



Recursos nº 053/2014, 068/2014 y 074/2014 C.A. Región de Murcia 002, 003 y 004/2014

Resolución nº 207

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de marzo de 2014

VISTO los recursos interpuestos por D. F. L. V.A H. (recurso 053/2014), D. Antonio Casado Mena (recurso 068/2014) y D. Jesús Tolmo García, en representación de ERTIA ABOGADOS, S.L.P. (recurso 074/2014), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato de servicios de "Asesoramiento jurídico y económico, y del ejercicio de acciones o defensa penal, civil, contencioso-administrativo, constitucional, mercantil, laboral y ante el Tribunal de Cuentas. Expte. 44/2013" del Ayuntamiento de San Javier, Murcia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia en fecha 13.1.2014 y perfil del contratante de 30.1.2014, el Ayuntamiento de San Javier (Murcia) licitó el contrato de servicios de asesoramiento jurídico y económico, y del ejercicio de acciones o defensa penal, civil, contencioso-administrativo, constitucional, mercantil, laboral y ante el Tribunal de Cuentas. Expte. 44/2013, con un valor estimado de 260.000 euros. Previamente al anuncio habían sido aprobados los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT). Del primero resultan, especialmente, de interés, a los efectos de los presentes recursos, las siguientes cláusulas:



c2) La solvencia técnica o profesional de los empresarios se apreciará teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, necesariamente por los tres medios siguientes:

1. Una relación firmada en todas sus hojas 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 o, 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.
2. Justificante de que la empresa cuenta, además del personal de dirección y administración, con una plantilla de al menos tres abogados y un Licenciado o Graduado en Ciencias Económicas, o de lo contrario, no será admitido.
3. Justificante de que la empresa haya resultado adjudicataria de al menos tres contratos adjudicados por Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, por alguno de los procedimientos indicados en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, a excepción de los contratos menores que no se tendrán en consideración a estos efectos, cuyo objeto sea similar al que aquí se licita, o de lo contrario, no será admitido.

Lugar de presentación: los interesados podrán entregar sus proposiciones en el Registro General del Ayuntamiento, en horario de 8:30 a 14:00 horas de lunes a viernes, y de 9:00 a 13:00 los sábados.

También podrán presentarse ofertas por correo, en cuyo caso, el interesado deberá justificar, con el resguardo correspondiente, la fecha de imposición del envío en la Oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta, mediante fax, télex, telegrama o correo electrónico, en el mismo día. No será admitida la proposición en el caso en que no se presentara dicho anuncio o se recibiera con posterioridad a la fecha y



hora de la terminación del plazo fijado para la presentación de las proposiciones en Registro General del Ayuntamiento. No obstante, transcurridos 10 días desde la terminación del plazo de presentación, no será admitida ninguna oferta enviada por correo (cláusula 8ª).

Segundo. Frente a dichos pliegos han formulado recurso los recurrentes, que contienen, en su conjunto, la siguiente argumentación:

a) La exigencia de una plantilla de, al menos, tres abogados y un Licenciado o Graduado en Ciencias Económicas es contraria a los principios del artículo 1 del TRLCSP de libertad de acceso a las licitaciones, prohibición de discriminación e igualdad de trato a los licitadores y salvaguarda de la libre competencia. Se infringe el artículo 78 de la norma, singularmente en cuanto a no permitir con la integración de medios externos la solvencia de los licitadores, pues, además, el órgano de contratación no goza de libertad absoluta para fijar los medios de acreditación de la solvencia, sino que debe ajustarse a la ley.

b) La exigencia de que la empresa haya resultado adjudicataria de al menos tres contratos adjudicados por Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, por alguno de los procedimientos indicados en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, a excepción de los contratos menores, infringe los mismos principios legales que la anterior. Invocan la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en relación a que los trabajos para la justificación de la solvencia técnica pueden serlo en el sector público o en el privado (resolución 241/2012). Además, esta exigencia provoca un círculo vicioso, pues solo los que ya han contratado tres veces con ayuntamientos de más de 20.000 habitantes pueden acceder a estos contratos.

c) Entiende, además, uno de los recursos, que el sistema de presentación por correo previsto en el pliego resulta incongruente con los plazos fijados en el mismo, de modo que *se va a proceder a la apertura del sobre 2 sin esperar a que terminen de llegar las ofertas remitidas por correo.*

Tercero. Dado traslado de los recursos al órgano de contratación, éste se opone a su estimación en mérito a los siguientes razonamientos: los criterios de solvencia profesional y técnica se han introducido avalados por la jurisprudencia, citando, la sentencia 88/2012



de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia y sentencia 213/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos a las restantes empresas licitadoras para que pudieran formular alegaciones, si lo estimaban oportuno. En concreto, dio traslado del recurso 053/2014 en fecha 6 de febrero de 2014, y de los recursos 068 y 074/2014 en fecha 10 de febrero de 2014. La mercantil ABOGADOS Y CONSULTORES DE ADMINISTRACIÓN LOCAL, S.L., incluida en la relación de licitadores incorporada al expediente administrativo por el órgano de contratación, ha presentado escrito de alegaciones a los tres recursos en fecha 14 de febrero de 2014, en el que indica que las exigencias sobre personal en plantilla y de contratos previos con la administración son proporcionadas al fin del contrato y ajustadas a diversos pronunciamientos tanto de este Tribunal como de diversos Tribunales Superiores de Justicia y Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En relación a la presentación por correo entiende que la alegación contraria es un mero riesgo que no se ha producido y que por ello no tiene la relevancia de anulación del pliego. Por su parte, uno de los recurrentes, Francisco Luis Valdés-Albistur Hellín formuló alegaciones al Recurso 068/2014 también en fecha 14 de febrero.

