

Recursos 21/2021 y 29/2021

Resolución 328/2021

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

Sevilla, 16 de septiembre de 2021.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por **M.D.M.P.S.** y por la entidad **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de asistencia letrada, asesoramiento jurídico y defensa en juicios”, licitado por el Ayuntamiento de Albox (Almería), con número de Expediente 18/2020// G6380/2020, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de diciembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 200.000 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Previo aprobación por el órgano de contratación, el 28 de diciembre de 2020, los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de la presente, fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante.

SEGUNDO. El 20 de enero de 2021 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por M.d.P.S. El 21 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L. (en adelante UNIVE). Ambos recursos se interponen contra los pliegos. En su escrito de recurso, las recurrentes solicitan, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.



Acto seguido, el 21 y 22 de enero de 2021, por la Secretaría de este Tribunal se solicita al órgano de contratación, el informe a los recursos¹, así como determinada documentación necesaria para su tramitación y resolución. El expediente junto a alguna de la documentación necesaria para su tramitación y resolución, fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 25 de enero de 2021.

El 4 de febrero de 2021 este Tribunal, mediante resolución, acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente en el recurso 21/2021. La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

Conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado se adoptó en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de Albox (Almería), aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, 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. Acumulación de los recursos 21/2021 y 29/2021.

De conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la LCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (de aplicación a este Tribunal en virtud de las Disposiciones Adicional y Final Primera), así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal observa que el objeto de los recursos citados tienen como pretensión la declaración de nulidad o anulabilidad de la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares, coincidiendo en la motivación. Estima este Tribunal, en virtud de los principios

¹ De idéntico contenido.



de concentración y celeridad procedimental, la conveniencia del examen conjunto de ambos recursos dada su conexión por tener el mismo objeto.

TERCERO. Legitimación activa de las recurrentes.

Según la documentación que obra en el expediente de contratación, (folio 67 del expediente), las recurrentes no han presentado oferta en el procedimiento de licitación pudiéndose cuestionar su legitimación. En este sentido, el primer párrafo del 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, los motivos esgrimidos por las recurrentes denunciando la solvencia técnica exigida ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad.

Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretenden remediar con la interposición de los recursos y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

CUARTO. Objeto del recurso.

Los recursos se interponen contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

QUINTO. Plazo de interposición de los recursos.

Conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el 28 de diciembre de 2020, los pliegos fueron puestos a disposición de las entidades interesadas en el perfil de contratante, por lo que los recursos presentados el 20 y 21 de enero de 2021 en el registro del órgano de contratación, se interpusieron dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: sobre la solvencia expresamente exigida en la cláusula 10 del PCAP, así como su motivación.



1. Argumentos de las recurrentes.

MMPS interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se *“declare la nulidad o anulabilidad, en su caso, de los Pliegos, en lo que respecta a la Cláusula 10, concretamente al apartado 3 de la Solvencia Técnica, folio 8, con los efectos que conlleve en Derecho”*.

UNIVE por su parte interpone el recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se:

“I. Declare contrario (sic) a Derecho, anulando y dejando sin efecto, el acuerdo aquí impugnado, así como el resto de actos administrativos dictados en cumplimiento del mismo.

II. Retrotraiga el expediente de contratación, eliminando las Cláusulas (sic) 10 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, en lo referido a la indebida y excesiva experiencia exigida.

III. Suspenda toda actuación posterior que haya de ser llevada a cabo como consecuencia del acuerdo impugnado”.

Fundan ambas recurrentes su pretensión en la nulidad de la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), por un lado, por la exigencia de experiencia previa y su forma de acreditación, y por otro lado, por la inexistencia de motivación de la solvencia requerida.

Sobre los argumentos de sus recursos destacamos que MMPS, en concreto señala en su recurso que el pliego contiene:

“Una vulneración respecto al principio de libre concurrencia en la contratación pública, por exigirse una experiencia profesional como letrado ejerciente de al menos veinte años, causa que está prevista en el artículo 47.1a) de la ley 39/2015; o en su defecto que se considere que es un vicio de anulabilidad del artículo 48 del mismo texto legal. Dicho principio que se vulnera exige que se hagan efectivos los principios (sic) de igualdad de trato y no discriminación en el acceso de los particulares a la misma, circunstancias que no operan en el caso que nos ocupa con la tan precitada exigencia de al menos 20 años como abogado ejerciente”.²

UNIVE por su parte señala que el pliego contiene:

“(…) requisitos tan exigentes, carentes de motivación y proporcionalidad con el objeto del contrato, se produce, de facto, una flagrante discriminación respecto de aquellos despachos y letrados con una trayectoria menor pero capaces, igualmente, de llevar a cabo las tareas descritas, pues son las propias de cualquier despacho/letrado”.

