



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 133/2017

Acuerdo 119/2017, de 28 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA, frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de octubre de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación del procedimiento denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza. El mismo anuncio fue publicado el 7 de noviembre en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza (BOPZ).

Se trata de un contrato de servicios licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 2 269 440 euros, IVA excluido.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el 4 de diciembre de 2017.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación, establece en la cláusula 3.3, en relación con las mejoras de recursos humanos, lo siguiente:

«3.3. Experiencia del personal propuesto para prestar el servicio (hasta 20 puntos):

Teniendo en cuenta los mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas:

El Director/ responsable del Servicio: mínimo 4 años de experiencia, un punto por cada año de experiencia más hasta 5 puntos.

El Responsable del Centro de Atención, mínimo 4 años de experiencia, un punto por cada año de experiencia más hasta 5 puntos.

El Coordinador, mínimo 3 años de experiencia, un punto por cada año de experiencia más hasta 5 puntos.

Si un 50% de los teleoperadores adscritos al servicio, tiene dos años más de experiencia respecto del mínimo (dos años), se otorgarán 5 puntos».

TERCERO.- El 20 de noviembre de 2017 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. José Alberto Echevarría García en nombre y representación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza.

El 17 de noviembre la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

- a) Que entre los criterios evaluables se establece el incremento de experiencia profesional respecto del mínimo previsto, en relación, entre otros, con el coordinador y los teleoperadores adscritos. Sin embargo, tanto el coordinador como los teleoperadores constituyen personal de subrogación obligatoria para el nuevo adjudicatario por lo que necesariamente deberán asumirse por los licitadores las circunstancias del personal que presta el servicio sin que puedan ofertarse años de experiencia distintos de los actuales.
- b) Que, en consecuencia, ese criterio de adjudicación o bien es un criterio inútil o bien un elemento de falseamiento de la competencia ya que si ofertan una experiencia distinta no podrán cumplir con dicha mejora al deber subrogar, con carácter obligatorio, a personal con experiencias distintas a las ofertadas.
- c) Que la jurisprudencia rechaza la introducción de criterios de valoración relativos a la experiencia del personal adscrito al servicio salvo que se justifique que el equipo propuesto es una característica intrínseca de la oferta directamente vinculada con la satisfacción del objeto del contrato, como puede ocurrir en el caso de servicios de carácter intelectual, de formación o consultoría, en los que la composición del equipo es relevante, pero no en un caso como éste.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por todo lo anterior, solicita se anule el criterio de adjudicación previsto en el apartado 3.3 del PCAP, en lo relativo a la mejora de la experiencia del coordinador y de los teleoperadores propuestos.

CUARTO.- El 21 de noviembre de 2017, el Tribunal solicita a la Diputación Provincial de Zaragoza, en el plazo de dos días hábiles, la remisión del expediente de contratación completo, así como del informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. El 24 de noviembre tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

QUINTO.- No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; por tratarse de un recurso especial sobre los pliegos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación.

El interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con sus Estatutos. Y esta es la doctrina general de este Tribunal administrativo. Basta



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

recordar nuestro Acuerdo 66/2014, de 10 de noviembre, que indica que *«Conforme a la doctrina ya consolidada por este Tribunal administrativo en relación a la legitimación activa en los supuestos de interesados que representan intereses colectivos —entre otros, Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, relativo a la Asociación Plataforma de Empresarios Hosteleros de Aragón; Acuerdo 52/2014, de 11 de septiembre, frente a recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Montes; y Acuerdo 58/2014, de 1 de octubre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón—, se otorga legitimación a los Colegios Profesionales, para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que debe presidir el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, de conformidad con sus Estatutos»*. Criterio reiterado recientemente en nuestro Acuerdo 62/2017.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas). El recurso se plantea en tiempo y forma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- La cuestión de fondo del recurso se circunscribe a analizar la validez de la cláusula 3.3 del PCAP que otorga puntuación por la experiencia del personal a partir de un mínimo exigido.

Conviene recordar la argumentación jurídica en relación a la ilegalidad de un criterio de adjudicación vinculado a la experiencia que se recoge en nuestro Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo, que tuvo lugar sobre un criterio de valoración muy parecido al que es ahora objeto de recurso.

En dicho acuerdo concluíamos que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación, tal y como vino a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (GAT). La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia —del Tribunal General— mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia.

El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«selección cualitativa». Y recuerda que: *«los apartados 30 a 32 de la sentencia Lianakis y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España»* (apartado 36).

Criterio consolidado igualmente en España por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002); o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (Sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000; Sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002; Sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000; Sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; Sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003, Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La Sentencia de 31 octubre 2014 insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación, por ser contrario al Derecho europeo y al principio de competencia.

Cuestión distinta es que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y para ello resulten relevantes los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13 (en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación); que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, incorporado ahora en el artículo 145 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia.

En este contrato no se está valorando la calidad del personal que pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución, sino que se valora la experiencia a partir de un determinado año para el personal (coordinador y los teleoperadores) adscrito a la prestación del servicio; figuras para las que, a la vista de las prestaciones objeto del contrato,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

no se aprecia que concurra en ellas los condicionantes establecidos en la Directiva y traspuestos ahora en la Ley 9/2017.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso, debiendo eliminarse el criterio impugnado en el nuevo procedimiento de licitación que se convoque. Y anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria TJUE), —que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento, conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».

En definitiva, como se afirma en nuestros Acuerdos 86/2015 y 21/2016, la anulación de un criterio de adjudicación, o de las normas para su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

valoración, obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por D. José Alberto Echevarría García en nombre y representación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza y anular la licitación por existir un criterio de adjudicación ilegal.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- La Diputación Provincial de Zaragoza deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo 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 la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.