



Recurso nº 227/2012-C.A. Extremadura 15/2012

Resolución nº 249/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.H.O., en representación de Consultora Informática Extremeña, S.L, contra la resolución de 1 de octubre de 2012, por la que se convoca la licitación del contrato relativo al “Servicio para el mantenimiento, asistencia y mejora de funcionalidades del sistema de gestión integral de personal y nóminas para el personal docente no universitario de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Extremadura (PROFEX)”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Extremadura convocó, mediante resolución de 1 de octubre 2012, publicada en el Diario Oficial de Extremadura (en adelante DOE) el 3 de octubre de 2012, licitación por procedimiento abierto para la contratación del “servicio para el mantenimiento, asistencia y mejora de funcionalidades del sistema de gestión integral de personal y nóminas para el personal docente no universitario de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Extremadura (PROFEX)”. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP en adelante), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Segundo. En la resolución de convocatoria de la licitación, y por remisión de la misma, en el anexo I del del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se establecían las siguientes características a destacar: a) el valor estimado del contrato era de 311.440,67 euros; b) el plazo de ejecución se fijaba en 7 meses, siendo susceptible de

prórrogas (letra F del anexo I). En esta letra F se concretaba: *“Podrá preverse en el mismo contrato su modificación y prórroga por acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total del contrato, incluida las prórrogas pueda exceder de seis años, ni éstas puedan ser concertadas, aisladas o conjuntamente, por un plazo superior al fijado originariamente, de conformidad con el artículo 303 del TRLCSP. La prórroga podrá ser por el 75% del contrato de adjudicación, al no contemplarse en ella el 25% de las mejoras a realizar durante el contrato (los trabajos de mantenimiento, asistencia al usuarios, gestión de proyecto)”*; c) contenía un cuadro de distribución de trabajos, dividiéndolos en cuatro tareas (mantenimiento, mejoras, asistencia a usuarios y gestión de proyecto), especificando que la primera, tercera y cuarta tenía posibilidad de prórroga, no así la segunda (letra B del anexo I).

Tercero. Contra el citado acuerdo de 1 de octubre de 2012 ha interpuso recurso especial en materia de contratación Consultora Informática Extremeña, S.L. El recurso se anunció el 15 de octubre de 2012 y se formuló mediante escrito de la misma fecha presentado el 17 siguiente en el registro de este Tribunal.

En sus alegaciones expone: a) que el punto 2.1.3 in fine del Pliego de Prescripciones Técnicas considera como “condición esencial del contrato” que el personal de la empresa tenga manejo del programa desde el inicio mismo del contrato; y, b) el anexo I del pliego establece unos periodos mínimos de experiencia del personal (5 años para Jefe de Proyecto, 4 para analista funcional, 3 para analista programador y 3 para programador) en proyectos de recursos humanos para la Administración Pública por importe igual o superior al importe de licitación del presente contrato, de los cuáles, además 2 años deben serlo en proyectos de gestión de personal docente, necesariamente para la Administración Pública en los casos de analista funcional, analista programador y programador (letra J, anexo I del pliego). Estas exigencias, expone, sitúan en posición de ventaja al actual adjudicatario, contrariando la libre concurrencia de licitadores y libre competencia.

Solicita que se anulen esas cláusulas de los pliegos (anexo I) y prescripciones técnicas.

Cuarto. El 15 de octubre de 2012 se procedió por el órgano de contratación a la corrección de errores de la resolución de convocatoria de la licitación, de 1 octubre

anterior. En virtud de dicha corrección, el contrato no tenía posibilidad de prórroga y, en consecuencia, su valor estimado quedaba limitado a 177.966,10 euros. Dicha corrección de errores fue objeto de publicación en el DOE el siguiente día 17 de octubre. En aplicación del artículo 75 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas se estableció un nuevo plazo de presentación de ofertas.

