

## **A LA CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

**MARIANO CARLOS HERNÁNDEZ ARRANZ**, mayor de edad, con DNI 23246507-Q, en nombre y representación de **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.**, conforme se acredita a través de escritura de poder adjunta como **Documento nº 1**, con NIF B-85434108, con domicilio a efectos de notificaciones en C/ O'Donnell, 17, 28009, Madrid y correo electrónico [licitaciones@unive.es](mailto:licitaciones@unive.es), ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que, por medio del presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 112 y 121 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se formula **RECURSO DE ALZADA** frente a los Pliegos que rigen la contratación del “*Contrato de servicios de asesoramiento contable, fiscal, laboral y mercantil*” para la Fundación para la Investigación e Innovación Biomédica en Atención Primaria, con número de expediente PA 1/2023, publicados el pasado 30 de junio de 2023, procediendo su impugnación conforme a las siguientes,

### **ALEGACIONES**

#### **PRIMERA-. OBJETO DEL CONTRATO**

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del presente contrato señala en su Cláusula 1:

*“El contrato incluirá el asesoramiento permanente de la entidad, en relación con todos los aspectos a tener en cuenta desde el punto de vista contable, fiscal, laboral y mercantil, con todos los elementos previstos en el correspondiente Pliego de Prescripciones Técnicas, que se consideran esenciales salvo cuando otra cosa se indique en el mismo.*

*Se entenderán incluidos en todo caso, sin carácter excluyente, los servicios siguientes:*

- Asesoramiento contable, fiscal, tributario laboral y mercantil.*
- Administración contable, laboral y financiera.*
- Apoyo en la preparación de informes a remitir a la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid con periodicidad mensual.*

- Asesoramiento en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.”

Por tanto, podemos resumir las funciones objeto del contrato en **asesoramiento y gestión laboral y fiscal.**

## **SEGUNDA-. CONDICIONES DE SOLVENCIA TÉCNICA ESTABLECIDOS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES.**

Por su parte, en la Cláusula 7 del PCAP recoge las condiciones de solvencia técnica o profesional necesarias para poder concurrir a la licitación:

### ***“Acreditación de la solvencia técnica:***

*De conformidad con el artículo 90 LCSP, la solvencia técnica se apreciará teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, por los medios siguientes:*

*a) Relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres (3) últimos años.*

*Se entenderá como servicios análogos los que, dentro del ámbito del objeto, se hayan prestado a fundaciones de investigación biomédica gestoras de instituto de investigación Sanitaria o Fundaciones de investigación Biomédica gestoras de la investigación de hospitales públicos.*

*Se entenderá cumplido este requisito cuando se acredite la realización de servicios del tipo descrito mediante la presentación de al menos 5 certificados de buena ejecución por cada uno de los tres últimos años, expedidos o visados por el órgano competente, emitidos a nombre de la empresa.*

*La falta de aportación de dichos certificados de buena ejecución, en forma y en el número exigido, podrá determinar la exclusión del licitador del presente procedimiento.*

*b) Descripción del servicio y medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad.*

*c) Indicación del personal técnico y unidades técnicas, integradas en la empresa, participantes en el contrato, con indicación de titulación académica, acreditada documentalmente.”*

Así, el órgano de contratación exige para poder concurrir a la presente licitación que todo licitador acredite **la prestación de servicios de similar naturaleza a entidades del**

**sector público, concretamente a fundaciones de investigación biomédicas gestoras de instituto de investigación sanitarias u hospitales públicos.**

Por su parte, en la misma Cláusula 7, en relación con los medios personales a adscribir al contrato dispone:

*“Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales: **SÍ** procede, según Anexo I.3.*

*A los efectos de este apartado se requerirá el siguiente perfil:*

***Responsable de la ejecución del contrato:** conforme a lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas del presente procedimiento, que deberá reunir los siguientes requisitos:*

☐ *título superior o de grado de: Derecho, Económicas, Empresariales, ADE o formación equivalente;*

☐ ***experiencia mínima de CINCO (5) años en contratos de naturaleza análoga a fundaciones de investigación biomédica gestoras de instituto de investigación sanitaria o fundaciones de investigación Biomédica gestoras de la investigación de hospitales públicos.”***

De este modo, el órgano de contratación también **exige además, que se adscriba a la ejecución del contrato a un responsable con una experiencia profesional mínima de cinco años en trabajos de asesoramiento en las mismas materias que el objeto del contrato respecto a estas entidades del sector público.**

Estas exigencias resultan, a juicio de esta parte, contrarios a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato a los licitadores y salvaguarda de la libre competencia e igualdad de trato, así como a la prohibición de discriminación, recogidos en el artículo 1, 40, 116 y 132 LCSP, procediendo a la impugnación de los pliegos recurridos en los términos que a continuación se desarrollan.

En este sentido, cabe señalar que esta mercantil posee a profesionales con sobrada experiencia en asesoramiento y asistencia jurídica en el ámbito laboral a sujetos privados, lo que de ningún modo supone que no esté perfectamente cualificada para prestar este tipo de servicios por no contar con la concreta experiencia exigida en este sentido respecto al asesoramiento a entidades públicas.

En acreditación de lo anterior y, por tanto, de la legitimación para interponer el presente recurso, se acompaña como **Documento n°2** certificados de buena ejecución en asesoramiento en el ámbito laboral, fiscal, contable y mercantil emitidos por entidades del sector privado. De este modo, entendemos que queda acreditado que esta mercantil cuenta con profesionales suficientes que cumplirían los requisitos de solvencia exigidos si estos no vulneraran lo dispuesto en los arts. 40, 74 y 76 LCSP.

### **TERCERA-. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS ESTABLECIDOS EN EL PCAP.**

Por su parte, respecto a los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas, dispone el PCAP en su Cláusula 9.2.2:

***“Experiencia adicional del responsable de la ejecución del contrato, según se describe en el Pliego de Prescripciones Técnicas: 20 PUNTOS.***

*- **Experiencia:** se computará a la fecha de publicación de la convocatoria del presente procedimiento.*

*Se requerirá del responsable de la ejecución del Contrato un mínimo necesario de seis (6) años de experiencia en trabajos de la misma naturaleza que el requerido, en fundaciones de investigación biomédica gestoras de instituto de investigación Sanitaria o Fundaciones de investigación Biomédica gestoras de la investigación de Hospitales Públicos. Se valorará conforme a este apartado la experiencia superior a dichos seis (6) años, que constituyen requisito esencial.*

*La asignación de la puntuación, se llevará a cabo del siguiente modo:*

*o Experiencia de seis (6) años completos 0 puntos.*

*o Experiencia de más de seis (6) y hasta ocho (8) años completos 5 puntos.*

***o Experiencia de más de ocho (8) años completos 20 puntos.”***

En este sentido, como se argumentará *ut infra*, entendemos que la valoración de tener experiencia en el ámbito de la administración pública también vulnera lo dispuesto en los arts. 1, 40, 116, 132 y 145 LCSP por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación, pues se valorará con hasta 20 puntos a aquella empresa que acredite que el responsable del contrato designado cuenta con una experiencia de hasta 8 años con estas entidades del sector público, lo que supone una puntuación determinante para poder ser adjudicatario en la licitación.

