por las distintas entidades locales u otras Administraciones Públicas), en cualquiera de las materias cuya controversia deba decidir la jurisdicción contencioso-administrativa, otorgará



de forma automática, 0,30 puntos por cada contrato aportado al efecto, con los siguientes límites por materias: así, si los dictámenes o informes que le hayan sido contratados lo son en materia de función pública, la Mesa podrá otorgar hasta un máximo de 6,00 puntos; si la materia es de urbanismo, el máximo posible a otorgar serían 7,00 puntos; y finalmente, para el resto de materias administrativas (incluida la tributaria), se podrán otorgar hasta un máximo de otros 5,00 puntos, siempre a razón de 0,30 puntos por cada dictamen o informe que se acredite.

Con respecto a la acreditación de estas contrataciones de servicios, se admitirán las oportunas acreditaciones en este sentido relativas a profesionales individuales siempre y cuando se haga constar la relación de éste con el proponente de la oferta, aspecto éste que deberá acreditarse mediante la oportuna declaración suscrita por ambas partes (persona jurídica/profesional individual)».

El recurrente a través de la Plataforma de Contratación formuló una pregunta sobre la interpretación y alcance de la cláusula transcrita, a lo que contestó el Ayuntamiento, en lo que ahora interesa, lo siguiente: *«solo podrían valorarse los contratos de servicios de que hubiese sido adjudicatario por parte de cualquier Administración Pública, y por tanto, dicha experiencia y especialización prestada a entidades privadas o a poderes adjudicadores que no ostenten la condición de Administración Pública, no podrán ser tenidos en cuenta».*

Considera el recurrente que este criterio es discriminatorio por cuanto injustificadamente solo valora la experiencia profesional a quienes hayan contratado previamente con cualquier Administración Pública territorial, no permitiendo valorar la emisión de informes o dictámenes sobre cualquier cuestión o controversia que deba conocer la jurisdicción contencioso-administrativa en favor de otro tipo de entidades o poderes adjudicadores que no sean Administración Pública o que se hayan emitido sin la previa adjudicación de un contrato de servicios, lo que determina que méritos a valorar sustancialmente idénticos no se valoren a efectos de la adjudicación del contrato por razón de su destinatario, al exigirse que sea exclusivamente una Administración Pública. Ello supone otorgar de forma directa ventaja a empresas que hayan contratado previamente con entidades locales o con otras Administraciones Públicas, lo que a juicio del recurrente constituye causa de anulabilidad ex art. 40 b) de la Ley 9/2017.



El Ayuntamiento de Oliva, en el informe enviado a este Tribunal, acepta el criterio del informe jurídico emitido por el Jefe del Departamento de Gobernación y Contratación Administrativa y considera que la cláusula R.1.3 efectivamente vulnera el art. 40 b) de la LCSP.

En efecto, dispone este precepto lo siguiente:

«Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

b) 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».

No solo la letra de la Ley es clara (*in claris non fit interpretatio*) sino que también es unívoco y reiterado el criterio de considerar disconforme a Derecho otorgar de cualquier modo ventaja a un licitador por el hecho de haber contratado previamente con la Administración. A título ejemplificativo puede citarse la Resolución de este Tribunal 1009/2016, de 2 de diciembre que, si bien aplica el ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos, su doctrina y criterio sigue vigente bajo el imperio de la actual LCSP, de modo que sigue siendo aplicable al supuesto objeto de este procedimiento. En dicha Resolución se concluye lo siguiente: *«debiendo por ello declararse nula la exigencia que contienen los Pliegos de que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público. Debe, pues, estimarse esta primera alegación».*

Además, debe recordarse que el órgano de contratación en su informe considera ajustada a Derecho la pretensión del recurrente. Sobre los efectos jurídicos que deben darse a este tipo de reconocimientos se ha pronunciado recientemente este Tribunal en su Resolución



453/2020, de 26 de marzo, con cita de la Resolución 249/2020, de 20 de febrero, señalando lo siguiente:

«A este respecto, conviene traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con estos supuestos, pudiendo citar, por todas, la Resolución de 14 de agosto de 2019, recurso 892/2019: “Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, “(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente. En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la “reformatio in peius”. Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez “juez y parte” y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.

Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial “ad hoc”, es el caso de la llamada “jurisdicción retenida” donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión,



hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una “infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente “infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico”. No se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico».

De conformidad con la doctrina expuesta y sin apreciar infracción del ordenamiento jurídico por el reconocimiento que hace el órgano de contratación a la solicitud de anulación de la cláusula citada (R.1.3) en la medida en que circunscribe los servicios a valorar a la exigencia de que se hayan prestado en virtud de un contrato de servicios a favor de una Administración Pública (todo lo contrario, dado que la Ley es clara en no permitir cláusulas que de cualquier forma, directa o indirecta, otorguen ventaja a quien haya contratado previamente con cualquier Administración); este Tribunal debe estimar el recurso declarando la cláusula R.1.3 disconforme a lo dispuesto en el art. 40 b) de la LCSP. De modo que no es válido exigir el previo contrato de servicios con una Administración Pública para valorar los dictámenes o informes sobre cuestiones de cuya impugnación o controversia deba conocer la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto D. L. I. S. M. en su propio nombre y representación, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones



Técnicas que han de regir la licitación del contrato de “*servicios para el asesoramiento y la defensa jurídica del Ayuntamiento de Oliva (Valencia)*”, expediente de contratación SERV-SEC/25-2020, debiéndose anular la cláusula R.1.3 del PCAP de acuerdo con lo dispuesto en el último Fundamento de Derecho de esta Resolución y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.