Quinto. Reclamado por el Tribunal el expediente al órgano de contratación, junto con el recurso, éste remitió el mismo, así como el oportuno informe. En él expuso que a raíz de la corrección de errores había quedado modificada la cuantía y, en virtud de tal modificación, el pliego no era susceptible de recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, debiendo ser calificado como recurso de reposición, para el que es competente para tramitar y resolver el propio órgano de contratación, debiendo inadmitirse el recurso, realizando, no obstante, alegaciones sobre el fondo.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en fecha, 23 de octubre de 2012 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha 29 de octubre de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 16 de julio de 2012 y publicado en el BOE el día 9 de agosto de 2012.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, a cuyo tenor: "Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica

cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”. En este sentido ha de señalarse que la entidad recurrente es una posible candidata a participar en la licitación en curso, si bien – según parece- no cumple con uno de los requisitos exigidos como condición de solvencia en el Apartado J del anexo I: Cuadro resumen de Características del PCAP, lo cual le impediría su concurrencia al correspondiente procedimiento de licitación, versando precisamente el objeto de su impugnación sobre la licitud de la inclusión de dicho requisito entre las condiciones de solvencia fijadas en el Pliego, según se desarrollará más adelante.

Tercero. El recurso se formula contra el acuerdo de convocatoria de la contratación por el que se entiende aprobado el anexo I del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, que constituye acto impugnabile de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP, constando haberse efectuado el anuncio previo al órgano de contratación.

Quinto. Debe analizarse, en primer lugar, el alcance y consecuencias que en el presente recurso tiene la corrección de errores del anexo I (cuadro resumen) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares tipo, realizada por el órgano de contratación con posterioridad a la interposición del recurso y que tiene el efecto, como señala en sus alegaciones, de excluir la presente licitación del acceso al recurso especial al no tener el carácter de contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, quedando, en consecuencia, sometido al régimen ordinario de recurso de reposición potestativo y ulterior recurso jurisdiccional contencioso administrativo.

La rectificación de errores de los actos de la administración se regula en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que dispone: *“Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*. Dicha norma resulta de aplicación supletoria al TRLCSP en virtud de su Disposición Final Tercera. Por su parte, el artículo 75.2 del RGLCAP, dispone: *Cualquier aclaración o*

rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones.

La jurisprudencia ha delimitado qué debe entenderse por error material, de hecho o aritmético con la finalidad de deslindar la mera rectificación de la revocación, revisión o modificación de actos administrativos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2011, en línea de continuidad de doctrina consolidada, señala: *“Una vez planteado en los términos que anteceden el debate objeto de la controversia suscitada, es preciso poner de relieve que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional - sentencias 218/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 218), y 69/2000, de 13 de marzo (RTC 2000,69)-, como la de este Tribunal Supremo - sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 2004 (recurso 4174/2000), 4 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1682) (recurso 2160/2003), 16 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1239) (recurso 6092/2005)-, han declarado que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones.*

Tales errores materiales aluden, por consiguiente, a meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente de toda opinión, criterio o calificación, al margen, pues, de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica valorativa”.

Por su parte, el artículo 75 del RGLCAP refiere dos conceptos, aclaración y rectificación. El segundo queda reconducido al artículo 105 de la Ley 30/1992. El término aclaración permite un mejor entendimiento de la resolución, pero no permite la modificación del acuerdo o disposición.

Sobre esta caracterización, hay que analizar si la corrección de errores realizada por el órgano de contratación responde a su verdadera naturaleza o sí, por el contrario, es una modificación o rectificación del pliego una vez aprobado, publicado su anuncio e iniciado el periodo de presentación de ofertas. En el primer caso, sería correcta la conclusión alcanzada por el órgano de contratación de no tratarse de un contrato sujeto a regulación

armonizada, no ser procedente, en consecuencia, el recurso especial y calificarse, en fin, este recurso como de reposición. En el segundo caso, el acuerdo de corrección no podrá tener la eficacia señalada, como un acto posterior al pliego, que trata de modificarlo alterando las condiciones de la contratación ya aprobadas y que adolece de vicio de ilegalidad.

El órgano de contratación no expone o motiva en el acuerdo de rectificación los datos o hechos que evidencian por sí mismos el error producido en el acuerdo original. Las cláusulas objeto de rectificación- posibilidad de prórroga y consecuente repercusión en el valor estimado del contrato- tienen sentido jurídico por sí solas, no están en contradicción o incompatibilidad patente con el resto del clausulado y previsiones del Anexo I y, por tanto, su rectificación tiene el alcance de alterar el mismo pliego y las condiciones de la contratación previamente aprobadas y publicadas, excediendo, en consecuencia, el mero error material, de hecho o aritmético: donde antes había posibilidad de prórroga, ahora no la hay, y donde el valor estimado del contrato era 311.440,67 euros, ha pasado a ser 177.966,10 euros. El propio informe del órgano de contratación revela que el alcance de la rectificación de errores es mayor que una simple corrección. Así, se dice: “con la corrección de errores efectuada con fecha 15 de octubre de 2012 por esta Secretaría General, publicada en el D.O.E. de 17 de octubre de 012, *por la que se modificó la resolución de 1 de octubre eliminando la posibilidad de prórroga y en consecuencia disminuyendo el valor estimado del contrato*, resulta que la licitación ya no supera el umbral establecido en el artículo 16.a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, *el contrato ya no resulta sometido a regulación armonizada* entendemos que no procede la interposición del recurso especial en materia de contratación (...) IV.- Como consecuencia de lo anterior, *al haberse visto modificada la licitación*, el recurso interpuesto por la empresa Consultora Informática Extremeña, S.L., ha de ser modificado en su calificación...”.