#### **CUARTA-. NULIDAD DE LA CLÁUSULA 7 DEL PCAP POR VULNERAR LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 1, 40, 116 Y 132 LCSP AL EXIGIR EXPERIENCIA CON EL SECTOR PÚBLICO PARA PRESTAR EL SERVICIO.**

La solvencia técnica es la aptitud mínima que el licitador debe cumplir para poder contratar con el sector público; en concreto, diríamos que es la capacidad mínima para poder atender el objeto del contrato en cuestión. A este respecto cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 1 de la citada ley, que establece que:

*“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a **los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores**; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*

En este sentido, conviene recordar lo contenido en el **artículo 76 LCSP como “concreción de las condiciones de solvencia”:**

*“1. En los contratos de obras, de servicios, concesión de obras y concesión de servicios, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.*

*2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.”*

Por tanto, si bien es cierto que el órgano de contratación posee un amplio margen de discrecionalidad para redactar y configurar las condiciones mínimas que deben acreditar los diferentes operadores económicos, **este poder no es absoluto**, pues ha de cumplir con las obligaciones establecidas en la LCSP y con los anteriores principios que esta consagra.

De este modo, el órgano de contratación, al momento de redactar los pliegos –dentro de la potestad para determinar los criterios que han de cumplir los licitadores según las necesidades propias– debe respetar los principios básicos de la contratación pública, así como el resto del ordenamiento jurídico, pues de todos estos extremos dependen las **posibilidades de acceso en igualdad de condiciones** de los distintos licitadores y el respeto al artículo 14 CE; asimismo, son determinantes en la aceptación y valoración de cada una de las ofertas y sobre las **posibilidades de competencia efectiva y real** de los distintos ofertantes.

En el presente caso, **la configuración de los requisitos de solvencia no respeta en modo alguno estos principios, pues reduce las posibilidades de acceso a la licitación únicamente a aquellas empresas que cuenten con experiencia en asesoramiento en materia laboral, contable, fiscal y mercantil a entidades del sector público.**

En este sentido, debemos recordar lo establecido por el artículo 40 LCSP el cual señala como causa de anulabilidad “*todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*”

Y el artículo 132 del mismo cuerpo legal expresa:

- “1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y **no discriminatorio** y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. (...)”*
- 2. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia (...)”*

En contra la exigencia por parte de los órganos de contratación de experiencia previa exclusivamente con el sector público de los licitadores se ha pronunciado en repetidas ocasiones los Tribunales.

En este sentido, la **Resolución 452/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, que se pronuncia en los siguientes términos sobre un caso similar, en el que exigían como solvencia técnica experiencia pública en asesoramiento jurídico **con el sector público local, siendo doblemente limitativa esta cláusula, al igual que la que nos ocupa, que lo exige respecto de entidades públicas:**

*“A este respecto, el artículo 40 LCSP señala como causa de anulabilidad “Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”*

*A este respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas resoluciones, valga por todas, la Resolución 341/2020, de 3 de diciembre, que trata un asunto semejante:*

*“Como prevé el artículo 64.1 de la LCSP los órganos de contratación deben tomar las medidas adecuadas para luchar contra el favoritismo y evitar cualquier distorsión de la competencia, garantizando la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Asimismo, se recogen los citados principios de igualdad, transparencia y no discriminación en los artículos 1 y 132.1 de la LCSP junto con la libertad de acceso y la proporcionalidad.*

*Igualmente se ha de recordar que las condiciones de restricción de la experiencia al ámbito público y más aún al ámbito de determinadas administraciones públicas han sido desechadas como criterio de aptitud por los Tribunales Administrativos de Contratación, por las Juntas Consultivas, y por la Jurisprudencia. Baste con transcribir las resoluciones y sentencias judiciales invocadas por el recurrente.*

*En el presente caso la experiencia de defensa judicial en al ámbito del derecho administrativo, es decir en sede contenciosa administrativa, no impide que se acredite mediante contratos o encargos de defensa de ciudadanos o empresas en sus relaciones con la administración, es decir, la misma aptitud tendrá un abogado que demanda que otro que defiende dentro del derecho administrativo. Es por ello que limitar la experiencia a los contratos suscritos con entidades locales no puede encontrar defensa ni amparo en la actual legislación en materia contractual ni en su interpretación desde hace años.*

*Por lo expuesto se ha de **estimar este motivo de impugnación** por considerarlo, tal y como está formulado, contrario a lo dispuesto en los artículos 1, 64 y 132.1 de la LCSP, debiendo modificarse su redacción, lo que en consecuencia conlleva al inicio de una nueva convocatoria de licitación y plazo de presentación de proposiciones”.*

Véase también la **Sentencia 768/2019 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana**, de 21 de octubre, en la que se resuelve un supuesto similar a este, en el que se impugnaban unos pliegos del Ayuntamiento de Aldaia referidos a servicios de asesoramiento jurídico por exigir experiencia previa con el sector público:

*«Esta cláusula restringe la concurrencia y solo la admite respecto de aquellos letrados que previamente hayan defendido a la Administración. Se trata de una condición excluyente de participación en el concurso, que se restringe exclusivamente a favor de un grupo privilegiado de letrados que cuentan con la experiencia requerida por el pliego impugnado; los que carezcan de esa experiencia no podrán participar. La restricción de la competencia establecida resulta contraria a los principios de libertad de concurrencia sin crear obstáculos injustificados proclamados en el art. 1 del TRLCSP y su artículo 117.2, así como el 139 que prima los principios de igualdad y transparencia.*

*De manera más clara y manifiesta el art. 32 d) del TRLCSP establece como causa de nulidad todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen de manera directa o indirecta ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Este precepto se introdujo por el art. 44 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, en cuyo preámbulo se afirma que se contemplan medidas para eliminar obstáculos para el acceso de los emprendedores a la contratación pública de forma que ésta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de empresas. Como señala la sentencia del TSJ de Canarias de 4-10-2013, recurso 371/2011, la exigencia de un requisito tan restrictivo instaura una suerte de proceso de retroalimentación o círculo vicioso en cuanto a las adjudicaciones que opera en la práctica como infranqueable barrera a la posible entrada de nuevos licitadores en el segmento de la contratación pública.”*

