

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

En Madrid, a 12 de enero de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Dewey Consulting Group S.L. (en adelante, “DEWEY”), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir el contrato de “Consultoría y asistencia técnica para la preparación de la licitación del expediente de concesión de obras para la construcción, conservación y explotación de la Ciudad de la Justicia de Madrid”, Número de referencia: A/SER-034383/2020”, licitado por la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fecha 23 de diciembre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 390.356,06 euros, con un plazo de ejecución de 12 meses.

**Segundo.-** El 29 de diciembre de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de DEWEY, contra los Pliegos del contrato de referencia.

**Tercero.-** El 30 de diciembre del 2020, el Órgano de contratación remitió al expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa potencial licitadora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron publicados el 23 de diciembre de 2020, interponiéndose el recurso el 29 de diciembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

**Quinto.-** A efectos de la resolución del presente recurso conviene destacar que la cláusula 9 (2.2) del PCAP valora la experiencia del equipo adscrito al contrato del siguiente modo:

“(…)

*2.2. Experiencia del equipo adscrito: ..... Hasta 41 puntos*

*2.2.1 Hasta 25 puntos por tener el director del proyecto experiencia en proyectos de Asociación Público-Privada (APP) y haber participado en proyectos adjudicados de APP:*

- *Experiencia superior a 10 años e inferior a 12 años: 4 puntos.*
- *Experiencia igual o superior a 12 años e inferior a 14 años 8 puntos.*
- *Experiencia igual o superior a 14 años: 12.5 puntos.*
- *Haber participado en hasta 2 proyectos adjudicados de APP: 4 puntos.*
- *Haber participado en hasta 3 proyectos adjudicados de APP: 8 puntos.*
- *Haber participado en hasta 4 proyectos adjudicados de APP: 12.5 puntos.*

*2.2.2 Hasta 16 puntos por tener el experto Legal del proyecto experiencia en proyectos de Asociación Público-Privada y haber participado en proyectos, adjudicados, de APP:*

- *Superior a 10 años e inferior a 12 años: 4 puntos.*
- *Igual o superior a 12 años e inferior a 14: 6 puntos.*
- *Igual o superior a 14 años: 8 puntos.*

- *Haber participado en hasta 2 proyectos adjudicados de APP: 4 puntos.*
- *Haber participado en hasta 3 proyectos adjudicados de APP: 6 puntos.*
- *Haber participado en hasta 4 proyectos adjudicados de APP: 8 puntos.*

*\* Se entiende como experiencia en un proyecto de Asociación Público-Privada cualquier actividad realizada para licitar un contrato de concesión para el sector público, así como cualquier actividad relativa a cualquier tipo de infraestructura cuya retribución al concesionario incluya un pago de la Administración sujeto al cumplimiento de indicadores de calidad y servicio y que traslade este riesgo al concesionario, en los últimos 20 años.*

*La acreditación de la experiencia se realizará mediante la presentación contratos de trabajo o certificado expedido por la entidad contratante en el que conste el objeto del contrato, su duración y la ausencia de causas de despido objetivo o disciplinario.*

*La acreditación de la participación en proyectos adjudicados de APP (los cuales deberán tener el cierre comercial y, estar bajo pago por disponibilidad donde se haya justificado la no consolidación de la inversión en el balance de la Administración Pública según el criterio de EUROSTAT), se realizará mediante la aportación de un certificado de buena ejecución de cada proyecto, en el conste la siguiente información:*

*Objeto*

*Año de realización*

*Poder adjudicador*

*Inversión mínima*

*País de ubicación de la obra”.*

El recurrente considera que la citada cláusula es contraria a Derecho por cuanto valora la experiencia solamente con la Administración Pública, otorgando 41 puntos en ese apartado. Fundamenta su alegación en el artículo 40 b) de la LCSP que considera anulables *“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”.*

Subsidiariamente a lo anterior, alega que la forma en que se exige acreditar la experiencia es también ilegal ya que hay una duplicación en acreditar la misma experiencia entre número de años y número de proyectos, restringe de forma injustificada la experiencia a que los proyectos hayan sido adjudicados (cuya decisión no depende del asesor), discrimina aquellas APP con riesgo de demanda y autosostenibles, y exige un formato de los certificados de buena ejecución muy específico que no son un estándar en la industria y que seguramente responde a la plantilla de alguna determinada consultora.

Por su parte, el Órgano de contratación considera que no se otorgan ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración, sino que la experiencia es requerida no respecto de la empresa sino de los medios personales que se adscriban al contrato, y así se refleja en la cláusula 7 del PCAP, en el apartado relativo al *“Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales: De conformidad con lo establecido en el artículo 76.2 de la L.C.S.P, los licitadores deberán presentar compromiso de adscribir los medios personales a través de la declaración responsable del Anexo X, en el SOBRE Nº 1 DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.*

*El equipo técnico mínimo adscrito a los trabajos estará compuesto por los siguientes:*

- a) Director del proyecto. Licenciado en Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales o Ingeniería, con una experiencia mínima de 10 años en proyectos de colaboración público - privada.*
- b) Experto legal. Licenciado en Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales o Arquitectura, con una experiencia mínima de 10 años en proyectos de colaboración público privada.*
- c) Experto urbanista. Licenciado en Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales o Arquitectura, con una experiencia mínima de 10 años en desarrollo de proyectos de colaboración público privada.*
- d) Experto en Real Estate (definición de planes de negocio). Licenciado en Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales o Arquitectura, con una experiencia mínima de 10 años en desarrollo de proyectos inmobiliarios.*

- e) *Experto en operaciones de financiación para el sector de infraestructuras. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, con una experiencia mínima de 10 años en modelización financiera de proyectos de colaboración público privada.*
- f) *Experto en auditoría y en contabilidad. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, con una experiencia mínima de 10 años.*
- g) *Experto en fiscalidad. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, con una experiencia mínima de 10 años.*

(...)