Sexto. Llegado a este punto hay que concluir que el acuerdo de rectificación de errores es un acto nulo de pleno derecho en virtud de los artículos 32 del TRLCSP y 62.1.e) de la Ley 30/1992. La rectificación realizada fuera del ámbito del artículo 105.2 de la Ley 30/1992 implica, en realidad, la modificación de los pliegos (anexo I, cuadro resumen)

realizada prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para su elaboración y aprobación, incurriendo en vicio de nulidad radical del artículo 62 de la citada norma.

Séptimo. Queda por último, en este punto, tratar la cuestión de que el acuerdo de rectificación no ha sido objeto de recurso especial por parte del recurrente. Ahora bien, por un lado, Consultora Informática Extremeña, S.L. ha interpuesto su recurso antes de producirse la rectificación, la cual, si bien está publicada en DOE, no consta notificada al interesado, a pesar de las consecuencias evidentes que para él tiene. La voluntad de recurrir el acuerdo de corrección de errores por parte del recurrente se deduce tácitamente de su recurso. El órgano de contratación sí ha realizado alegaciones sobre el alcance de la corrección de errores. Por otro lado, adoleciendo de un vicio de nulidad radical puede ser apreciada de oficio por el propio Tribunal de Recursos Especiales al amparo del artículo 113.3 de la Ley 30/1992.

Octavo. Quedando, pues el contrato licitado sujeto a la competencia del Tribunal, procede ahora el examen de las cuestiones de fondo planteadas, que no son otras que la restricción real a la libre concurrencia por exigir el Pliego de Prescripciones Técnicas determinadas condiciones (manejo inmediato del programa informático, apartado 2.1.3 del PPT) o cualidades del personal adscrito al contrato, (tiempos de experiencia en trabajos para la Administración y, dentro de ella, en el ámbito docente, letra J del anexo I del PCAP), que harían prácticamente imposible la adjudicación a quien no fuera el actual contratista. Se trata de cuestiones distintas que requieren un examen separado.

Noveno. El apartado 2.1.3 del PPT señala: “(...) *La empresa adjudicataria deberá tomar el control de los sistemas a gestionar y estar en condiciones de ofrecer el mantenimiento, la asistencia y la mejora desde la firma del contrato. Esta condición será considerada esencial en el contrato*”. El recurrente sostiene que “*se exige que desde la firma del contrato, sin ningún tipo de tiempo de implantación, sin ningún período de adaptación para que el personal se adapte al programa, deban tener ya manejo del mismo...lo cual excluye a cualquier empresa que no sea la adjudicataria actual...*”. Por su parte, el informe del órgano de contratación, al respecto señala: “*se trata de un contrato de nóminas de personal docente que afecta a un número muy importante de personal de la Consejería de Educación y Cultura y por ello entendemos que la nómina, que debe*

abonarse con la periodicidad mensual que todos conocemos, no debe ser interrumpida por el hecho de que cambie la empresa que ejecuta los programas informáticos de aplicación a la misma.”

El PPT previsto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP debe recoger aspectos técnicos que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades. Introducir en este documento una condición jurídica, o las consecuencias jurídicas de un eventual incumplimiento del contrato en su estadio inicial no resulta apropiado para su contenido.

Para abordar esta cuestión nos vamos a distanciar tanto del planteamiento del recurrente como de la alegación del órgano de contratación. Si el recurrente resulta adjudicatario lo será porque, entre otras circunstancias, reúne los requisitos de solvencia técnica del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y está, en consecuencia, en situación de cumplir el contrato desde su inicio.

