

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 467/2016

Recurso nº 395/2016 C. Valenciana 87/2016

Resolución nº 467/2016

En Madrid, a 17 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.C.P., contra los pliegos del procedimiento “Servicios de asesoría y defensa jurídica del Ayuntamiento de Sagunto y su organismo autónomo”, convocada por el Excmo. Ayuntamiento de Sagunto, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 12 de mayo de 2016 se licitó por el Excmo. Ayuntamiento de Sagunto contrato de servicios de asesoría y defensa jurídica del Ayuntamiento de Sagunto.

Esta licitación sustituye a una previa parcialmente anulada mediante resolución 238/2016 de este Tribunal.

Segundo. El 13 de mayo de 2016, y dentro del plazo de presentación de ofertas se presenta el presente recurso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

El día 19 de mayo de 2016 se presenta escrito de ampliación del recurso.

Tercero. El órgano de contratación, Ayuntamiento de Sagunto, emitió informe al recurso con fecha de 19 de mayo de 2016, informe que hubo de ser ampliado con otro de 24 de mayo de 2016 a la vista del escrito de ampliación presentado por el recurrente. En uno y otro documento el Ayuntamiento de Sagunto interesa la desestimación del recurso.

Dado traslado a las demás partes interesadas para que alegaran lo que a su derecho conviniera con fecha de 4 de junio de 2016 se recibió en este Tribunal escrito de ABOGADOS Y CONSULTORES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, S.L (ACAL) interesando la desestimación del presente recurso.

Cuarto. Mediante resolución de 27 de mayo de 2016 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se concedía le medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y en virtud del Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia el 10 de abril de 2013 (BOE núm. 92 de 17 de abril de 2013).

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley a cuyo tenor: "Podrá interponer 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".

Efectivamente, D. J.C.P. es perjudicado por la resolución recurrida dado que por su condición de abogado puede concurrir a la adjudicación de un contrato de servicios profesionales.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada dicha interposición al órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP al tratarse de un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, en particular en la número 21, y cuyo valor estimado es igual o superior a 209.000 euros, concretamente de 333.300,00 € sin IVA.

Por su parte, la posibilidad de recurrir tanto el PCAP como el PPT está expresamente recogida en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto. Como primer motivo del recurso se impugna el apartado G del cuadro de características y la prescripción técnica 8 por las que, como requisito de solvencia técnica y profesional, se exige a los licitadores haber sido adjudicatarios de un contrato de las características al licitado en las siguientes cantidades:

- “a) En entidad local con población de derecho superior a 20.000 habitantes, en número no inferior a tres.
- b) En entidad local con población de derecho entre 5.000 y 20.000 habitantes, en número no inferior a siete.
- c) En entidad local con población de derecho entre 2.000 y 5.000 habitantes, en número no inferior a quince”.

Sostiene el recurrente que dicha exigencia es discriminatoria y contraria al art. 78 TRLCSP.

En réplica a estas alegaciones el órgano de contratación replica que las mismas ya fueron desestimadas por este Tribunal en su resolución 238/2016 y dado que el actual recurrente fue también parte en aquella reclamación, al no haberla impugnado se aquietó al criterio en ella impuesto.

Por su parte, ACAL se sostiene la plena legalidad y proporcionalidad del requisito de solvencia impugnado por el recurrente.

Sexto. Entrando en el análisis de esta primera alegación debe avalarse la tesis del Ayuntamiento de Sagunto y sostener la legalidad de las cláusulas impugnadas sobre la base de nuestra resolución 238/2016. En aquel caso, fundamento octavo, con cita de nuestra resolución 207/2014, de 14 de marzo, decíamos:

“Procede reiterar dicho pronunciamiento y concluir la desproporción del apartado G del PCAP y de la cláusula 8 del PPT al exigir como requisito de solvencia técnica y profesional, “experiencia del licitador en la defensa jurídica a entidades locales, con población de derecho superior a 20.000 habitantes, en número no inferior a tres”. Dicha exigencia restringe excesivamente la competencia al no prever otras medidas alternativas como acreditar un número superior de contratos en municipios de población inferior a 20.000 habitantes o haber trabajado para entidades que sí hubieran suscrito contratos con municipios de más de 20.000 habitantes, por lo que debe tenerse por nula aquella exigencia”.

