

Recurso 251/2019

Resolución 427/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 19 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ROIBÁS ABOGADOS, S.L.P.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de asesoramiento jurídico y defensa letrada en los asuntos judiciales del Ayuntamiento de Trigueros” (Expte. 1004/2019), convocado por el Ayuntamiento de Trigueros (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de junio de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento, día en que asimismo los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las posibles personas interesadas en dicho perfil.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 131.752,68 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 21 de junio de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, procedente del registro electrónico de la Administración General del Estado, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ROIBÁS ABOGADOS, S.L.P. (en adelante ROIBÁS ABOGADOS) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En su escrito de recurso, la recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, mediante comunicación de 21 de junio de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación solicitada fue aportada el 15 y 24 de julio de 2019.

QUINTO. Por Resolución de este Tribunal, de 18 de julio de 2019, se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. Previa petición de 19 de julio de 2019, el órgano de contratación remite el 26 y 30 de julio de 2019 el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efecto de notificaciones.

SÉPTIMO. Con fecha 1 de agosto de 2019, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad BUFETE DE LETRADOS Y ASESORES, C.B. (en adelante BUFETE DE LETRADOS Y ASESORES).

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales



salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Trigueros (Huelva) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, pero ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación 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.»*.

En el supuesto examinado, la recurrente afirma que goza de legitimación activa porque el contenido y consecuencias que se deriven de los pliegos recurridos pueden afectar a sus derechos e intereses legítimos



y por tener la habilitación necesaria para poder licitar. Sobre esto último, este Tribunal entiende que el solo hecho de que las prestaciones que se licitan, o parte de ellas, se incluyan dentro del objeto social de la recurrente o que esta posea la habilitación exigida legalmente no es suficiente, sin ser licitadora, para justificar su legitimación, pues ésta pasa por acreditar que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Así se ha manifestado este Tribunal, entre otras en su Resolución 334/2019, de 18 de octubre.

En este sentido, la recurrente cuestiona el PCAP y ello por entender que en el mismo se incumplen determinados aspectos relacionados con la solvencia técnica o profesional.

Al respecto, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el PCAP restringe sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues precisamente las bases de aquella le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

En este sentido, y por los argumentos expuestos, no es posible admitir el alegato del órgano de contratación en el que manifiesta que la recurrente, que no ha participado en la licitación, no acredita en qué medida se ve afectada por el criterio de solvencia que impugna.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado de 131.752,68 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el PCAP, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, disponen que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, los pliegos se publicaron el 6 de junio de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas en el contenido de los mismos y demás documentos contractuales. En consecuencia, al haberse presentado el escrito de recurso el 21 de junio de 2019 en el registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la cláusula 8.2.2 del PCAP solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación.

La citada cláusula 8.2.2 del PCAP dispone lo siguiente.

«8.2.2. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse por los medios siguientes:

- Se acreditará mediante la titulación académica y profesional del licitador y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato (en caso de resultar adjudicatario un despacho colectivo profesional).*
- Documentación fehaciente de hallarse en situación de ejercicio activo de la abogacía con un mínimo de 15 años completos, del licitador o del Letrado designado responsable de la ejecución del contrato y obligado a la prestación del servicio, acreditado en su momento mediante Certificación de Colegiación como Abogado ejerciente.*



- *Documentación acreditativa de haber actuado como letrado en asuntos litigiosos o procesos CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS, LABORALES O CIVILES, con sentencia recaída al menos en primera instancia, en los que haya defendido a la Administración Pública LOCAL, al menos en 15 procedimientos o litigios de los que al menos 10 lo habrán sido ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.».*

Al respecto, la recurrente señala que como puede observarse, para poder participar en el proceso de licitación, se exige que previamente se hubiese prestado un servicio similar en el que se haya defendido a una Administración Local, lo que impide poder participar a quien hubiese prestado servicios similares en el sector privado, circunstancia que a su juicio supone una clara ventaja para quienes previamente hayan contratado con las entidades locales.

En este sentido, la recurrente, tras transcribir el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y los artículos 39, 40 y 42 de la LCSP, afirma que a tenor de la normativa expuesta ha de concluirse que los pliegos no podrán contener cláusula alguna que pueda conferir, de forma directa o indirecta, alguna ventaja a quien previamente haya contratado con una Administración Pública, so pena de nulidad de todo el procedimiento de licitación.

Asimismo, indica la recurrente que tal exigencia es absolutamente innecesaria atendiendo al objeto del contrato, pues lo importante a efectos de experiencia no es que se haya prestado el servicio a Administraciones Públicas, sino que se haya prestado asesoramiento jurídico y defensa letrada en diversas materias y, especialmente, en derecho administrativo, experiencia que se puede obtener no solo del asesoramiento a entidades públicas, sino también a personas físicas y entidades privadas.