El órgano de contratación plantea la cuestión desde la necesidad de que el sistema PROFEX no tenga incidencias por la eventual sucesión de contratistas, pues no puede retrasarse el pago de las nóminas por estas circunstancias. Sin embargo, sobre que tal consecuencia negativa y, desde luego, nada deseable, no tiene porqué enlazarse con la previsión analizada del punto 2.1.3 del PPT (el cual también reconoce que en el sistema PROFEX *“Actualmente, los usuarios finales se encuentran formados y usando con soltura la aplicación. La impartición de formación se centraría en matizaciones puntuales en el uso de determinados módulos o realización de determinadas actuaciones de la aplicación. Sin embargo, y al objeto de lograr una autonomía suficiente en el manejo de Profex, se incluye formación necesaria para ejecutar las tareas necesarias para cerrar todos los procesos que conlleva la gestión mensual de la nómina de personal docente no universitario”*), resulta de esencia de la contratación pública la posibilidad de cambio de contratistas.

El problema, a criterio del Tribunal, es que la cláusula encierra una defectuosa técnica que introduce confusión, tanto por su ubicación, como ha quedado visto, como por su contenido. El objeto del contrato es el *mantenimiento, asistencia y mejora de funcionalidades del sistema de gestión integral de personal y nóminas para el personal docente no universitario de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de*

Extremadura (PROFEX), y el pliego establece unas exigencias de solvencia para asegurar que el adjudicatario pueda desarrollar el mismo. Sobre todo ello, la cláusula examinada eleva a la categoría de condición esencial del contrato su cumplimiento mismo. El incumplimiento del contrato no es ni puede ser una condición de su eficacia, sino una causa de resolución. Temporalmente la cláusula 2.1.3 se sitúa en un momento posterior a la celebración del contrato, lo cual solo puede tener lugar si el contratista ha resultado adjudicatario y ello presupone que reúne los requisitos de solvencia técnica exigida en el pliego. El cumplimiento efectivo del contrato a satisfacción de las condiciones establecidas en el contrato es algo que tendrá transcendencia en la fase de ejecución del mismo, dando lugar, en su caso, a las penalizaciones o incluso resolución que proceda, pero no es algo que pueda tener relevancia en las actuaciones para la adjudicación, que, por otro lado, es lo que acota la competencia del Tribunal. La cuestión por tanto queda reducida a una defectuosa técnica en la elaboración del contenido del PPT, pero no tiene el alcance restrictivo de la concurrencia que se invoca por el recurrente.

Décimo. La segunda cuestión planteada se refiere a la exigencia de experiencia del personal del contratista para la acreditación de la solvencia técnica. El recurrente expone sobre la exigencia de clasificación de los licitadores, que resulta contraria a la libre concurrencia y competencia la exigencia de experiencia de su personal en los términos en los que lo hace el anexo I del PCAP, letra J, de modo que tal requisito sitúa en ventaja a la empresa actualmente adjudicataria, resultando contraria a la libertad de concurrencia y competencia en la contratación. El órgano de contratación informa que *“la singularidad de las retribuciones y de la gestión integral del personal docente requieren personal muy preparado y con experiencia para gestionar durante sólo siete meses-los de vigencia del contrato-este programa”*.

Dentro de la letra J del anexo I del PCAP dedicada a *“Enumeración de los medios de justificación de la solvencia económica y financiera y solvencia técnica o profesional”*, se incluye un apartado de *“solvencia complementaria (independientemente de la exigencia de clasificación)”*. En él se recoge el compromiso de adscripción al servicio de los medios personales: *“El personal que deberá aportar la empresa adjudicataria para la realización del presente contrato se ajustará a los siguientes requerimientos mínimos en cuanto a*

cualificación técnica". Estos requerimientos, además de los referidos a titulación, son: a) 1 Jefe de Proyecto, con cinco años de experiencia en proyectos de recursos humanos para la Administración Pública, por importe igual o superior al importe de licitación del presente contrato, desarrollados en los entornos que se especifican, y de éstos, 2, al menos, de experiencia en proyectos de Gestión de Personal Docente; b) 2 Analistas Funcionales, con cuatro años de experiencia en proyectos de recursos humanos para la Administración Pública, por importe igual o superior al importe de licitación del presente contrato, desarrollados en los entornos que se especifican y de éstos, 2, al menos, de experiencia en proyectos de Gestión de Personal Docente para la Administración Pública; c) 1 Analista Programador, con tres años de experiencia en proyectos de recursos humanos para la Administración Pública, por importe igual o superior al importe de licitación del presente contrato, desarrollados en los entornos que se especifican y de éstos, 2, al menos, de experiencia en proyectos de Gestión de Personal Docente para la Administración Pública; d) 1 Programador, con tres años de experiencia en proyectos de recursos humanos para la Administración Pública, por importe igual o superior al importe de licitación del presente contrato, desarrollados en los entornos que se especifican y de éstos, 2, al menos, de experiencia en proyectos de Gestión de Personal Docente para la Administración Pública.