En el presente caso, en el nuevo Pliego el Ayuntamiento no ha hecho sino aplicar la recomendación del TACRC ampliando la experiencia a municipios inferiores a 20.000 h. Siendo ello así el Tribunal entiende que sería un contrasentido que ahora se anulara una cláusula que se ajusta a lo que dijo entonces dijimos “a título de ejemplo”, por lo que lo motivo debe ser desestimado.

Séptimo. Como segundo motivo del recurso se impugna el apartado F del cuadro de características y la prescripción técnica 9 por entender que incurre en cinco ilegalidades: atribuir al precio únicamente el 10% de la valoración de la oferta; atribuir 5 puntos a la disponibilidad de un despacho dentro de un radio de 40 km contados desde el Palacio Municipal de Sagunto; puntuar con 5 puntos la aportación de un sistema que permita el seguimiento de los documentos; atribuir 10 puntos por el número de personas adscritas; y puntuar 10 puntos por la prestación de cursos de formación a los empleados del Ayuntamiento licitador.

Aunque formalmente se presente como una única alegación se trata en realidad de cinco distintas, razón por la cual serán examinadas por separado.

Comenzando con la valoración dada al precio considera el recurrente que el apartado 2.1 del epígrafe F del cuadro de características únicamente atribuya 10 puntos a la oferta económicamente más ventajosa sobre un total de 100 puntos que como máximo pueden recibir los licitadores. A su juicio un contrato de servicios jurídicos no tiene la suficiente especialidad técnica para justificar que el precio suponga tan sólo el 10% de la puntuación de la oferta.

En réplica sostiene el Ayuntamiento de Sagunto que este Tribunal en la resolución 238/2016 ya sostuvimos la legalidad de que el precio constituya un 10% del total de la puntuación de la oferta. Y es que aquel caso nos pronunciamos a favor de anular la prohibición de que se pudiera rebajar el precio en más de un 10% sobre la estimación realizada en los pliegos, argumento que debe entenderse en el sentido de avalar que el precio suponga tan sólo el 10% de la puntuación de las ofertas.

Octavo. Protesta el recurrente que el epígrafe 1.1 del apartado F de las cláusulas administrativas atribuya 5 puntos a los licitadores que tengan un despacho profesional “en un radio de distancia no superior a 40 kilómetros, contados desde la ubicación del Palacio Municipal”, añadiendo que “en este apartado se valora la posibilidad de que el adjudicatario pueda personarse en dependencias municipales de forma inmediata”. A su juicio dicha exigencia carece de relación con el objeto del contrato y discrimina favorablemente a los abogados radicados en el municipio de Sagunto.

En réplica sostiene el órgano de contratación que por la naturaleza de los servicios jurídicos se prima la rapidez con la que puedan atenderse las necesidades del Ayuntamiento. Añadiendo que es mentira que se favorezca a los abogados radicados en Sagunto frente a los que, como es el caso del recurrente, tienen despacho abierto en la ciudad de Valencia. Sostiene el Ayuntamiento de Sagunto que los 5 puntos se atribuyen a todo licitador que tenga su despacho en un radio de 40 kilómetros, con independencia de que lo tengan en el mismo Sagunto o a 29 kilómetros de distancia en Valencia capital. En idénticos términos se pronuncia ACAL en sus alegaciones.

Acierta el Ayuntamiento de Sagunto al señalar que el epígrafe impugnado no discrimina al recurrente, radicado en la ciudad de Valencia, frente a los abogados con despacho en Sagunto. Ello no obstante debe analizarse si la discriminación que se produce con respecto a los abogados cuyo despacho se encuentre a más de 40 km de distancia de Sagunto resulta ajustada a Derecho.

La respuesta a esta cuestión debe partir del muy consolidado criterio de este Tribunal conforme al cual el arraigo territorial únicamente será admisible como criterio de valoración o solvencia cuando el mismo no sea discriminatorias. Así, la resolución 258/2016 dispone que:

“Sobre la base de las tales consideraciones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como condición de actitud o criterio de adjudicación de los contratos administrativos. En definitiva, y tal y como se concluye en el Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la JCCA, “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”, circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”.

