Recurso nº 303/2020
Resolución nº 316/2020

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Unive Servicios Jurídicos S.L., (en adelante Grupo Unive), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regirán la adjudicación del contrato de "Servicios de asesoramiento laboral y la realización de trabajos sociolaborales" a la Fundación para la investigación biomédica del Hospital Clínico San Carlos, número de expediente PA 3-20, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 13 de octubre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes,

El valor estimado de contrato asciende a 144.000 euros y su plazo de duración será de un año prorrogable por dos años más.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso la cláusula 7.3 del PCAP:

"7.3. Compromiso de adscripción de medios: SÍ procede. Conforme al artículo 76.2 de la LCSP.

El Contratista deberá comprometerse a adscribir al contrato los siguientes medios personales.

El equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato contará con un mínimo de tres personas según se indica a continuación:

***-** Perfil 1: Una persona responsable de la prestación de Servicio de Asesoramiento General que dispondrá de, al menos, cinco (5) años de experiencia de forma continuada en la prestación de servicios en materia laboral para, al menos, tres entidades de investigación biomédica del sector público y que tendrá la titulación de Licenciado/Graduado en Derecho o Licenciado/Graduado en Relaciones Laborales o Graduado Social.*

***-** Perfil 2: Un mínimo de dos personas, con licenciatura o grado en Derecho o Relaciones Laborales o Graduado Social que dispongan de, al menos, tres (3) años de experiencia de forma continuada en la prestación de servicios en materia laboral para, al menos, tres entidades de investigación biomédica del sector público.*

La experiencia tanto del responsable de la prestación de Servicio de Asesoramiento General como la de los demás miembros del equipo se acreditará mediante aportación de los Currículum Vitae del personal, así como certificados de buena ejecución, de entidades a las que se hayan prestado estos servicios, por el tiempo mínimo señalado, por cada uno de ellos.

El requisito de titulación se acreditará mediante aportación del título correspondiente.

La adscripción de los correspondientes medios tiene carácter de obligación esencial, conforme al artículo 211.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público: su incumplimiento será causa de resolución del contrato".

Tercero.- El 4 de noviembre de 2020, tuvo entrada en este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Grupo Unive

en el que solicita la nulidad de la cláusula 7.3 del PCAP por considerar que es desproporcionada y limitativa de la concurrencia.

El 10 de noviembre de 2020, el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- Por acuerdo de este Tribunal de fecha 13 de noviembre de 2020**,** la tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados, al no ser tenidos en cuenta en la Resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, "*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*" (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Pliego de condiciones impugnado fue publicado el 13 de octubre de 2020 e interpuesto el recurso en este Tribunal el 4 de noviembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, se concreta en la determinación de si la adscripción de medios materiales solicitada en el PCAP es conforme a derecho o por el contrario si conculca los principios de proporcionalidad y de limitación de la concurrencia.

A este respecto, el recurrente manifiesta que de la redacción de la cláusula 7.3 se "*configura una solvencia técnica-profesional claramente limitadora de la libre concurrencia y contraria a los principios más primarios que rigen la contratación pública, al por exigir una triple experiencia acreditable con el sector público: experiencia continuada, experiencia con entidades de investigación biomédica, y experiencia en el sector público.*

Lo que se requiere en el presente supuesto es un compromiso de adscripción de medios personales, de forma que le licitador adscriba a la ejecución del contrato a los perfiles profesionales descritos. Recordemos que, el compromiso de adscripción de medios es, de suerte, un compromiso adicional de acreditación de la solvencia, siendo requerida para su acreditación -junto con la solvencia técnica y económica- a quien resulte propuesto como adjudicatario. En caso de incumplimiento, ya sea de la solvencia, ya sea del compromiso de adscripción de medios configurado como condición especial del contrato, el resultado es la no adjudicación del contrato o la

imposición de las penalidades correspondientes, generalmente, la resolución del contrato".

Invoca numerosas resoluciones tanto del Tribunal Central de Recursos Contractuales como de este Tribunal, que viene a considerar que la delimitación de la acreditación de la solvencia al sector público es una medida restrictiva de la competencia.

Especialmente reveladora es la Sentencia nº 80/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de abril de 2019 (rec. 7009/2019): "a*un reconociendo en principio que, a tenor de la ley aplicable que se citaba, la Administración contratante disponía de un cierto grado de discrecionalidad para determinar los requisitos de solvencia técnica y profesional exigible a este tipo de contratos en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se hallaba condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo, entre los que figuraba la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (Art. 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en el art. 45 de la Ley 1 4/201 3 y en el art. 32. D) del TRLCSP actual, según los cuales no se podrá otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración".*

Concluye el recurrente manifestando que*: "Por consiguiente, sobre la base del conjunto de pronunciamientos citados anteriormente, se desprende que los casos en*

los que se requiera experiencia con el sector público se vulneran los principios de la libre concurrencia y de prohibición de discriminación. En el caso que nos ocupa, la Cláusula 7.3., excluye la posibilidad de adscribir al servicio a personal que haya prestado del mismo servicio a destinatarios privados y, por tanto, impidiendo el acceso a quienes, siendo igualmente capaces de desempeñar las funciones del objeto del contrato y contando con la experiencia en el sector privado, no hayan prestado el servicio a organismos públicos.