Por último, indica la recurrente que sobre cláusulas similares a la examinada se han venido pronunciado los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, poniendo de manifiesto que este tipo de cláusulas concede una ventaja competitiva a las entidades licitadoras que hayan contratado previamente con la Administración, lo que las convierte en nulas de pleno derecho. Para reforzar su alegato trae a colación la Resolución 163/2018, de 16 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Sentencia 80/2019, de 10 de abril, de la Sección tercera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica con cita del artículo 74.2 de la LCSP que dicho precepto exige que los criterios de solvencia estén vinculados al objeto del contrato y sean proporcionales al mismo. En cuanto a la vinculación, afirma que no existe duda pues se trata de un requisito asociado a la prestación del servicio y en relación con la proporcionalidad señala que es indiferente para alcanzar el criterio de solvencia cuál sea la Administración Local que haya sido defendida porque se integran a todas por lo que no existe discriminación por razón territorial; se incluyen además a las distintas Administraciones Locales porque el núcleo legislativo principal que las rige es común; y ciertamente si se exige que la defensa haya sido de la Administración es porque sin duda ello proporciona su punto de vista y las características propias de quién debe recibir la prestación del servicio licitado, razones todas ellas por las que considera que se trata de un criterio que igualmente es proporcional.

Por último, la entidad BUFETE DE LETRADOS Y ASESORES, como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia.

Al respecto, es necesario traer a colación la Sentencia 80/2019, de 10 de abril, de la Sección tercera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, citada por la recurrente, pues en ella se resuelve un supuesto prácticamente igual al que se examina, en concreto un "servicio de asesoría jurídica, asistencia letrada y defensa en juicio" a un Ayuntamiento. Dice así, en sus fundamentos de derecho primero y segundo:

«Primero.- (...) Cuestionaba esencialmente la entidad demandante el requisito de la solvencia técnica y profesional exigido a los candidatos en el apartado 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares cuyo contenido decía que le había impedido concurrir y participar en la licitación, ya que en dicha cláusula se establecía, literalmente, como requisito mínimo de solvencia técnica y profesional, el haber ejecutado servicios de asesoría jurídica, asistencia letrada y defensa en juicio en los últimos tres años por valor igual o superior al presupuesto de este contrato, que deberían ser acreditados mediante certificados expedidos por o visados por el órgano competente (...), lo que el Ayuntamiento demandado entendía que eran unas condiciones vinculadas al objeto del contrato y proporcionadas a las circunstancias del caso, al considerar lógico que se requiriera al contratista una mínima experiencia de ejercicio profesional en la compleja materia del servicio que había de prestar.



Segundo.- Pero los planteamientos de la sentencia, en los que fundamenta la nulidad de esa cláusula, son los correctos. Y así, aun reconociendo en principio que, a tenor de la ley aplicable que se citaba, la Administración contratante disponía de un cierto grado de discrecionalidad para determinar los requisitos de solvencia técnica y profesional exigible a este tipo de contratos en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se hallaba condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo, entre los que figuraba la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (Art. 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en el art. 45 de la Ley 14/2013 y en el art. 32. D) del TRLCSP [actualmente artículo 40.b) de la LCSP], según los cuales no se podrá otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. 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 hubieran prestado esas funciones, a lo que se opone legalmente -como se dijo- el precepto 32.d) de la Ley ya dicha [actualmente artículo 40.b) de la LCSP], a tenor del cual no puede reconocérsele ninguna ventaja a las empresas que ya hubieran 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 el supuesto examinado, el objeto del contrato -servicio de asesoramiento jurídico y defensa letrada en los asuntos judiciales del Ayuntamiento de Trigueros- es idéntico al analizado en la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -servicio de asesoría jurídica, asistencia letrada y defensa en juicio a un Ayuntamiento-, siendo la cuestión controvertida sustancialmente la misma en ambos casos, esto es exigir como criterio de solvencia técnico o profesional el haber sido contratado por una Administración Local en una serie de materias determinadas.

Así, siguiendo los argumentos de dicha sentencia, que este Tribunal comparte, si bien es cierto que el órgano de contratación conforme al artículo 90 de la LCSP dispone de un determinado grado de discrecionalidad para establecer los requisitos de solvencia técnica o profesional exigible a este tipo de contratos en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se halla condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo y de la contratación, entre los que figura la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre entidades candidatas, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (artículos 1 y 132 de la LCSP y 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en los artículos 45 de la Ley 14/2013 y 40.b) de la LCSP, según los cuales no se podrá otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.



Así las cosas, esa exigencia técnica y profesional es excesivamente restrictiva e incompatible con tales reglas esenciales, en especial con la salvaguarda de la libre competencia, de tal suerte que aunque sea lógico y razonable que se le exija a las entidades licitadoras para un servicio principal de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio una especialización previa y un conocimiento profundo del derecho administrativo, civil y laboral, lo que no cabe es que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, el haber sido contratado por una Administración Local en unas materias determinadas, 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 en un determinado número de procedimientos en un trabajo de asesoría jurídica de las mismas características precisamente habiendo prestado servicios para una Administración Local.

En definitiva, 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 tenido que 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.

En este mismo sentido, se expresa la Resolución 163/2018, de 16 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citada por la recurrente.

Procede, pues, estimar el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ROIBÁS ABOGADOS, S.L.P.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de asesoramiento jurídico y defensa letrada en los asuntos judiciales del Ayuntamiento de Trigueros” (Expte. 1004/2019), convocado por el Ayuntamiento de Trigueros (Huelva) y, en consecuencia, anular dicho pliego en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso, convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 18 de julio de 2019.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