El recurrente no justifica o concreta de forma rigurosa la alegación de por qué estas exigencias sitúan en posición de ventaja al actual contratista. No da cuenta del periodo de duración del contrato o contratos concertados con la Administración en los que ha sido aquella adjudicataria, ni por qué razón le es imposible obtener personal de estas características.

Ello no empece el análisis de las exigencias complementarias requeridas en el anexo I, letra J, para contrastar si se corresponden con las que el órgano de contratación puede exigir.

Hay que comenzar por resaltar la imprecisión en que incurre el título que el pliego da a letra J del Anexo I, pues la experiencia exigida en el personal adscrito al contrato no constituye un medio de acreditación de solvencia del empresario-en los pliegos se exige, determinada clasificación-, ni siquiera complementario, sino una especificación técnica de la prestación referida al personal adscrito, con fundamento en el artículo 64 TRLCSP.

No obstante, resulta de interés, a los efectos que luego se dirá, comenzar por recordar el criterio del Tribunal respecto de la exigencia de experiencia como medio de acreditación de la solvencia del empresario. El artículo 78 del TRLCSP, dedicado a la “Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios” dice: *“En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes: a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”*.

El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la experiencia como criterio de solvencia así como de la proporcionalidad que debe presidir su exigencia, como en la resolución recaída en los expedientes 42/2011 o 167/2012. En esta última, como criterio general, ha establecido: *“Sexto.- I.- La exigencia de experiencia como criterio de solvencia, con carácter general. El artículo 40 de la LCSE establece que: “Las entidades contratantes que fijen criterios de selección en un procedimiento abierto deberán hacerlo según normas y criterios objetivos que estarán a disposición de los operadores económicos interesados”. De acuerdo con el precepto transcrito, es, pues, la entidad contratante, en este caso ADIF, quien debe fijar los requisitos de solvencia que resulten exigibles a los licitadores, requisitos que deben ser objetivos y garantizar el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y no discriminación (artículo 19 de la LCSE), siquiera deba tenerse presente que, tal como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene declarando, no debe confundirse la discriminación con el hecho de que unos licitadores puedan cumplir con las exigencias de solvencia fijadas en el Pliego, y otros no.*

En definitiva, lo que debe determinarse en cada caso es si los criterios de solvencia fijados en el Pliego de licitación, como elemento que mide la aptitud de las empresas, se encuentran vinculados al objeto del contrato, y si son proporcionales, evitando así que se produzca el efecto de discriminación entre empresas capacitadas para la ejecución del

contrato, contrario a los principios de concurrencia e igualdad que deben presidir la contratación administrativa.

En el caso concreto de la experiencia cabe destacar que el TRLCSP, que puede ser en este punto tomado como referencia, contempla expresamente, en el artículo 78, entre los distintos medios previstos para acreditar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, el criterio de la experiencia, al señalar que cabe acreditar la misma mediante “a) una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos”, habiéndose pronunciado en numerosas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca de la posibilidad de exigencia de experiencia a las empresas licitadoras, como criterio para medir su solvencia técnica, cuestión que generalmente ha planteado dudas en aquellos casos en que se ha incluido la valoración de la experiencia entre los criterios de adjudicación del contrato (posibilidad esta última que ha sido rechazada por la JCCA, en aplicación de la normativa comunitaria, habiendo declarado en múltiples ocasiones que la experiencia puede ser utilizada como criterio de solvencia técnica, pero no de adjudicación).”

Décimo primero. Debemos comenzar por señalar que el pliego no establece una exigencia de experiencia para el contratista como tal -la solvencia del contratista se acredita en el pliego mediante la clasificación-, sino que la exige al personal de que dispone el contratista y que adscriba a la ejecución de la prestación. A tal efecto puede decirse que, en el plano teórico, es posible considerar una empresa con experiencia en la que el personal adscrito al concreto contrato, en todo o en parte, no la posea, o, por el contrario, una empresa sin experiencia disponga de personal que sí disponga de ella, por haber participado en trabajos o servicios en otras empresas. Con carácter general, hay que señalar, que la exigencia de experiencia como modo de acreditación de la solvencia en el TRLCSP se refiere expresamente al empresario, y no a su personal.