Además, el pliego exige que la solvencia técnica se acredite únicamente con la experiencia de defensa en juicio de la Administración Pública, pero de rechazo se niega que se pueda acreditar esa experiencia en aquellos procesos en los que se haya actuado en defensa de particulares teniendo como demandada a la Administración Pública en los que por actuarse en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa también se puede adquirir pericia válida que se podría tener en cuenta para los fines pretendidos, poniéndose de manifiesto de esta manera el carácter discriminatorio y excluyente de la cláusula. En este sentido el art. 78.1 a) del TRLCSP a la hora de determinar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, se refiere y admite no solo los servicios prestados a entidades públicas sino también a sujetos privados, indicándose los medios o instrumentos a través de los que se podrán acreditar tales actividades o servicios. Por lo demás, en tal precepto la experiencia no es el único factor a tener en cuenta para acreditar la solvencia técnica sino también otros como el personal técnico, sus instalaciones, medios de estudio e investigación, controles de calidad, medidas de gestión ambiental, maquinaria y equipos técnicos, así como la plantilla y personal directivo”

Véase también la **Sentencia 80/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de abril**, en la que se recurrían unos pliegos similares a los que se recurren actualmente, de asesoría jurídica y defensa letrada, en la que se considera que exigir experiencia con la Administración Pública es contraria a la LCSP y que limita la participación de licitadores. Dispone lo siguiente:

*“A continuación, la sentencia aplica de manera adecuada esos principios a las circunstancias del caso, y, con indudable acierto, concluye que esa condición de exigencia técnica y profesional era excesivamente restrictiva e incompatible con tales reglas esenciales, en especial con la salvaguarda de la libre competencia, aclarando que, aunque sea lógico y razonable que se le exija a los candidatos para un servicio principal de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio una especialización previa y un conocimiento profundo del derecho administrativo, lo que hay que considerar inadmisibles es que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, el haber sido contratado por un Ayuntamiento en los últimos tres años en una materia determinada, porque*

*hay medios alternativos perfectamente válidos para poder acreditar los conocimientos jurídicos de que se trata necesarios para el desarrollo correcto de esa función de asesoría, sin tener que acudir de manera obligada a esa exigencia objetiva tan extrema de haber desarrollado precisamente esa misma función durante ese número tan prolongado de años en un trabajo de asesoría jurídica de las mismas características precisamente habiendo prestado servicios para un Ayuntamiento.*

*Para el juez de instancia parece claro-y lo consideramos razonable **que se trata de una exigencia exorbitante que limitaría de manera prácticamente insalvable las posibilidades de otros muchos despachos profesionales que podrían prestar perfectamente esa función de asesoría en unas condiciones óptimas de preparación, pero que se verían injustamente apartadas por ese requisito tan desproporcionado de haber tenido que haber prestado previa y precisamente esa función para un organismo municipal, lo que concedería una ventaja prácticamente definitiva a los despachos que ya hubieren prestado esas funciones**, a lo que se opone legalmente-como se dijo-el precepto 32.d) de la Ley ya dicha, a tenor del cual no puede reconocérsele ninguna ventaja a las empresas que ya hubieren contratado previamente con cualquier Administración, lo que, en definitiva y por todas esas razones justificaba adecuadamente la declaración de nulidad de tal cláusula, sobre la base también de la posibilidad de poder acudir a otras fórmulas alternativas que pudiesen justificar la preparación exigible para poder competir en la adjudicación del contrato de que se trataba (Certificaciones académicas de conocimiento de la materia, publicaciones, impartición de cursos, experiencia profesional especializada anterior fuera del propio ejercicio de asesoría en la Administración Local pero perfectamente equiparable a ésta, etc.)”.*

En este sentido, encontramos las recientes **Resoluciones 546/2023 y 547/2023** dictadas por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, en el que se estiman los recursos presentados contra los pliegos emitidos por Reciplasa en un contrato similar a este, por exigir experiencia con el sector público de forma desproporcionada y restringiendo la competencia:

*“Sin embargo, en la Resolución nº 544/2021, de 21 de octubre, se concluyó que:  
“En consecuencia, la exigencia cumulativa del medio de acreditación de la*

*solvencia técnica o profesional impugnado, **que exige además de los restantes medios, una experiencia del licitador en el asesoramiento jurídico y defensa judicial a entidades locales**, constituye una limitación desproporcionada atendiendo al objeto del contrato que lesiona los principios básicos de la contratación pública, definidos en el art. 1 de la LCSP, como el de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, y la salvaguarda de la libre competencia. En este sentido, la redacción del medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional elegido **fomenta la creación de una suerte de mercado restringido y escaso dentro de la actividad de la asistencia jurídica y defensa judicial, ya que sólo pueden prestar el servicio determinadas empresas, o profesionales que participen en ellas, a los que en algún día no se les exigió este requisito de solvencia que ahora es determinante para la admisión o participación del licitador en el procedimiento de adjudicación, restringiéndose sin una razón objetiva proporcionada la concurrencia y con ello la posibilidad de elección del Ayuntamiento. La solución habría sido distinta si como en otros precedentes el objeto del contrato se encontrara vinculado con el funcionamiento de la Administración Local, lo que exigiría el conocimiento propio de la normativa aplicable. Igualmente, el fallo habría sido otro si la experiencia se vinculara al funcionamiento del sector público en sentido amplio**”.*

*Aplicando dichos criterios al presente supuesto por su mayor similitud que en el analizado en la Resolución 829/2021 asimismo extractada, dado que la experiencia exigible al contratista aquí –además de fijarse en ocho años– se vincula a que haya sido obtenida merced a la prestación de servicios (en los ámbitos de asesoramiento en materia jurídico-medioambiental, en concreto, en relación con la gestión y eliminación de residuos, en derecho administrativo general y en impuestos especiales) **a favor de empresas públicas cuyo capital social sea íntegramente municipal, debemos considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la LCSP y, por ende, desproporcionada y restrictiva de la concurrencia.***

En una resolución diferente, el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** en su Resolución 114/2022, de 27 de enero, respecto de un recurso

interpuesto por esta misma mercantil frente a unos pliegos que exigían como solvencia experiencia como consultor de protección de datos de alguna Administración Pública, anulando los mismos por vulnerar lo dispuesto en el art. 40 b) LCSP, con cita además de múltiples resoluciones en idéntico sentido:

*“Este Tribunal considera que estas previsiones quedan incursas en el supuesto de anulabilidad de derecho administrativo establecida en el art. 40.b) de la LCSP, que se refiere a «todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración». **Es obvio que la previsión contenida en el Anexo II.D del PCAP, al exigir que una parte muy relevante de la experiencia que ha de tener necesariamente el personal que se adscriba a la ejecución del contrato haya sido obtenida en el sector público (y parte de ella, precisamente en el sector público local), favorece a los licitadores que previamente hayan contratado con entidades integradas en ese sector, y que precisamente por ello contarán con profesionales que reúnan esas específicas exigencias de experiencia.***

