



EB 2022/041

Resolución 92/2022, de 1 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.H.R. (abogado) contra los pliegos del contrato de “Servicio de asesoramiento jurídico ordinario de alcaldía, gobierno municipal, área de urbanismo y secretaría en todas las materias de derecho administrativo general y derecho local”, tramitado por el Ayuntamiento de Orozko.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 7 de marzo de 2022 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto don L.H.R. (abogado) contra los pliegos del contrato de “Servicio de asesoramiento jurídico ordinario de alcaldía, gobierno municipal, área de urbanismo y secretaría en todas las materias de derecho administrativo general y derecho local”, tramitado por el Ayuntamiento de Orozko.

SEGUNDO: El mismo día 7 de marzo, este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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). La citada documentación se recibió el día 8 de marzo.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 006/2022, de 15 de marzo, este OARC / KEAO acordó suspender provisionalmente el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No se han personado en el procedimiento interesados diferentes del recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de L.H.R. que actúa en su nombre. En lo que respecta a la legitimación, este OARC / KEAO considera que el recurrente carece de ella en lo que respecta al motivo impugnatorio principal del recurso, consistente en que el Ayuntamiento no puede contratar las prestaciones objeto del contrato porque implican el desempeño de funciones públicas cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los funcionarios públicos, por las siguientes razones:

- 1) El presupuesto procesal de la legitimación ha de ser interpretado con flexibilidad y los principios antiformalista y “*pro actione*” deben inspirar la apreciación del cumplimiento de los requisitos legales exigidos para obtener una respuesta sobre el fondo de la pretensión (ver, por ejemplo, sentencia del Tribunal Constitucional 104/1997).
- 2) El artículo 48 de la LCSP, referido a la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, establece una legitimación amplia, debido a que están legitimados para formular el recurso no sólo los operadores económicos interesados en la adjudicación del contrato (ver, en este sentido, las Resoluciones 155/2020 y 76/2021 de este OARC / KEAO) sino también “ (...) cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”



- 3) Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido, la Resolución 126/2020) que el concepto de “interés legítimo” exige que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta. Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio tangible (ver, en este sentido la Resolución 92/2016).

- 4) Lo expresado en los apartados anteriores implica que para resolver sobre la legitimación se debe atender a las circunstancias de hecho concurrentes y al interés invocado por el recurrente respecto de la decisión recurrida. En el supuesto que nos ocupa, la pretensión del recurso consiste en la anulación de los pliegos del contrato por considerar que su objeto implica el desempeño de funciones públicas cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los funcionarios públicos. En definitiva, el recurrente impugna la decisión de contratar y alega que las prestaciones a contratar debieran realizarse por personal funcionario del propio poder adjudicador. No obstante, este argumento choca frontalmente con el que aduce para sustentar su legitimación, consistente en un hipotético interés en presentarse a la licitación, que se revela como una alegación incoherente en vista de que lo que pretende es que los servicios objeto del contrato se presten con los medios propios del Ayuntamiento. Consecuentemente, con independencia de si puede estimarse o no la cuestión de fondo planteada, lo cierto es que la declaración jurídica pretendida por el recurrente no le coloca en una situación de obtener ningún tipo de beneficio en su propia esfera, y convierte sus argumentos en una mera defensa de la legalidad insuficiente para sustentar un título legitimador para interponer el recurso especial (ver, en este sentido, la Resolución 67/2015 de este OARC / KEAO).



Por el contrario, y dado que el resto de cuestiones planteadas pueden ser consideradas subsidiarias respecto a la principal, se procede a su examen.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Orozko tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:



- a) Aún admitiendo que las prestaciones pudieran ser satisfechas a través de un contrato público, los pliegos debieron incluir las determinaciones relativas a la Instrucción sobre buenas prácticas de contratación aplicables a los contratos de servicios.
- b) Existe contradicción entre el PPT y el PCAP en lo relativo al importe de la cobertura mínima del seguro de responsabilidad civil que se requiere.
- c) En los pliegos existe una contradicción relativa a la exigencia del perfil lingüístico (PL). Por un lado, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) exige que al menos dos de las personas adscritas al contrato cuenten con el PL2, mientras que por otro, en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) dicha exigencia se limita a uno de los medios humanos propuestos.
- d) La experiencia a valorar como criterio de adjudicación no es la del personal adscrito a la ejecución del contrato, sino la de la empresa licitadora.
- e) Finalmente, solicita la anulación de los pliegos y, subsidiariamente, que se revoque de oficio el acuerdo de aprobación del expediente de contratación en cuyo caso se desistiría del recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Orozco se opone al recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

- a) El servicio a contratar no puede ser atendido con los medios personales de los que este Ayuntamiento dispone actualmente, por lo que, ante la imposibilidad de incrementarlos, se precisa recurrir a su contratación externa mediante una licitación pública.