De hecho, la cláusula restringe tanto el perfil profesional que, ni siquiera contando con una determinada experiencia en entidades del sector público podría cumplirse. Por un lado, porque se exige que tenga experiencia continuada, lo que implica el mantenimiento de una relación contractual alargada en el tiempo -no contratos de servicios de asesoría puntuales- y, por otro, porque, aun contando con esa experiencia dilatada en el tiempo, se exige un mínimo de entidades a las que haber prestado los servicios".

Obvia en esta exposición el recurrente, que no solo se solicita experiencia en el sector publico sino más concretamente en institutos de biomedicina públicos.

Por su parte el Órgano de contratación, en su escrito al recurso, manifiesta en primer lugar su desacuerdo con que la pretendida nulidad de la cláusula 7.3 afecte a la totalidad del PCAP, tal y como pretende el licitador.

A este respecto hay que manifestar sin mayor demora, que el art. 122.1 de la LCSP establece que la modificación de los pliegos de condiciones en cuestiones que extralimiten los meros defectos de hecho, conllevará la retroacción de las actuaciones, esto es, la nulidad total del pliego y su nueva redacción, aprobación y posterior publicación.

En segundo lugar, efectúa una distinción entre la solvencia de la empresa licitadora en su vertiente técnica y profesional de la adscripción de medios personales. Considerando que la solvencia que afecta a la empresa no está condicionada a la

acreditación de trabajos en el sector público de los institutos de biomedicina, pudiendo acreditarse con la totalidad de trabajos similares efectuados. Solo es la adscripción de medios la que debe cumplir con las condiciones impuestas en la cláusula 7.3 del PCAP.

Establecida esta primera distinción, considera que *"hay que tener en cuenta la discrecionalidad del órgano de contratación en cuanto a la determinación de los criterios de solvencia y, especialmente, para la concreción de los conocimientos específicos necesarios y en qué medida dichos conocimientos pueden obtenerse a través de otras fuentes o únicamente por virtud de la experiencia".*

Invoca en pro de su postura, la Resolución 68/2018 de 2 de noviembre de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que establece: *"los pliegos pueden, sin ninguna duda, establecer requisitos adicionales que permitan concretar la experiencia, conocimientos y medios en las concretas materias a que se refiera la contratación, siendo además lícito, tal y como ha señalado la doctrina de este Tribunal, que dichos requisitos adicionales permitan garantizar que la experiencia demostrada por el licitador se refiere a servicios verdaderamente similares por razón del tipo de las prestaciones a realizar, por indicación de alguna o algunas de sus características, sin que pueda referirse a las cualidades de la entidad (resolución n.º 438/2017).*

Además, para la determinación de tales criterios el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad, basado en la doctrina de la discrecionalidad técnica, lo que limita el alcance de la revisión que ha de efectuar este Tribunal, que solo puede versar sobre i) aspectos formales de la valoración (competencia o procedimiento) y ii) si se ha incurrido en discriminación.

Ahora bien, ello no significa que el órgano de contratación pueda establecer requisitos de forma arbitraria o desproporcionada, sino que tales requisitos habrán de i) estar vinculados a lo que sea objeto de la contratación, ii) ser proporcionados a lo que es objeto de la contratación y iii) no ser discriminatorios, en el sentido de ser tan exigentes

que de facto solo determinadas empresas puedan cumplir con los mismos, sin que exista justificación suficiente para ello".

Concluye el Órgano de contratación, manifestando que*: " En tal sentido, la justificación contenida en el expediente, en relación con estos requisitos, bien que sucinta, se entiende suficiente por cuanto expresa a tal fin, que dada la naturaleza y complejidad de las prestaciones previstas, la calidad de los servicios dependerá de forma directa de la cualificación y experiencia del personal encargado, justificación que es, por otra parte, muy común y generalmente aceptada en relación con servicios cuya prestación incluye tareas de carácter intelectual.*

En cuanto a dichas circunstancias, que determinan la proporcionalidad de la exigencia de experiencia en el sentido descrito, hay que tener en cuenta que las Fundaciones de investigación biomédica son entidades de naturaleza privada que se consideran dentro del sector público. Son por ello entidades de naturaleza especial, en las cuales se da una peculiar concurrencia de aspectos públicos y privados, que determinan particularidades únicas en su funcionamiento. Igualmente sus funciones, entre las que destacan la gestión de programas y proyectos en el ámbito de la investigación biomédica, determinan la aplicabilidad en determinados casos de legislación específica del ámbito científico. Por tanto, resulta necesario el manejo de disciplinas dispares y su coordinación en la manera específica que ya se ha consolidado como sistema más eficiente".

A continuación, enumera de forma exhaustiva las funciones que serán asumidas por el grupo de profesionales requeridos.