*En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en supuestos similares al aquí planteado. Así, en la reciente Resolución n° 1727, de 2 de diciembre de 2021 (Recurso n° 1372/21), expusimos lo siguiente: «Quinto. En primer lugar, la recurrente alega la nulidad de la cl. 5 del PCAP ( medios humanos y materiales), por entender que la exigencia de experiencia en la Administración Local en el personal que ejecute el contrato supone una restricción a la concurrencia proscrita por el art. 40.b) LCSP, conforme al cual son causa de anulabilidad de los Pliegos “Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”. Como hemos señalado en diversas resoluciones, **es nula la exigencia de que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público,** ( Resolución n° 1009/2016, de 2 de diciembre de 2016 y Resolución n° 241/2012, de 31 de octubre de 2012, por todas), **pues circunscribir el acceso a los procedimientos de licitación solo a aquellas empresas que previamente hayan contratado con una Administración Local, cercena la posibilidad de que***

*empresas con experiencia en el sector privado puedan extender su actuación al público, generando un círculo vicioso puesto que, sin dejar acceder a los procedimientos de licitación pública, es imposible obtener la experiencia que cláusulas como la referida exigen.”*

En el mismo sentido, el **Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias** se viene pronunciando en similares términos, como muestra la reciente Resolución de 1 de septiembre de 2022, que resuelve un recurso igualmente interpuesto por esta misma mercantil frente a unos pliegos por la exigencia de adscribir al contrato personal con experiencia de cinco años **en asesoramiento jurídico en el ámbito de las entidades del sector público:**

*“Es de común aceptación por los tribunales administrativos de contratos que 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.*

*En el caso analizado, podemos comprobar que el primer limite se cumple, toda vez que la experiencia exigida al personal a adscribir a la ejecución del contrato lo es en relación con las materias que constituyen el objeto de la prestación de servicios licitada. No ocurre lo mismo con el segundo de los límites, que resulta claramente incumplido. En efecto, **no creemos proporcionado que la experiencia mínima de 5 años exigida por los pliegos deba circunscribirse solo a la obtenida por prestación de servicios en el ámbito de actuación de las entidades del sector público. La acreditación de la solvencia de los recursos humanos que se adscriban a la ejecución del contrato no precisa de una experiencia exclusiva en el sector público, pues las especialidades que como empresa pública reviste Promotur Turismo de Canarias, S.A. son perfectamente asumibles también por***

*cualquier profesional que adquiriera dicha experiencia en la materia correspondiente en el sector privado.*

*Así, el incumplimiento del límite de la proporcionalidad conlleva vulnera también el tercer límite, al propiciar la discriminación. En efecto, resulta obvio en el presente caso que las previsiones contenidas en las cláusulas impugnadas, al exigir que el personal adscrito a la ejecución del contrato tenga necesariamente una experiencia mínima de 5 años adquirida en el ámbito de actuación de las entidades del sector público, favorece a los licitadores que previamente hayan contratado con entidades integradas en ese sector, y que precisamente por ello contarán con profesionales que reúnan esas específicas exigencias de experiencia.*

*Por lo tanto, de acuerdo con la postura defendida por la recurrente podemos concluir con que la adscripción de medios personales que establece las cláusulas 1.5 del PCAP y 4.3 del PPT es desproporcionada y restrictiva de la libre competencia al obligar a que la experiencia del equipo profesional que ejecutara el contrato se circunscriba al ámbito de las entidades públicas.”*

También la recentísima **Resolución 171/2023 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias**, en la que esta mercantil recurrió unos pliegos de un contrato de servicios de asesoría fiscal, laboral y contable por pedir experiencia con el sector público tanto como solvencia como criterio de adjudicación:

*“En este punto, ha de advertirse que probablemente no exista una cuestión que haya suscitado un acuerdo tan unánime en la doctrina sentada por los tribunales de contratos, como la consideración de que exigir que se cuente con experiencia circunscrita al ámbito exclusivo de las entidades del sector público, bien como requisito de solvencia, bien como característica necesaria para la evaluación de un criterio de adjudicación, resultar discriminatorio y afecta a los principios de libertad de concurrencia y de igualdad de trato, lo cual es una lógica conclusión derivada de las propias previsiones del artículo 40 de la LCSP, en cuya virtud se encuentran incursas en causa de anulabilidad “Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”. **Y dentro de dicha***

unánime corriente doctrinal se encuadran las resoluciones dictadas por este Tribunal en recursos que guardan evidente similitudes, como la ya referida resolución nº 105/2023, de 24 de abril, o las invocadas por UNIVE, S.L., números 276/2022, de 8 de noviembre, o la 221/2022, de 1 de septiembre, sin que el argumento de los técnicos del órgano de contratación sobre que las mismas se refieren sólo a servicios de asesoramiento jurídico, puedan desvirtuar la aplicación de tal doctrina, en primer lugar, **porque es indudable, como ya se ha dicho, que el asesoramiento fiscal y laboral tiene un marcado carácter jurídico, y, en segundo lugar, porque en todo caso nos encontraríamos ante la misma causa de anulabilidad, ya que es clara la intención del poder adjudicador, que no ha sido siquiera motivada, de otorgar una esencial y determinante ventaja a favor de aquellos operadores económicos que hayan contratado previamente con entidades mercantiles del sector público, que, a mayor limitación -tampoco justificada-, han de ser tributarias del IGIC.**

Con base en todas las anteriores consideraciones, este Tribunal concluye que ha de estimarse el recurso interpuesto por la mercantil UNIVE, S.L. y declararse la nulidad del PCP impugnados y de todos los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, conforme a lo previsto por el artículo 57.2 de la LCSP.”

En el mismo sentido, la recentísima **Resolución 305/2023 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Juntade Andalucía**, en la que se estima un recurso interpuesto por esta mercantil frente a unos pliegos referidos a un contrato de asistencia jurídica en los que se exigía experiencia con el sector público como solvencia técnica:

*“Asimismo, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi ha mantenido el mismo criterio en asuntos similares, entre los que cabe señalar, el pronunciamiento realizado en su Resolución 62/2018, de 10 de mayo, que tenía por objeto el anuncio y los pliegos de un contrato de asistencia, asesoría y defensa jurídica, de un Ayuntamiento y en la que concluía:*

*«A juicio de este OARC/KEAO, el motivo de impugnación debe ser aceptado y la cláusula anulada. No cabe que la experiencia valorada sea exclusivamente la adquirida en Administraciones Públicas, cuando la influencia en la calidad de la prestación que implica que el personal que la ejecute haya realizado*

anteriormente tareas similares (artículo 145.2.2º de la LCSP) puede acreditarse también mediante servicios prestados al sector privado, igualmente afectado por la normativa urbanística o medioambiental objeto del contrato (por ejemplo, promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las competencias administrativas sobre la materia y que pueden requerir también ayuda profesional), tal y como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 133/2015. Debe añadirse que, incluso en el caso de que el régimen jurídico aplicable no fuera el previsto en la LCSP, la cláusula sería igualmente contraria a Derecho en virtud del artículo 32 d) del TRLCSP, si bien con sanción de nulidad de pleno derecho. En cualquier caso, ambas normas no son sino una especificación del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que un criterio de adjudicación otorgue ventajas injustificadas a ofertas que aportan ventajas sustancialmente iguales”.