b) La discordancia aludida respecto de la cobertura exigida en el seguro no existe toda vez que en el PCAP se recoge el importe de cobertura mínima de carácter general exigido por el Consistorio en esta tipología de expedientes, mientras que la cobertura adicional solicitada para este caso concreto pretende ampliar el mínimo requerido para la licitación por el mayor riesgo que una deficiente prestación del servicio de asesoramiento jurídico supone.

c) El Anexo VI del PCAP- ADSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE MEDIOS AL CONTRATO se solicita que, al menos, uno de los miembros del equipo propuesto cuente con una experiencia mínima acreditada de 2 años asesorando a otras Administraciones públicas. Por otro lado, dentro de los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas, automáticas, en el apartado relativo a la experiencia se señala: “Se asignarán los siguientes puntos por cada año de asesoramiento a la administración pública -entiéndase de forma adicional al mínimo establecido en la solvencia técnica que es de 2 años- en los campos/materias objeto de prestación.”

d) El Ayuntamiento ha incurrido en un error respecto de la discordancia entre los medios personales de adscripción obligatoria exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) respecto del perfil lingüístico, a raíz de un cambio de última hora que pretendía flexibilizar el requisito de que los dos recursos humanos acreditaran el nivel requerido de euskera en aras a ampliar la concurrencia al expediente. Por este motivo, se reconoce el error y se propone al OARC / KEAO la retrotracción de las actuaciones hasta el momento de publicación del anuncio y de los propios pliegos rectores del expediente.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Al margen de la alegación genérica sobre la necesidad de incluir en el contrato las determinaciones de la Instrucción sobre buenas prácticas de contratación aplicables a los contratos de servicios, que no contiene una identificación e impugnación de las concretas cláusulas contractuales que la vulneran por lo que no se puede considerar una verdadera impugnación (ver, en este sentido la



Resolución 220/2019 de ete OARC / KEAO), el recurrente solicita la anulación de varias cláusulas contractuales. En concreto, (i) el criterio de adjudicación relativo a la experiencia, (ii) la contradicción existente entre varias cláusulas en lo relativo al número de personas a las que se exige la acreditación del PL2 y (iii) la contradicción en la póliza de seguro exigible.

A la vista del recurso, del informe del poder adjudicador y de la documentación que consta en el expediente de contratación remitido, las valoraciones de este OARC / KEAO sobre el debate suscitado son las siguientes:

- a) Sobre la acreditación el error en lo relativo al número de personas que deben acreditar el PL 2

El poder adjudicador reconoce en su informe que existe un error en cuanto al número de personas adscritas al contrato que deben acreditar estar en posesión del PL2 (una persona según el Anexo VI del PCAP y dos personas según el PPT). Consecuentemente, una vez reconocida la evidente contradicción en la información contractual únicamente cabe estimar este motivo de impugnación, dado que el principio de transparencia se opone a que los pliegos contengan información errónea (como lo reconoce el poder adjudicador).

- b) Sobre el criterio de adjudicación relativo a la experiencia

El criterio de adjudicación impugnado (“Experiencia”), figura redactado de la siguiente manera en los pliegos de la licitación:

ANEXO XII. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS EVALUABLES MEDIANTE CIFRAS Y PORCENTAJES (SOBRE TRES)

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS, PONDERACIÓN TOTAL 66 PUNTOS

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: EXPERIENCIA

PONDERACIÓN: 40 puntos (max)

FÓRMULA: Se asignarán los siguientes puntos por cada año de asesoramiento a la administración pública -entiéndase de forma adicional al mínimo establecido en la solvencia técnica que es de 2 años- en los campos/materias objeto de prestación



Menos de 2.000 habitantes	2 puntos por cada año
Entre 2.000 y 5.000 habitantes	4 puntos por cada año
Más de 5.000 habitantes	3 puntos por cada año

Para acreditar la experiencia se aportará contrato de adjudicación del servicio o certificación acreditativa de la administración contratante de haber prestado el servicio de asesoramiento a plena satisfacción de la misma indicando el periodo de duración al que se refiera así como el objeto de la prestación.

La literalidad de la cláusula es confusa y conduce a error en lo referente a quién debe acreditar la experiencia a valorar por las siguientes razones:

- 1) La cláusula no identifica quien debe acreditar la experiencia a valorar, si el personal que el licitador se compromete a adscribir a la ejecución del contrato o el propio licitador. Su literalidad no determina a quién debe pertenecer la experiencia a valorar, ni quién debe aportar los certificados de buena ejecución, limitándose a señalar que el objeto de la valoración es el asesoramiento.
- 2) El criterio de adjudicación especifica que la experiencia a valorar es la adicional al mínimo establecido para la solvencia técnica, lo cual conduce a interpretar, en contra de lo alegado por el poder adjudicador, que lo valorable es la experiencia del licitador, que es quien debe acreditar la solvencia técnica o profesional exigida para participar en el procedimiento de adjudicación (Anexo V al PCAP y artículo 90.1.a) de la LCSP), y no la del personal adscrito a la ejecución del contrato.
- 3) Finalmente, la literalidad del criterio contiene una referencia errónea al cómputo de la experiencia evaluable al especificar que ésta es la adicional a los dos años establecida para la solvencia técnica, cuando el tiempo de experiencia a acreditar en dicho requisito de aptitud según lo dispuesto en el Anexo V al PCAP es de tres años. El plazo de dos años es la



experiencia mínima que se solicita al personal que el licitador se compromete a adscribir a la ejecución del contrato, pero ésta se exige en una estipulación (anexo VI del PCAP) diferente a aquella que contiene la información relativa a la solvencia técnica o profesional a la que expresamente se remite el criterio de adjudicación.