Décimo segundo. El fundamento de esta exigencia directa de experiencia al personal, solo puede plantearse como concreción de la posibilidad de exigencia de adscripción al contrato de determinado personal en el artículo 64.2 TRLCSP. Desde este punto de vista hay que señalar que aunque el precepto no se refiere a la cualificación -a diferencia del párrafo 1 del artículo 64 para determinados supuestos de contrato de suministro- debe

sobrentenderse que “la adscripción de medios personales suficientes” o la “indicación del personal técnico” incluye la posibilidad de concretar su experiencia, como especificación técnica de la prestación.

Décimo tercero. 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. El órgano de contratación lo justifica con la expresión: *“la singularidad de las retribuciones y de la gestión integral del personal docente requieren personal muy preparado y con experiencia para gestionar durante sólo siete meses -los de vigencia del contrato- este programa”*. Este argumento resulta en exceso genérico para justificar exigencias tan concretas como las requeridas al personal adscrito al contrato.

En definitiva se trata de examinar si la especificación técnica de la prestación consistente en determinada experiencia del personal adscrito al contrato es proporcionada. Lo primero que resulta llamativo es la exigencia de experiencia a *todos* los miembros del equipo de personal adscrito al contrato. 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.

De la recapitulación de lo expuesto en este punto, resulta: a) se exige experiencia a los miembros del equipo adscrito al contrato, lo cual es posible como especificación técnica al amparo del artículo 64; b) la experiencia se exige a *todos* los miembros del equipo adscrito; c) la experiencia exigida a dos categorías de los miembros del equipo se refieren a periodo superior a tres años (5 y 4 años); d) en ninguna de las categorías, el periodo temporal se acota a los últimos años.

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.

Décimo cuarto. El recurrente plantea, además, que es restrictiva de la libre concurrencia la exigencia de experiencia al personal en proyectos para la Administración Pública y dos años en sistemas de gestión del personal docente en la Administración Pública, excepto para el Jefe de Proyecto, al que no se requiere que la experiencia de dos años en sistemas de gestión de personal se refiera a la Administración Pública.

Siguiendo el esquema referido a la anterior cuestión de tiempo de experiencia del personal hemos de señalar, en primer lugar, que no se trata de una exigencia de solvencia técnica al empresario, y de concreción de aspectos de la prestación técnica con fundamento en el artículo 64 del TRLCSP. No obstante ello, y con carácter introductorio,

se expone que la doctrina del Tribunal respecto del criterio de experiencia como justificante de la solvencia técnica no puede restringirse a experiencia en la Administración Pública, en un recto entendimiento del artículo 78 del TRLCSP. Así en resolución recaída en expediente 231/2012, se exponía: *“8.b.- Pues bien, a juicio de este Tribunal, el sistema elegido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica no se ajusta a lo dispuesto ni en el TRLCSP, ni en la normativa comunitaria que debe servir de referencia para su interpretación. Discrepamos, pues, del razonamiento del órgano de contratación cuando sostiene en su informe que el tenor del artículo 78 a) TRLCSP concede “la facultad de acudir el órgano de contratación a trabajos públicos o privados de las empresas para acreditar la solvencia técnica o profesional”, y ello porque lo que hace el referido precepto, cuando emplea la conjunción disyuntiva “o”, es más bien lo contrario: permitir que el licitador pueda acreditar esa experiencia previa con trabajos en el sector público o privado. Así resulta del propio tenor literal del precepto, en el que se lee:*

“En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.”

El medio de acreditar la solvencia es la relación de los servicios o trabajos realizados en los tres últimos años, a la que hay que acompañar la mención de su importe, fecha y destinatario, que puede ser público o privado. El precepto, pues, debe leerse desde la perspectiva del licitador que debe acreditar su solvencia, y que puede esgrimir la realización de trabajos en el sector público o en el privado. Se aprecia así, en suma, que

la interpretación mantenida por el órgano de contratación no es respetuosa con lo dispuesto en el artículo parcialmente transcrito.

Al mismo resultado conduce una interpretación sistemática del artículo 78 a) TRLCSP en relación con el artículo 76 a) TRLCSP, referido a la solvencia técnica en el contrato de obras y que alude, como medio de acreditarla a la: “Relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para las obras más importantes; estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término; en su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.”