*Esta obligación de adscripción de medios personales tiene carácter de obligación esencial a los efectos del art 211.1.f.) de la LCSP. El incumplimiento de esta obligación esencial podrá dar lugar a la resolución del contrato.”*

En base a ello, el Órgano de contratación sostiene que *“la valoración de la experiencia en proyectos de colaboración público-privada requerida al director del proyecto y al experto legal que se adscriban al contrato se considera obligación esencial del mismo y se establece en un mínimo de 10 años. Por consiguiente, el que se valore en la cláusula 9.2.2. del PCAP una experiencia superior en Proyectos de Asociación Público-Privada, es acorde con lo establecido en el Pliego”*.

Concluye señalando que valorar de manera positiva una experiencia superior a la mínima exigida en la cláusula 7, tal como se recoge en la cláusula 9.2.2. se considera que se adapta a la relevancia del servicio, siendo un valor añadido a la ejecución del contrato, reiterándose el hecho fundamental, de que la experiencia no se exige a la empresa licitadora si no a los medios personales que vaya a adscribir al contrato

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 145.2 de la LCSP, que recoge la posibilidad de valorar la experiencia de los equipos propuestos: *“Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6*

*de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) 2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.*

Así mismo, el propio TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204 ha admitido la posibilidad de que la experiencia pueda ser valorada como criterio de adjudicación en los contratos de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, en siguiente sentido:

*“31 La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación.*

*32 Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría.*

*33 Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.*

*34 Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate”.*

Por tanto, no se plantean dudas respecto a la admisión de la experiencia, en un contrato de las características del que tratamos, de la experiencia como criterio de valoración, quedando únicamente por dilucidar si los términos en que está redactada la cláusula objeto de recurso atenta al principio de igualdad y no discriminación de los licitadores.

En este sentido, la valoración de la experiencia y la participación en proyectos de APP se refiere únicamente al director del proyecto y al experto legal, para los que

se exigía una experiencia mínima de 10 años en proyectos de colaboración público privada. Se valora, por tanto, un plus de experiencia superior al mínimo exigido en el PCAP.

Por otro lado, el propio PCAP recoge una definición de lo que entiende como experiencia en un proyecto de Asociación Público-Privada, considerando como tal cualquier actividad realizada para licitar un contrato de concesión para el sector público, así como cualquier actividad relativa a cualquier tipo de infraestructura cuya retribución al concesionario incluya un pago de la Administración sujeto al cumplimiento de indicadores de calidad y servicio y que traslade este riesgo al concesionario, en los últimos 20 años.

Se aprecia, por tanto, un concepto de experiencia lo suficientemente amplio para entender que no supone una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación.

Por tanto, el criterio de valoración objeto de controversia se considera ajustado a derecho, al cumplir los requisitos previstos en el artículo 145.5 de la LCSP.

Respecto a la alegación formulada por el recurrente respecto a la ilegalidad de la forma en que se exige acreditar la experiencia, en cuanto que el formato exigido (certificados de buena ejecución) es muy específico, no siendo un estándar en la industria y que seguramente, a su juicio, responde a la plantilla de alguna determinada consultora, el órgano de contratación sostiene que el PCAP no establece un formato determinado, si no que se indica el contenido mínimo de los certificados de buena ejecución, siendo estos datos básicos en cualquier certificado que se emita, ya que lo que se pide que contenga son el objeto, año de realización, poder adjudicador, inversión mínima y el país de ubicación de la obra.

El apartado 9 de la cláusula 1 de PCAP establece *“La acreditación de la experiencia se realizará mediante la presentación contratos de trabajo o certificado*

*expedido por la entidad contratante en el que conste el objeto del contrato, su duración y la ausencia de causas de despido objetivo o disciplinario.*

*La acreditación de la participación en proyectos adjudicados de APP (los cuales deberán tener el cierre comercial y, estar bajo pago por disponibilidad donde se haya justificado la no consolidación de la inversión en el balance de la Administración Pública según el criterio de EUROSTAT), se realizará mediante la aportación de un certificado de buena ejecución de cada proyecto, en el conste la siguiente información:*

*Objeto*

*Año de realización*

*Poder adjudicador*

*Inversión mínima*

*País de ubicación de la obra”.*

Del análisis de la citada cláusula no se aprecia, en contra de lo alegado por el recurrente, una limitación de forma injustificada y arbitraria de la competencia que pudieran favorecer a determinadas consultoras que cuentan con los formatos de dichos certificados de buena ejecución y con un acceso privilegiado a los contratos con la Administración.

Por todo lo anterior, el recurso debe ser desestimado.

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

## **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Dewey Consulting Group S.L., contra el Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares que han de regir el contrato de “Consultoría y asistencia técnica para la preparación de la licitación del expediente de concesión de obras para la construcción, conservación y explotación de la Ciudad de la Justicia de Madrid”, Número de referencia: A/SER-034383/2020, licitado por la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.