Pues bien, **en el supuesto analizado, la experiencia circunscrita al sector público exigida en la cláusula 21 del Anexo I del pliego vulnera lo dispuesto en el artículo 40 b) de la LCSP y es contraria a la doctrina expuesta, otorgando una ventaja competitiva injusta a quienes puedan acreditar aquella en perjuicio de quienes, pudiendo ostentar dilatada experiencia en el sector privado en las mismas materias jurídicas y órdenes jurisdiccionales incluso interviniendo procesalmente contra entidades del sector público, no hayan ejecutado servicios jurídicos para el sector público; los cuales son eliminados del proceso con clara infracción del principio de igualdad de trato sin que, en contrapartida, la Administración adquiera con dicha exclusión mayor garantía en orden a una mejor prestación del servicio.**

Procede, pues, estimar este primer motivo de recurso y anular el requisito de experiencia circunscrita al sector público que se contiene en la cláusula 21 “Solvencia económica, financiera y técnica”, del Anexo I “Objeto y características del contrato”, del pliego de cláusulas administrativas particulares.”

En similares términos se ha pronunciado el **Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía** en su **Resolución 311/2021**, de 10 de septiembre, cuando se exige experiencia previa asesorando a **una entidad local**:

*“Se trata de una exigencia exorbitante que limita de manera prácticamente insalvable las posibilidades de otros muchos despachos profesionales que podrían prestar perfectamente esa función de asesoría en unas condiciones óptimas de preparación, pero que se verían injustamente apartados por ese requisito tan desproporcionado de haber prestado previa y precisamente esa función para un entidad local, lo que concedería una ventaja prácticamente definitiva a los despachos que ya hubieren prestado esas funciones, a lo que se opone legalmente -como se ha expuesto- el artículo 40.b) de la LCSP, a tenor del cual no se le puede reconocer ninguna ventaja a las empresas que ya hubieren contratado previamente con cualquier Administración.”*

Adicionalmente, tras la lectura de los pliegos y de la memoria justificativa, no se hace referencia en ninguna parte a la idoneidad y necesidad del motivo por el cual esa experiencia debe haber sido en el sector público, lo cual, también es una vulneración de lo dispuesto en el artículo 116.4 LCSP:

*“4. En el expediente se justificará adecuadamente:*

*(...)*

*c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.”*

De esta forma, hemos podido comprobar que, en los pliegos, se detallan los servicios a realizar, concentrándose en tareas de asesoramiento y actuaciones genéricas en materia de asesoramiento laboral, gestión de nóminas, asesoramiento fiscal, tributario y mercantil. Sin embargo, **el órgano de contratación no da una justificación suficiente para exigir la limitación para poder presentarse a la licitación a quien ya haya prestado un asesoramiento previo en estas materias a entidades del sector público, siendo esta exigencia desorbitada ya no solo por los tres años de asesoramiento de forma previa a entidades tan concretas del sector público como son fundaciones para la**

**investigación biomédica gestoras de institutos de investigación sanitaria u hospitales públicos sino por la exigencia de adscribir a un responsable del contrato con mínimo 5 años de experiencia con estas entidades del sector público.**

De esta forma se vienen pronunciando el **Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público**; por ejemplo, la **Resolución 289/2021, de 6 de octubre**, en la que se estima un recurso interpuesto por esta mercantil en la que se recurrían unos pliegos de una licitación de contrato de servicios similares a este, por considerar que exigir experiencia con la administración pública como condición de solvencia es contraria al ordenamiento jurídico:

*“Adicionalmente, tal y como ya lo indicó este Tribunal en la Resolución 142/2020, el hecho de haber otorgado una ventaja a quien haya prestado servicios previamente en el sector público está prevista como causa de anulabilidad del artículo 40 apartado b) de la LCSP y, en este sentido, es preciso analizar si estas exigencias del criterio de solvencia técnica fijados, vienen justificados en el expediente hasta el punto de que las condiciones mínimas de acceso a la licitación estén centradas sólo en el sector público.*

*(...)*

***En el caso examinado, la simple falta de motivación aduciendo a pretendidas peculiaridades de la licitación y el específico régimen jurídico aplicable a la UOC, que no se especifican en ningún momento, no permiten justificar que toda la experiencia exigible deba ser específicamente y únicamente en universidades públicas o entes que operen con precios públicos, corroborando la referencia que se hace a estos últimos, precisamente, que se está ante la contratación de un servicio que, de prestarse por entes públicos, es en concurrence con el sector privado.***

*Además, este informe justificativo, de servir como memoria justificativa parcial del expediente de contratación, tampoco consta que se hubiera publicado en el espacio virtual de la licitación en el perfil de contratante junto con la documentación contractual impugnada, por el contrario con las exigencias de publicidad y transparencia que impone el artículo 63.3 a) de la LCSP.*

**Por todo ello, procede acoger la pretensión de la recurrente, lo que lleva a estimar el primer motivo del recurso y, en consecuencia, declarar la nulidad de**

**los criterios de solvencia técnica o profesional establecidos en el apartado IB del QC incluido en el PCAP”**

En similares términos se pronunció el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en su **Resolución 291/2022, de 16 de noviembre**, en la que se estima un recurso presentado por esta parte contra unos pliegos que regían la contratación de servicios de asesoramiento jurídico a PRATS ESPAIS, **cuando exigían experiencia previa asesorando al sector público:**

*“En el caso examinado, la simple falta de motivación aduciendo a pretendidas peculiaridades de la licitación junto con el hecho de que las razones del informe del artículo 56 de la LCSP no resultan suficientes como para cerrar las posibilidades de presentarse a la licitación no permiten justificar que toda la experiencia sea con el sector público.*

*Por todo ello, procede acoger la pretensión de la empresa recurrente, lo que lleva a estimar el primer motivo del recurso y, en consecuencia, declarar la nulidad de los criterios de solvencia técnica o profesional establecidos en la cláusula 7.B del PCAP, que el órgano de contratación deberá ajustar a las exigencias legales y doctrinales expuestas, a fin de que resulten proporcionales y no produzcan efectos discriminatorios, motivarlos debidamente en el expediente.”*

Y, como decíamos en la resolución ya mencionada *ut supra*, también hace referencia el, **el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 547/2023**, a la necesidad de justificar los requisitos de solvencia técnica de forma previa, ya sea dentro de los propios pliegos o de la memoria justificativa, de forma que la ausencia de dicha justificación pueda determinar la nulidad del criterio establecido:

*“Y tan o más importante que lo hasta aquí expuesto: no es en el informe al recurso donde debe procurarse la justificación del umbral de solvencia escogido, sino dentro del expediente de contratación, conforme exige el artículo 116.4.c) LCSP, que, en el contrato en cuestión, es inexistente:*

*“4. En el expediente se justificará adecuadamente: (..) c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se*

*tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”.*

*Razón de más para llegar a la misma solución que en nuestra Resolución 224/2022, de 17 de febrero, referida a un contrato de servicios en el que en los que la justificación de los requisitos de solvencia no se produjo hasta una vez interpuesto el recurso especial; en ella se expone:*

*“(…) Las motivaciones que se contienen en ese documento de ‘Memoria Interna’ debieron haber sido incorporadas a la memoria que forma parte del expediente administrativo de contratación. Permitiendo a los licitadores interesados conocer la motivación de los criterios de solvencia exigidos, entre otras cosas para poder articular debidamente un eventual recurso contra los pliegos, conociendo con antelación los motivos que llevaron al órgano de contratación a establecer unos u otros criterios de solvencia. Admitir en este momento las motivaciones que presenta el órgano de contratación supondría necesariamente una indefensión para los interesados, y particularmente para el recurrente. Además de infringirse abiertamente el art. 116.4 LCSP”.*

*En consecuencia, debe estimarse el primer motivo de recurso y considerar que la cláusula 11 del PCAP incurre en el vicio de anulabilidad establecido en el artículo 40.b de la LCSP, debiendo anularse al resultar contraria a los artículos 74.2 y 116.4.c) de la LCSP.”*

En similares términos se pronuncia la reciente **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 224/2022**, de 17 de febrero, al resolver un recurso interpuesto por esta misma mercantil frente a unos pliegos que exigían como solvencia técnica contar con 50 profesionales en Derecho, de los cuales 7 debían ser especialistas en protección de datos, sin que en los mismos se justificara el por qué tal cantidad de letrados. El Tribunal, anuló los mismos en los siguientes términos:

*“Los esfuerzos argumentativos que efectúa el órgano de contratación en su informe para justificar que los criterios de solvencia son adecuados al objeto del contrato y a la naturaleza de las actividades que realiza AENA deberían haberse plasmado en el correspondiente documento incorporado al expediente administrativo de contratación (preferentemente en la memoria) y accesible para los interesados. No pudiendo servir ahora como elemento válido de motivación*

*de las exigencias de solvencia el acompañar un documento novedoso (y hasta ahora oculto para los interesados) al informe del órgano de contratación emitido con ocasión de la presentación del presente recurso especial.*

*Las motivaciones que se contienen en ese documento de “Memoria Interna” debieron haber sido incorporadas a la memoria que forma parte del expediente administrativo de contratación. Permitiendo a los licitadores interesados conocer la motivación de los criterios de solvencia exigidos, entre otras cosas para poder articular debidamente un eventual recurso contra los pliegos, conociendo con antelación los motivos que llevaron al órgano de contratación a establecer unos u otros criterios de solvencia. Admitir en este momento las motivaciones que presenta el órgano de contratación supondría necesariamente una indefensión para los interesados, y particularmente para el recurrente. Además de infringirse abiertamente el art. 116.4 LCSP.*

***Por lo tanto, este Tribunal debe estimar la impugnación de la cláusula 13 PCAP, en cuanto al criterio de solvencia técnica impugnado, por infracción del art. 116 de la ley de contratos del sector público, anulando los pliegos en este punto para que el órgano de contratación pueda en su caso subsanar el defecto de motivación apreciado. Defecto de motivación que se extiende a todos los elementos de solvencia técnica y económica de los pliegos, al no haber motivación alguna al respecto en el expediente.”***

Faltos de justificación -y aunque existiera- no alcanzamos a entender cómo pueden los profesionales adquirir experiencia con la administración pública si para ello antes deben tener experiencia con la administración pública. Y en ningún caso puede servir de pretexto un gran número de entidades de este tipo y, en general, entidades del sector público a las cuales se podría acceder, pues si todas las entidades del sector público exigen experiencia previa con este sector para poder contratar con ellas, será imposible poder prestarles servicio nunca para quienes no lo hayan hecho antes, lo que supone una clara limitación de la competencia.

Es más, si esa actuación la llevaran a cabo todas las entidades del sector público, con el paso de los años llegaría un momento en que no quedarían profesionales con experiencia con estas entidades, porque -en el mejor de los casos- estarían todos jubilados. ¿Entonces sí acudirían a profesionales sin experiencia con ellas mismas?

En este sentido, también hay que tener en cuenta que la Ley de Contratos del Sector Público -que veda *“Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”*- prevé mecanismos de salvaguarda para la Administración Pública en caso de que la ejecución del servicio no se lleve a cabo con los estándares de calidad exigidos en los pliegos.

Así, dentro de la Sección Tercera del Libro Segundo de la Ley de Contratos del Sector Público se prevén una serie de prerrogativas para la Administración Pública en caso de incumplimiento parcial o defectuoso (art. 192), demora en la ejecución (art. 193), daños y perjuicios y penalidades (art. 194), resolución por demora (art. 195), incluso indemnización de daños y perjuicios causados a terceros (art. 196).

Por tanto, entendemos que la Administración Pública, a la hora de convocar una licitación, no debe vulnerar lo dispuesto en la propia LCSP sobre prohibición de limitar la competencia y la concurrencia ni favorecer a las empresas que previamente han contratado con la administración pública o con entidades públicas similares, sino que, en cambio, ha de establecer los mecanismos que le permitan obtener el mayor número de ofertas posible de cara a obtener un amplio abanico de posibilidades de elección tanto por el nivel de los juristas como por el precio que oferten por sus servicios, de manera que tengan la posibilidad de alcanzar una mejor oferta relación-calidad precio que la que pueda obtenerse si se restringe tanto -e indebidamente- las posibilidades de acceso a la contratación.

Asimismo, en el ejercicio de sus prerrogativas, siempre podrá asegurarse de que el servicio se presta en las condiciones y con los estándares de calidad exigidos en los pliegos, en lugar de limitar la competencia a la hora de publicar su licitación.

**QUINTA-. NULIDAD DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN ESTABLECIDO EN LA CLÁUSULA 9.2.2. DEL PCAP POR FAVORECER A AQUELLOS QUE HAN CONTRATADO CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PREVIAMENTE, VULNERANDO LOS ARTÍCULOS 1, 40 Y 145.5 LCSP.**

El artículo 145.5 LCSP establece los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación de los contratos:

*“a) En todo caso estarán **vinculados** al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*

*b) Deberán ser formulados **de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad**, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*

*c) Deberán garantizar la posibilidad de que **las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva** e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”*

En este sentido, debemos recordar lo establecido por el artículo 40 LCSP el cual señala como causa de anulabilidad *“todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador **que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.**”*

Como bien hemos señalado anteriormente respecto de la solvencia, si bien es cierto que el órgano de contratación posee un amplio margen de discrecionalidad para redactar y configurar las condiciones mínimas que deben acreditar los diferentes operadores económicos: **este poder no es absoluto**, pues ha de cumplir con las obligaciones establecidas en la LCSP y con los anteriores principios que esta consagra.