Aquí nada se indica acerca de la condición pública o privada de los destinatarios de tales obras, con lo que, en buena lógica, y siguiendo la propia tesis del órgano de contratación, cabalmente no podría exigirse que se tratara de Administraciones Públicas. Siendo ello así, carece de sentido sostener que, en los contratos de servicios (y en los de suministros, pues la redacción del artículo 77 a) TRLCSP es similar a la del 78 a) TRLCSP) pueda imponerse un requisito que no está previsto para los de obras.

A todo lo expuesto, en fin, cabe añadir una consideración adicional, a saber: la inclusión en el pliego de una cláusula como la expuesta supone una restricción inasumible e injustificada de la libre concurrencia que debe presidir la actuación contractual de los sujetos sometidos al TRLCSP (cfr.: artículos 1 TRLCSP y 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo), en tanto en cuanto circunscribe el acceso a los procedimientos de licitación sólo a aquellas empresas que previamente hayan contratado con una Administración Pública, cercenando, en perjuicio incluso de ésta, la posibilidad de que empresas con experiencia en el sector privado, puedan extender su actuación al público. Es fácil imaginar el círculo vicioso a que ello conduce, puesto que, sin dejar acceder a los procedimientos de licitación pública, es imposible obtener la experiencia que cláusulas como la referida exigen.

Lo único decisivo, por lo tanto, debe ser que los trabajos o servicios anteriores sean análogos a los que son objeto de licitación, sin consideración a si sus destinatarios han sido Administraciones Públicas o sujetos particulares. Si se prefiere, bien podemos

afirmar que el órgano de contratación puede exigir una experiencia previa al amparo del artículo 78 a) TRLCSP concretada en “servicios o trabajos realizados en los últimos tres años”, pero no imponer que los mismos hayan sido realizados para el sector público.

En definitiva, este Tribunal concluye que la previsión del pliego que exige que el contrato se haya celebrado con una Administración Pública no es ajustada a Derecho”.

La exigencia al personal como especificación técnica de la prestación, al amparo del artículo 64, de que la experiencia requerida, sobre el tiempo exigido, se concrete en la Administración Pública y en determinado sector de ésta, requiere un análisis de proporcionalidad, utilizando, además, la analogía. Desde esta perspectiva, no se considera proporcionado que la experiencia para un sistema informático de gestión de nóminas de exija, con carácter general en la Administración Pública, y con carácter específico en el sector docente de la Administración Pública. Esta exigencia supone una restricción a la libre concurrencia por su carácter específico, ya que el contenido material del contrato es la gestión de nóminas, y el resultado sería crear una barrera -por vía de esta exigencia técnica- a quien, pudiendo gestionar nóminas nunca lo haya realizado en el sector docente de la Administración Pública. Si acudimos a la analogía con el artículo 78 obtenemos el mismo resultado que en el fundamento anterior, de acuerdo con la doctrina del Tribunal expuesta: si no se puede limitar la exigencia al contratista a la Administración exclusivamente, con mayor motivo, tampoco se puede exigir a la prestación técnica, debiendo reproducirse lo dicho más arriba sobre el fraude de ley, de admitirse esta exigencia. Todo lo cual lleva, al amparo de dicho precepto, a la anulación parcial del apartado J del anexo I del pliego que establece los requisitos de experiencia del Jefe de Equipo, Analistas Funcionales, Analista Programador y Programador, debiéndose convocar una nueva licitación en la que deba servir de base un nuevo pliego adaptado a los pronunciamientos anteriores.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.M.H.O., en representación de Consultora Informática Extremeña, S.L. contra la resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Extremadura de fecha 1 de octubre de 2012, por la que se convoca el contrato “servicio para el mantenimiento, asistencia y mejora de funcionalidades del sistema de gestión integral de personal y nóminas para el personal docente no universitario de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Extremadura (PROFEX)”, anulando el acuerdo de rectificación de errores de la convocatoria, de 15 de octubre de 2012 por infringir el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, y anulando, igualmente, el apartado del Anexo I del pliego de exigencia de experiencia al personal adscrito por infracción del artículo 78 del TRLCSP. Se anula, en consecuencia, el procedimiento de contratación, siendo necesario convocar una nueva licitación en la que deba servir de base un nuevo pliego adaptado a los pronunciamientos de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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 47.5 del TRLCSP.

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 Autónoma de Extremadura, 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.