Quinto. Por resolución del Tribunal de 11 de febrero de 2014 se acordó conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Los presentes recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en relación al Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. Los recurrentes se encuentran legitimados para interponer los recursos especiales, 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". Así, los tres recurrentes son abogados en ejercicio, actuando en su propio nombre dos de ellos y el tercero en representación de una sociedad limitada profesional.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP. Todos los recurrentes han formulado, a su vez, el anuncio previo del recurso en el plazo previsto legalmente.

Cuarto. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP por tratarse de un proceso de licitación convocado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y ser un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, este Tribunal tiene competencia para resolver los recursos.

Quinto. Los recursos se formulan contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares que son un acto sujeto a recurso especial de acuerdo con el artículo 40.2 TRLCSP.

Sexto. Los recursos plantean la improcedencia de dos requisitos de solvencia técnica impuestos por el órgano de contratación en los pliegos, al entender los recurrentes que son contrarios a los principios que deben regir la contratación y no encontrarse entre los previstos en el TRLCSP, como ha quedado visto, y que son:

2. Justificante de que la empresa cuenta, además del personal de dirección y administración, con una plantilla de al menos tres abogados y un Licenciado o Graduado en Ciencias Económicas, o de lo contrario no será admitido.

3. Justificante de que la empresa haya resultado adjudicataria de al menos tres contratos adjudicados por Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, por alguno de los procedimientos indicados en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, a excepción de los contratos menores que no se tendrán en consideración a estos efectos, cuyo objeto sea similar al que aquí se licita, o de lo contrario no será admitido.



Séptimo. En relación al primer punto, esto es, a que la empresa cuente *con una plantilla mínima de al menos tres abogados y un Licenciado o Graduado en Ciencias Económicas, o de lo contrario no será admitido*, hay que señalar que se trata de una exigencia que no es contraria al TRLCSP, tal y como se deduce del propio artículo 78. Así, las letras e) y g) contienen referencias al personal del licitador o a su plantilla: e) *Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato*, o letra g) *Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente*. De modo que la ley contempla que el empresario tenga plantilla o personal propio. Una cosa es que tengan capacidad para contratar las personas naturales y, otra, que la Administración no pueda exigir determinadas dimensiones o medios propios a la “empresa” de la que la persona natural es titular. La incorporación mediante la integración como medios externos de otros profesionales es algo posible, no prohibido en el pliego, pero siempre -a la vista de la cláusula- con carácter adicional a la exigencia mínima de la plantilla exigida al empresario y que, además, sea, efectivamente, una integración, y no una subcontratación, pues, no es posible la subcontratación de acuerdo con PCAP:

22. a- SUBCONTRATACIÓN.

Atendiendo a la naturaleza y condiciones del contrato, el adjudicatario no podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo, sin perjuicio de las inspecciones periódicas reglamentarias a realizar por Organismos de Control Autorizado (OCA) y los mantenimientos específicos a realizar por empresas especializadas previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

La exigencia es, además, proporcional en relación al fin de garantizar la debida prestación del servicio, singularmente en la celeridad de emisión de los informes, o la estrecha relación que debe haber entre el órgano asesorado y defendido y el profesional que lo hace, sin que sea atendible la pretensión, que, en suma, encierran los recursos, de que bastaría con un abogado para ser adjudicatario del servicio, quedando a su arbitrio la organización, a través de medios externos, sobre cómo debe ser prestado.



Ahora bien, también hay que precisar que la exigencia del pliego no es incompatible con que el empresario o empresarios adopten alguna fórmula colectiva, vgr. UTE, que permita sumar dichos medios.

Octavo. Por lo que respecta al requisito de solvencia de haber sido *adjudicataria de al menos tres contratos adjudicados por Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, por alguno de los procedimientos indicados en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, a excepción de los contratos menores que no se tendrán en consideración a estos efectos, cuyo objeto sea similar al que aquí se licita, o de lo contrario, no será admitido*, el Tribunal comparte parcialmente las alegaciones del órgano de contratación, pero no en su totalidad. En primer lugar, la decisión de que la asistencia jurídica a una Administración local constituye un objeto del contrato diferenciado a la asistencia jurídica común no es arbitraria. Al igual que podría predicarse de otros sectores de la Administración o de la actividad económica, el régimen jurídico de la Administración Local presenta singularidades, como pueden ser, su régimen de contratación, de personal, su sistema tributario, disciplina y régimen urbanístico, recursos, etc. Estas singularidades representan una especialidad que justifica la exigencia por el órgano de contratación de cierta experiencia previa para acreditar la solvencia técnica o profesional. Ésta es una decisión del órgano de contratación que no incurre en arbitrariedad y se encuentra justificada. La alegación de los recurrentes de que consideran indiferente que la experiencia para acreditar la solvencia técnica o la profesional se haya prestado en el sector público o en el privado no es atendible por dicha circunstancia. La cita, en este sentido de la resolución del Tribunal nº 241/2012, no resulta apropiada, pues en dicho asunto no se apreciaron en la actividad a desarrollar diferencias que justificaran dicha exigencia específica de solvencia. Avalan, sin duda, este criterio las sentencias citadas por el órgano de contratación de los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia y Murcia.