Hemos pues puesto de manifiesto la necesidad de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre concurrencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial.

Es por tanto necesario tener en cuenta a la hora de examinar las cláusulas prescripciones de los pliegos el principio de no discriminación, recogido en los artículos 18, 26, 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los principios de libre concurrencia y no discriminación consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, y la LGUM”.

En el presente caso la atribución de 5 puntos a los licitadores que dispongan de un despacho profesional en un área de 40 kilómetros se vincula con la mayor rapidez en atender las necesidades de asistencia jurídica, presumiendo que a mayor cercanía mayor rapidez. Y, aunque ciertamente hubiera sido más acertado que la mayor puntuación se hubiese anudado a un compromiso de inmediatez y rapidez, es innegable que la proximidad territorial del abogado con su cliente permite a aquel acudir con mayor rapidez a la llamada de éste. Esta circunstancia, unida a la amplitud del arraigo territorial requerido (40 kilómetros), nos lleva a considerar justificada la atribución de 5 puntos sobre un total de 100 a quienes tengan un despacho profesional abierto dentro de un radio de 40 kilómetros a contar desde el Palacio Municipal.

Procede por tanto desestimar este motivo del recurso.

Noveno. Cuestiona el recurrente la legalidad del epígrafe 1.2 del apartado F de las cláusulas administrativas por el que se atribuyen 5 puntos a los licitadores que dispongan de un sistema de trazabilidad de la documentación que permita al Ayuntamiento licitante el seguimiento de los escritos. Considera la parte actora que tal exigencia carece de conexión con el objeto del contrato, adolece de indeterminación al no concretar a qué escritos aplica y por no ser posible el seguimiento de los escritos, especialmente una vez que haya entrado en vigor la Administración electrónica.

El órgano de contratación replica que no existe ambigüedad alguna dado que del contexto y la buena lógica se deduce que los escritos cuyo seguimiento se ha de garantizar son los que obren en poder del contratista como consecuencia de los asuntos a él encomendados. Añadiendo que la exigencia de garantizar la localización de los documentos es requisito para la obtención del certificado ISO 9001.

ACAL en sus alegaciones defiende la justificación de dicho criterio a la vista de la naturaleza de los servicios jurídicos.

Al respecto debemos partir de nuestro criterio consolidado en virtud del cual es al órgano de contratación a quien le corresponde determinar las necesidades a satisfacer, siempre que ello no suponga discriminación o falta de transparencia. Partiendo de esta base debemos concluir que no se aprecia vicio jurídico alguno en que el órgano de contratación pretenda garantizar el seguimiento de los asuntos jurídicos que encomiende al adjudicatario y, a tal efecto, atribuya 5 puntos a los licitadores que dispongan de una infraestructura que haga posible dicho seguimiento.

Consecuentemente con ello procede desestimar este motivo del recurso.

Décimo. Se impugna el epígrafe 1.7 del apartado F de las cláusulas administrativas por el que se atribuyen 10 puntos a las ofertas que adscriban un mayor número de personal y con mayor grado de dedicación a la ejecución del contrato. Considera el recurrente que dicha cláusula carece de la suficiente determinación dado que no concreta ni cuál es el número de personal exigible ni establece el criterio para valorar el grado de dedicación.

El órgano de contratación replica que el número de abogados preciso para atender su volumen de litigios es público al haber publicado en su página web el número de litigios mantenidos durante los últimos 4 años. Añadiendo que la mayor valoración de la adscripción de un mayor número de personal es proporcionada y justificada.

ACAL sostiene en sus alegaciones la legalidad del epígrafe impugnado invocando el criterio seguido por este Tribunal en su resolución 206/2013.

Comenzando por dicha resolución 206/2013 en ella dijimos:

“El examen de la legislación conduce, por tanto, a la conclusión de que los elementos personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional y que el mayor número sobre los exigidos en los pliegos, puede ser utilizado como criterio de adjudicación, dado que la enumeración del artículo 32.1 de la LCSPDS no es exhaustiva y es un criterio objetivo cuyo posible efecto discriminatorio quedará eliminado si el criterio se consigna expresamente en el pliego. Así lo entendió también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en su informe 59/04, de 12 de noviembre, donde analiza la “posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación el mayor número de elementos personales y materiales de los exigidos como requisito de aptitud y solvencia” llegando a la conclusión de que “los elementos personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional y que el mayor número de los exigidos puede ser utilizado como criterio de adjudicación, dado que la enumeración del artículo 86 (vigente art. 150 TRLCSP) no es exhaustiva y es un criterio objetivo cuyo posible efecto discriminatorio quedará eliminado si como exige el artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el criterio se consigna expresamente en el Pliego”.