En el presente caso, **la configuración de los criterios de adjudicación no respeta en modo alguno estos principios**, pues elimina las posibilidades de ser adjudicatario a quien no ha prestado anteriormente servicios no solo a entidades públicas sino a entidades tan concretas como fundaciones para la investigación biomédica gestoras de Institutos Sanitarios o de Hospitales Públicos, otorgando hasta 20 puntos a quienes ya haya trabajado previamente con el sector público, otorgando una ventaja evidente a quien ya ha trabajado para estas entidades.

Sobre este tema se ha pronunciado el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, en su **Resolución 1286/2020, de 30 de noviembre**, en relación con el criterio de adjudicación de la emisión de dictámenes en los servicios para el asesoramiento y la defensa jurídica del Ayuntamiento de Oliva:

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

*(...)*

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

*En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes: b) Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración».*

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

Sobre este tema también se ha pronunciado el **Tribunal Administrativo de Contratación de la Comunidad de Madrid** en multitud de ocasiones. Recientemente lo ha hecho en su **Resolución 18/2022, de 13 de enero**, que estima la nulidad de aquellos

criterios de adjudicación que exigen acreditar experiencia en el asesoramiento jurídico al sector público:

*“En el caso que nos ocupa, la exigencia de que experiencia en asesoramiento jurídico y urbanístico se circunscriba exclusivamente a las entidades locales, otorgándoles un peso del 40% de la puntuación total, es claramente discriminatoria, otorgando una ventaja decisiva a aquellos licitadores que hayan asesorado previamente a entidades locales, frente a los que pueden tener una larga experiencia en los ámbitos del asesoramiento que se solicitan, pero que no hayan contratado previamente con dichas entidades. No pueden acogerse las alegaciones del órgano de contratación que consideran que no existe restricción de la libre concurrencia, “pues no está configurado como criterio de admisión a la licitación (solventía) sino como criterio de adjudicación. Nada impide que los despachos de abogados que no tengan la experiencia valorada puedan resultar adjudicatarios de este contrato, pudiendo compensar esa pérdida de puntos realizando una mejor oferta económica”, ya que la valoración de la oferta económica es de 20 puntos frente a los 40 puntos de los criterios de valoración controvertidos y en cualquier caso supondría un esfuerzo económico en su oferta que genera una clara discriminación frente al resto de licitadores que hubieran contratado dicho asesoramiento previamente con una entidad local.*

*Por tanto, debe concluirse que los criterios de valoración controvertidos son efectivamente contrarios a Derecho porque, al valorar la experiencia en el asesoramiento jurídico y urbanístico solo cuando se hubieran elaborado para entidades públicas y no para sujetos privados, establece una ventaja a favor de licitadores que hubieran contratado previamente con el sector público. En consecuencia, debe ser anulado.”*

En el mismo sentido, la ya mencionada **Resolución 452/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, que al igual que estima la vulneración de la LCSP en cuanto a la solventía requerida, también estima el recurso respecto de los criterios de adjudicación que exigían experiencia previa en asesoramiento jurídico a administraciones públicas:

*“En el caso que nos ocupa, la exigencia de que la experiencia en asesoramiento jurídico se circunscriba exclusivamente a las entidades locales, otorgándoles un peso del 40% de la puntuación total, es claramente discriminatoria, otorgando una ventaja decisiva a aquellos licitadores que hayan asesorado previamente a entidades locales, frente a los que pueden tener una larga experiencia en los ámbitos del asesoramiento que se solicitan, pero que no hayan contratado previamente con dichas entidades.*

*No pueden acogerse las alegaciones del órgano de contratación que consideran que nada impide a la recurrente presentarse a la licitación en condiciones de igualdad aunque eventualmente no obtenga la puntuación seguramente por él deseada para ser adjudicatario del contrato, ya que la empresa que carezca de la citada experiencia con Administraciones Locales, aunque la tenga sobrada en otros ámbitos, parte de una clara desventaja, nada menos de un 40% de la puntuación total, lo que supone que para compensarla y tener alguna opción en la adjudicación del contrato debería hacer un esfuerzo económico en su oferta muy superior al de otros licitadores que hubieran contratado con dicho asesoramiento previamente con una entidad local, lo que genera una clara discriminación.”*

En este sentido, en la recentísima **Resolución 053/2023 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias**, en la que se estima el recurso interpuesto por esta mercantil en relación a una licitación con varios lotes, entre ellos, otorgando hasta 37 puntos como criterio de adjudicación por experiencia del letrado con “empresas públicas”:

*“Al margen de lo expuesto, no desconoce este Tribunal las particularidades del régimen de las sociedades mercantiles públicas en lo que afecta a la contratación del personal, exigiendo la legislación aplicable que se articule mediante un sistema que respete los principios de mérito, capacidad e igualdad. Sin embargo, la sujeción de éstas en su relación con los trabajadores al Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y su normativa concordante, es indudable. Es por ello, que la mera alegación de gozar las “empresas públicas” de un régimen específico, sin mayor argumentación, no resulta suficiente motivación para admitir únicamente como criterio de adjudicación la experiencia en litigios laborales, como letrados de*

*sociedades mercantiles públicas, pues la misma aptitud que es predicable de éstos, la posee cualquier letrado, que haya actuado en el ámbito laboral y ante la Jurisdicción Social.*

*En cualquier caso, aun admitiendo, de justificarse adecuadamente, que la experiencia sea en litigios laborales donde una de las partes sea una “empresa pública”, lo que, en ningún caso, puede encontrar amparo en la legislación contractual es que la experiencia sea exigida como letrado de las “empresas públicas”, pues se dispone de ésta independientemente de que la actuación sea realizada en representación de la “empresa pública” o de cualquier trabajador o tercero, pues la misma aptitud tiene un letrado que demanda que otro que defiende.*

*Otorgando el PCAP al establecer el criterio de adjudicación analizado ventaja al licitador que posee experiencia como letrado de “empresas públicas” debe ser aceptado el motivo de impugnación por resultar discriminatorio y afectar a los principios de libertad de concurrencia y de igualdad, en tanto que la influencia en la calidad de la prestación puede acreditarse también mediante experiencia en servicios prestados al sector privado y al resto del sector público, igualmente afectado por la normativa laboral.”*

No hemos encontrado tampoco justificación suficiente para establecer este criterio de adjudicación, de acuerdo con la exigencia en cuanto a la debida justificación recogida en el artículo 116 LCSP.