Vistas las posiciones de ambas partes, concurren en el presente caso dos aspectos fundamentales, en primer lugar la determinación de la naturaleza jurídica de la adscripción de medios al contrato y en segundo lugar, la proporcionalidad de la solvencia requerida.

Es criterio reiterado de los Tribunales de Recursos Contractuales, que el compromiso de adscripción de medios del artículo 76 de la LCSP no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, de la que constituye un plus, pues así como ésta ha de acreditarse por todos los licitadores al tiempo de concurrir a la licitación so pena de exclusión, los licitadores solo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción de medios cuya acreditación solo cabe exigir al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, sea propuesto como adjudicatario sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 140.3 de la LCSP. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 138/2018, expone la doctrina sobre la adscripción de medios, el momento de su acreditación, subsanación y posibilidad de sustitución.

No obstante, tal y como hemos manifestado, la adscripción de medios es un plus de solvencia y como tal está sujeta a los mismos principios que ésta, tanto en la discrecionalidad de que goza el Órgano de contratación para determinarla, sobre todo en este caso en el que el contrato no está sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo establecido en el art 22.2 de la LCSP, como en el respeto a los límites de proporcionalidad y libre competencia o dicho de otro modo, no incurrir en una restricción de la competencia.

Es doctrina de este Tribunal, iniciada en su Resolución 187/2015 de 18 de noviembre y reiterada en numerosas ocasiones valiendo por todas, la Resolución 226/2020 de 3 de septiembre que "*La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad, del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras*

circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.
El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si bien se refiere a las medidas de exclusión de licitadores por causas basadas en consideraciones objetivas y relacionadas con la aptitud profesional enumeradas en el artículo 24 de la Directiva 93/37, en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) Michaniki AE contra Ethniko Symvoulio Radiotileorasis y la Sentencia Caso Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146) se refiere al principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de trasparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo".

Podemos también nombrar tanto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, invocada por el recurrente, como la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 68/2018 de 2 de noviembre de 2018 invocada por el Órgano de contratación. En ambas resoluciones, la proporcionalidad de la solvencia y la delimitación de esta coinciden en tres aspectos fundamentales:

1.- Estar vinculados a lo que sea objeto de la contratación.

2.- Ser proporcionados a lo que es objeto de la contratación.

3.- No ser discriminatorios, en el sentido de ser tan exigentes que "*de facto*" solo determinadas empresas puedan cumplir con los mismos, sin que exista justificación suficiente para ello.

Analizando el objeto del recurso, podemos comprobar que el primer límite se cumple, es decir, las condiciones están vinculadas al objeto del contrato, no así se

cumple el segundo de los límites, pues no creemos proporcionado que la experiencia de cinco años en un caso y de tres en otro, deba circunscribirse solo a la obtenida por trabajos similares en institutos de biomedicina de carácter público. La asesoría legal y judicial en materia laboral no precisa de una experiencia exclusiva en el sector público, pues las especialidades que como entidad pública reviste la Fundación son fácilmente asumibles por cualquier profesional del Derecho, especialista en el ámbito laboral y con experiencia de más de cinco o tres años respectivamente. De la mano del incumplimiento de este límite podemos analizar el tercero, la discriminación que ampara las condiciones de los medios humanos a adscribir, pues reduce el mercado de profesionales no solo a aquellos que posean experiencia en asistencia letrada y defensa en juicio en materia laboral en empresas de carácter público, sino que reduce nuevamente las posibilidades, añadiendo que las empresas deberán ser institutos de biomedicina.

Por lo tanto, podemos concluir con que la adscripción de medios personales que establece la cláusula 7.3 del PCAP es desproporcionada y restrictiva de la libre competencia, al obligar a que la experiencia del equipo profesional que ejecutará el contrato se circunscriba al ámbito de los institutos públicos de biomedicina, en consecuencia, debe declararse nula dicha cláusula que afectando a una parte esencial del contrato y no siendo un error de hecho conlleva inexorablemente a la nulidad del PCAP mediante la retracción de las actuaciones que establece el art. 132.1 de la LCSP.

En cuanto a los criterios de valoración, si bien el recurrente los presenta al inicio de su recurso como recurribles, no expresa en su escrito los motivos para esa inicial consideración, por lo que en base al principio de congruencia establecido en el artículo 57.2 de la LCSP, este Tribunal no puede entrar a valorar la aportación que sobre el tema efectúa el Órgano de contratación. No obstante lo cual y una vez que el PCAP debe ser anulado, se recomienda al Órgano de contratación revise dichos criterios ya que no puede ser valorado aquello que es exigido como solvencia, bien en su forma general o como plus a través de la adscripción de medios personales.

Por todo ello, se estima el recurso planteado por Grupo Unive.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Unive Servicios Jurídicos S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regirán la adjudicación del contrato de "Servicios de asesoramiento laboral y la realización de trabajos sociolaborales" a la Fundación para la investigación biomédica del Hospital Clínico San Carlos, número de expediente PA 3-20, anulando el PCAP según se especifica en el fundamento quinto de esta Resolución.

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.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 13 de noviembre de 2020.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses,

a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.