Sin embargo, descendiendo a un segundo nivel, la concreta exigencia de un número de contratos de objeto similar celebrados con Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, en concreto tres, formulada con carácter absoluto, sí que afecta a la libre concurrencia y produce el efecto de restringir de modo desproporcionado el acceso a la licitación. Desde luego, la cifra de 20.000 habitantes es razonable y justificada, al ser, no sólo el segmento de población en que se sitúa el municipio licitador, que cuenta con más de 31.000



habitantes, sino porque se trata de uno de los umbrales que para la prestación de servicios se contempla en la Ley de Bases de Régimen Local, artículo 26.C).

Sin embargo, la exigencia necesaria como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional de haber celebrado determinado número de contratos con Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, excluye, de forma definitiva a quienes no reúnan dicho requisito, convirtiendo, de hecho, esta exigencia en una especie de clasificación, de modo que, quien no la tenga no podrá acceder a los contratos, que quedan reservados para quien cumpla este requisito. Debiendo señalarse, por otro lado, que si se cumple este requisito es porque, en alguna licitación, por vez primera, no se le exigió, lo cual encierra, en cierto modo, sobre una incongruencia, una discriminación.

Por ello, esta cláusula, expresada en estos términos estrictos, cierra la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que persigue. Es decir, reconociendo que la finalidad buscada por la cláusula es ajustar la solvencia del empresario con las necesidades definidas por el órgano de contratación, su concreta formulación produce un efecto de distorsión en la competencia al restringirla mediante el veto, en la práctica, a quien no haya resultado adjudicatario de determinado número de contratos en municipios de más de 20.000 habitantes. En consecuencia, el órgano de contratación debe introducir fórmulas que, a la par que satisfagan la acreditación de la solvencia, permitan abrir la contratación a otros licitadores, sin merma de la exigencia de solvencia técnica o profesional. Tales exigencias podrían ser del tipo, a título de ejemplo, de, con carácter alternativo, exigir determinado número de contratos en municipios de más de 20.000 habitantes o, un número superior de contratos en municipios del segmento inferior (5.000 a 20.000 habitantes, umbral inferior en prestación de servicios de la Ley de Bases de Régimen Local), o que determinado número de profesionales del licitador acrediten haber trabajado en empresas que hubieran sido adjudicatarias de tales contratos de municipios de población superior a 20.000 habitantes, etc.

Noveno. En relación a la forma y plazos de la posibilidad de presentación de la documentación por correo y la superposición que se puede dar a la apertura del sobre 2, hay que señalar, en primer lugar, que el sistema de presentación de la documentación por correo recoge en lo básico lo previsto en el artículo 80.4 del Reglamento del Texto



Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por otro lado, el órgano de contratación llama la atención sobre que deben ser objeto de un entendimiento conjunto la cláusula 8ª con la cláusula 11ª. Ésta, señala, "A las 12.00 horas en la Sala de Juntas (3º planta) del ayuntamiento del San Javier, el primer jueves, una vez transcurridos, al menos, cinco días hábiles desde la finalización del plazo para presentar ofertas, o fecha posterior, **que se publicaría oportunamente en el perfil del contratante del Ayuntamiento de San Javier**, se constituirá la Mesa de Contratación para proceder, en acto público, a la apertura de los sobres que contienen la documentación correspondiente a criterios evaluables mediante un juicio de valor (sobre 2)". Dicha expresión, "fecha posterior" precisamente salva la eventualidad que indican los recurrentes, de modo que, en sí mismo, el pliego se ajusta a la ley en este punto, y sólo un aplicación incorrecta de las facultades del órgano de contratación, mediante la convocatoria de la mesa antes del transcurso de los 10 días constando anunciada la remisión de una oferta por el servicio de Correos, daría lugar a la eventual anulabilidad de dichos actos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte los recursos interpuestos D. F. L. V.A. H. (recurso 053/2014), D. Antonio Casado Mena (recurso 068/2014) y D. Jesús Tolmo García, en representación de ERTIA ABOGADOS, S.L.P. (recurso 074/2014), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato de servicios de "Asesoramiento jurídico y económico, y del ejercicio de acciones o defensa penal, civil, contencioso-administrativo, constitucional, mercantil, laboral y ante el Tribunal de Cuentas. Expte. 44/2013" del Ayuntamiento de San Javier, Murcia, anulando de éste la cláusula 8.c.2.3 por infringir el principio de libre concurrencia.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento de contratación acordada, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, 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 Murcia, 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.