La importancia de justificar los criterios de adjudicación adecuadamente ha sido expresamente puesta de manifiesto en la **Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León núm. 15/2019, de 14 de febrero**, que razonó así la nulidad, incluso por falta de justificación de la puntuación, ponderación o peso atribuido a un criterio en cuestión:

*“«... el informe del órgano de contratación no justifica de un modo suficiente, ni tan siquiera realiza ningún tipo de argumentación al respecto, sobre la conveniencia de la utilización de tal criterio de adjudicación en el contrato examinado, ni sobre el modo genérico en el que aparece previsto en los pliegos. Por otro lado, el determinante peso que se atribuye a tal criterio 20 puntos por la simple utilización de tal formato podría suponer una limitación no justificada de*

*la concurrencia, y del fomento del acceso de las PYMES a la contratación. Por ello, de preverse tal criterio de adjudicación en los nuevos pliegos que se redacten el órgano de contratación deberá proceder con la máxima diligencia, justificando, en su caso, la utilización de tal criterio, y valorando de forma suficientemente ponderada la puntuación relativa que pudiera merecer tal criterio en los términos expuestos».*”

En el mismo sentido se ha pronunciado la **Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 184/2018, de 29 de octubre:**

*“En lo que se refiere a los criterios de adjudicación, no cabe dar por justificada la elección de los mismos por el mero hecho de que se encuentren relacionados en el apartado 7 de la ya citada memoria justificativa, sin detallar motivación alguna, en especial en lo que se refiere a los de carácter cualitativos, puesto que de ningún modo queda aclarada, ni la oportunidad de tenerlos en cuenta como indicadores para determinar cuál es la mejor oferta, ni la de la ponderación que se les otorga a cada uno de ellos”.*

Todo lo anteriormente expuesto puede verse perfectamente reflejado en la **Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Canarias 276/2022, de 8 de noviembre:**

*“Dicho lo cual, este Tribunal aprecia que la falta de motivación en el expediente impide analizar la propia confección de los criterios, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de afectación significativa, a lo que se une que el criterio C1 conlleva la exigencia de que los servicios acreditados sólo puedan ser de un destinatario que sea una autoridad portuaria, ente público, es discriminatorio y afecta a los principios de libertad de concurrencia y de igualdad.*

(...)

*Confección del criterio en sí misma y falta de motivación en la memoria a integrar el expediente de contratación que conlleva la estimación del presente motivo referido al criterio C1, en tanto el mismo queda incurso en el supuesto de anulabilidad de derecho administrativo establecida en el artículo 40.b) de la*

LCSP, que se refiere a “todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier administración”. Téngase en cuenta que este precepto es una especificación del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que un criterio de adjudicación otorgue ventajas injustificadas a ofertas que aportan ventajas sustancialmente iguales. (...)” Dando lugar a que el motivo de impugnación deba ser aceptado y anulada la cláusula respecto del criterio C1, en tanto no cabe que la experiencia a valorar sea exclusivamente la referida a la defensa y representación de las autoridades portuarias, tal y como solicita el PCAP, en tanto la influencia en la calidad de la prestación que implica que el personal que la ejecute haya realizado anteriormente tareas similares ( artículo 145.2.2º de la LCSP) puede acreditarse también mediante servicios prestados al sector privado y al resto del sector público, igualmente afectado por la normativa del derecho administrativo y tributario y propia de la autoridad portuaria, objeto del contrato.”

Por tanto, como hemos podido comprobar a través de las distintas resoluciones mencionadas, la puntuación tan alta establecida como criterio de adjudicación respecto a aquellos licitadores que cuenten con experiencia previa con el sector público es totalmente desproporcionada y contraria a derecho, máxime en aquellos casos en los que no se encuentra debidamente justificado el establecimiento de dicho criterio.

En virtud de lo expuesto,

**SOLICITO** que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma se sirva admitirlo, y en su virtud, tenga por formulado **RECURSO DE ALZADA** contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del procedimiento de contratación de los “Contrato de servicios de asesoramiento contable, fiscal, laboral y mercantil” para la Fundación para la Investigación e Innovación Biomédica en Atención Primaria, con número de expediente PA 1/2023, y dicte resolución por la que declare contrarios a Derecho, anulando y dejando sin efecto los Pliegos aquí impugnados, así como el resto de los actos administrativos dictados en cumplimiento de los mismos, como consecuencia

de declarar nulo, *ex arts.* 1, 40, 116, 132 y 145 LCSP las cláusulas 7 y 9.2.2. del PCAP por exigir: experiencia con entidades pertenecientes al sector público, como solvencia mínima para poder optar al contrato, así como criterio de adjudicación.

**OTROSÍ PRIMERO DIGO-.** Al amparo de lo dispuesto en los artículos 51.1 y 49 de la LCSP se solicita la medida provisional de suspensión del procedimiento, por entender que de no acordarse la medida se causaría perjuicios de difícil reparación.

Esta suspensión se justifica de la siguiente manera: el hecho de no suspender este procedimiento de licitación supone la continuación de todas las actuaciones relativas al presente expediente, lo que significaría no solo la presentación de proposiciones, sino también la apertura de sobres y posible adjudicación del contrato y ejecución de los servicios.

Sin embargo, si el recurso prospera (ya sea en esta vía administrativa, ya en la posible vía contenciosa), la ejecución de la resolución, o de la sentencia en su caso, sería de muy costoso o incluso de imposible cumplimiento, toda vez que cabe la posibilidad de que, en caso de seguir tramitándose el expediente administrativo derivado del acto cuya suspensión aquí se solicita, se haya finalizado ya la ejecución del servicio.

En caso de considerarse por quien en cada caso corresponda que las alegaciones vertidas en el cuerpo de este escrito son conformes a Derecho y desvirtúan lo establecido en el acto de la Administración recurrida, ello supondría que se haya podido apartar de la correspondiente licitación a un contratista que cumplía los requisitos legalmente establecidos.

La posibilidad, pues, de que se cumpla la normativa aplicable en cada caso, quedaría cercenada, con evidente incumplimiento por la Administración recurrida de los principios más fundamentales en contratación administrativas, como son los de publicidad, concurrencia igualdad y no discriminación (artículo 1 LCSP).

**OTROSÍ PRIMERO SOLICITO-.** Que se tenga por realizada la anterior manifestación y, en su virtud, se acuerde la suspensión del presente expediente de contratación.

**OTROSÍ SEGUNDO DIGO-.** Se designa a efectos de notificaciones, la dirección de correo electrónico [licitaciones@unive.es](mailto:licitaciones@unive.es)

**OTROSÍ SEGUNDO SOLICITO-**. Que se tenga por realizada la anterior manifestación y, en su virtud, se considere designado, a efectos de notificaciones, la dirección de correo [licitaciones@unive.es](mailto:licitaciones@unive.es)

En Madrid, a 17 de julio de 2023

Fdo. Mariano Carlos Hernández Arranz

*Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L.*