Este criterio fue reiterado en nuestra resolución 265/2015 en la que con cita de la número 264/2012 se concluía:

“La conclusión que extraemos es que sería admisible como criterio de adjudicación un mayor número de medios personales y materiales que los utilizados como criterio para determinar la solvencia siempre que tuviera una relación directa con el objeto del contrato, y no con las características propias de la empresa”.

A la vista de esto debe afirmarse la plena legalidad de la disposición impugnada por la que se atribuye una mayor puntuación a quien se comprometa a adscribir mayor número de personal a la ejecución del contrato.

Respecto a la posibilidad, mencionada por el recurrente, de que un licitador ofrezca adscribir más personal del que luego afecte, ello supone un incumplimiento del contrato cuyo alcance y consecuencias habrá de valorarse al tiempo de la ejecución del mismo.

Undécimo. Se protesta de adverso la legalidad del epígrafe 2.2 del apartado F de las cláusulas administrativas por el que se valora con 10 puntos el ofrecimiento de cursos de formación profesional al personal municipal por entender que la formación del personal del Ayuntamiento no guarda relación con el objeto del contrato: la prestación de servicios jurídicos.

El Ayuntamiento de Sagunto sostiene en su informe la existencia de una relación entre el contrato de servicios ofertado y la mejora de la formación de su personal, al igual que ACAL realiza en su escrito de alegaciones.

El artículo 150.1 TRLCSP establece: “Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.

Del citado precepto resulta que únicamente cabe considerar como criterios de valoración aquellos que se traduzcan en una mejor prestación del servicio ofertado. Y en el presente caso se aprecia dicha relación dado que la formación profesional y jurídica de los funcionarios del Ayuntamiento puede facilitar y mejorar la gestión del asesoramiento y defensa del Ayuntamiento, por lo que también este motivo se debe desestimar, sin perjuicio de que se entienda que hubiese sido mejor ofertarlo como una mejora.

Procede por tanto desestimar este motivo.

Duodécimo. Con posterioridad a la interposición del presente recurso el recurrente presentó escrito de ampliación del mismo por el que interesaba la nulidad de los epígrafes 1.4, 1.5 y 1.6 del apartado F del cuadro de características.

La posibilidad de ampliar o completar el recurso se encuentra prevista en el art. 29.3 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). Dicho precepto permite completar el recurso al recurrente que, conforme a lo previsto en el art. 16 RPERMC, hubiese solicitado acceso al expediente.

No es tal el caso que nos ocupa en el que el recurrente presenta espontáneamente el escrito ampliatorio sin haber hecho uso del trámite de acceso al expediente previsto en el meritado art. 16 RPERMC y sin justificar haber tenido acceso a nuevos documentos. Más bien lo contrario, los documentos en los que basa su escrito de ampliación son los mismos de los que dispuso al interponer el recurso. Siendo ello así, procede denegar la ampliación del recurso interesada de contrario al no encontrarnos en el supuesto previsto en el art. 29.3 RPERMC.

Avalan esta conclusión anteriores resoluciones de este Tribunal como la 224/2016 en que se dijo:

“En todo caso, debe rechazarse la pretensión de ampliación del recurso tras nueva vista y alegaciones, pues no nos hallamos en el supuesto del artículo 29.3 del Reglamento, que sólo se produce “Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado”, lo que no parece ser el caso.”

Por tanto, no procede entrar en el examen de las alegaciones presentadas extemporáneamente por el recurrente.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.C.P. contra los pliegos del procedimiento

“Servicios de asesoría y defensa jurídica del Ayuntamiento de Sagunto y su organismo autónomo”, convocada por el Excmo. Ayuntamiento de Sagunto.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. 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 de 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 la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.