La conclusión a todo ello es que, el criterio de adjudicación es anulable por varios motivos:

- 1) En primer lugar, nos hallamos ante una cláusula oscura que requiere de interpretación, lo cual es incompatible con un criterio de adjudicación automático valorable mediante la aplicación de una fórmula que, como reiteradamente ha manifestado este OARC / KEAO, no se interpreta, sino que se aplica en sus términos (ver, en este sentido, las Resoluciones 70/2014 y 26/2018).
- 2) En segundo lugar, porque la interpretación sistemática conduce a considerar que la experiencia valorable es la del licitador, lo cual no es aceptable. Téngase en cuenta que el artículo 145.2. 2º de la LCSP permite valorar la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo. Ello se debe a que la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia y su formación, lo cual puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, y por lo tanto ser utilizada, en estos casos, como criterio de adjudicación (ver en este sentido las Resoluciones del OARC / KEAO 189/2019 y 61/2020 y la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204), pero no la experiencia de la empresa porque, como es bien conocido, la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar el contrato que se ha de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes que se rigen por



normas diferentes (STJUE asunto C- 7/9 31/87, sentencia Beentjes, EU:C:1988:422, apartados 15 y 16).

c) Sobre la contradicción en las cláusulas que especifican la cobertura mínima del seguro de responsabilidad civil

La contradicción alegada es la que figura en la cláusula 2.2.5.1 del PCAP y la cláusula 8 del PPT, que dicen lo siguiente:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

2.2.5.1. SOBRE Nº UNO. TITULO: DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

(...)

10°. Documentación acreditativa de la contratación del seguro de responsabilidad civil], con un mínimo de cobertura de 300.000,00 €.-

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

(...)

8." OBLIGACIONES DEL/DE LA CONTRATISTA

(...)

El/la adjudicatario/a deberá tener suscrito un seguro de responsabilidad civil, por riesgos profesionales, con una cobertura mínima de 600.000 anuales y 600.000 euros por siniestro.

A juicio de este OARC / KEAO no se aprecia la contradicción alegada dado que ambas cláusulas se refieren a momentos diferentes del procedimiento de adjudicación y tienden a verificar o asegurar finalidades distintas. Así, mientras que el seguro de responsabilidad civil con una cobertura de 300.000 euros tiene por finalidad verificar la solvencia económica y financiera del licitador (artículo 87.1.b) de la LCSP), la exigida al contratista tiene por finalidad asegurar la correcta ejecución del contrato (si bien referida a la solvencia técnica o profesional, la STJUE, asunto C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700, apartado 84, considera que la Directiva 2014/24 no excluye que las prescripciones técnicas puedan entenderse a la vez como criterios de selección relativos a la capacidad



técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato).

La conclusión a todo ello es que no se observa la contradicción alegada y el recurso debe ser desestimado en este punto, ya que para participar en el procedimiento de adjudicación el licitador deberá tener suscrita una póliza de responsabilidad civil con una cobertura mínima de 300.000,00 €.-, pero durante la ejecución del contrato los riesgos cubiertos se deberán extender a los riesgos profesionales y la cobertura ampliarla hasta un mínimo de 600.000 €.

d) Conclusiones

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, la impugnación de la decisión de contratar ha de inadmitirse por falta de legitimación, mientras que el resto del recurso ha de estimarse parcialmente. En concreto, se han de anular

- La mención al menos uno de ellos deberá disponer del Perfil lingüístico de Euskera 2, del Anexo VI del PCAP y la mención De los medios personales que se adscriban a la ejecución del contrato al menos dos de ellos deberán disponer del Perfil lingüístico de Euskera 2 de la cláusula 4 del PPT, por contradictorias.
- El criterio de adjudicación “Experiencia” del Anexo XII del PCAP.

La anulación del criterio de adjudicación conlleva la cancelación de la licitación debido a que la normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso especial se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso (ver, por ejemplo, la resolución 189/2019 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, así como el artículo 57.2 de la LCSP).



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.H.R. (abogado) contra los pliegos del contrato de “Servicio de asesoramiento jurídico ordinario de alcaldía, gobierno municipal, área de urbanismo y secretaría en todas las materias de derecho administrativo general y derecho local”, tramitado por el Ayuntamiento de Orozko, en los términos señalados en el apartado d) del Fundamento jurídico octavo de esta Resolución, cancelando la licitación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko ekainaren 1a

Vitoria-Gasteiz, 1 de junio de 2022