2 La minúscula es nuestra.



Por su parte, el órgano de contratación en sus informes a los recursos se opone a los argumentos esgrimidos por las recurrentes en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Prima facie, con carácter previo al análisis de los dos motivos de los recursos, procede reproducir la denunciada cláusula 10 del PCAP, relativa a la solvencia técnica o profesional. Su tenor en lo que aquí interesa es el siguiente:

«(...) La solvencia técnica del empresario deberá ser acreditada por los medios siguientes, para poder tomar parte de la licitación:

1.- Tener una experiencia de haber prestado servicios de asistencia letrada a entes públicos y/o privados, de al menos quince años, siendo necesario acreditar dicha circunstancia mediante certificado del ente correspondiente, declaración jurada o mediante copia autenticada o compulsada de los contratos suscritos, y relación por materias de aquellos procedimientos en los que se haya actuado en nombre del ente público o privado, o en defensa de su personal, con indicación del número de procedimiento y juzgado donde se ha tramitado el asunto, donde queda acreditado los años de experiencia.

2.- Acreditar, mediante declaración jurada, que ante necesidad de este Ayuntamiento, se podrá personar en el mismo, o en el juzgado correspondiente, con una de demora de no más de dos horas desde la solicitud, teniendo en cuenta el carácter de este servicio.

3.- Disponer y ofrecer un equipo mínimo de dos abogados con al menos 20 años de experiencia profesional, que comprendan las especialidades sobre las materias que son objeto de la prestación del servicio:

1.- Derecho Administrativo. 2. Derecho Civil. 3.- Derecho Penal. 4.- Derecho laboral. 5.- Urbanismo.

Debiendo facilitarse:

a) Identificación nominal (como mínimo, nombres, apellido) de los abogados que integrarán el equipo.

b) Compromiso escrito de que todos los integrantes del equipo de abogados ofertado serían adscritos a la prestación directa y material del contrato.

c) Compromiso escrito de los abogados adscritos al servicio por el licitador en su oferta, en que se manifieste de manera indubitada la aceptación de cada uno de ellos al compromiso de adscripción del licitador.

d) Acreditación que los dos abogados iniciales ofertados reúnen en la fecha de publicación del anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los siguientes requisitos:

d1) Ser abogados colegiados en ejercicio.

d2) Tener una antigüedad mínima de 20 años de alta como ejercientes en Colegio Oficial que habilite para el ejercicio de la profesión de abogado.

Los requisitos señalados en los apartados d1 y d2 se acreditaran documentalmente mediante las correspondientes certificaciones expedidas por los Colegios de Abogados .



2. Argumentación de las recurrentes impugnando la concreta solvencia exigida de experiencia profesional durante 15 años, así como el requisito de la colegiación como ejerciente durante 20 años.

MMPS y UNIVE denuncian la indebida exigencia de experiencia previa para acreditar la solvencia técnica o profesional, si bien en los concretos términos que resultan establecidos en el PCAP. En este sentido, indica que se configura en éste una solvencia técnica claramente limitadora de la libre concurrencia y contraria a los principios más primarios que rigen la contratación pública, al exigir experiencia previa con la Administración Pública. Para reforzar su alegato traen a colación varias resoluciones de algunos de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual y determinadas sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa.

En concreto, argumenta MMPS que *“el requisito exigido para la acreditación de la solvencia técnica, consistente en tener una antigüedad mínima de 20 años de alta como ejerciente dado de Alta en un Colegio Profesional no puede encuadrarse dentro de lo previsto en los artículos 71, 84 y 85 de la Ley de Contratos del Sector Público”*. Apoya sus argumentos en doctrina administrativa que aborda cuestiones análogas en supuestos semejantes.

Por su parte UNIVE afirma que:

Se requiere una experiencia excesiva como en el presente caso, a tal punto de exigir para poder concurrir a una licitación una experiencia superior a la requerida para ocupar los altos cargos jurisdiccionales de nuestro país, vulnera los principios de libre concurrencia, proporcionalidad y no discriminación.”

A continuación expresa que:

El “Órgano de Contratación cuenta con potestad discrecional para establecer los requisitos y criterios que estime oportunos, pero debe respetar unos límites al hacer uso de ella y, en concreto, debe respetar los principios básicos de la contratación pública establecidos en el artículo 1 de la LCSP, especialmente, el principio de proporcionalidad”.

Respecto a los criterios relacionados con la proporcionalidad señala, en primer lugar, respecto al requisito de que el criterio debe estar vinculado al objeto del contrato, que *“según la Cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, el objeto del presente contrato es la “asistencia letrada, asesoramiento jurídico y en defensa en juicios” incluyendo temas de derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho laboral y urbanismo. En consecuencia, queda claro que, requerir experiencia previa en asesoramiento y dirección letrada a los licitadores tiene vinculación directa con el objeto del contrato”*.

Fundamentado en resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estima UNIVE que los criterios de dicha cláusula 10 no son proporcionados y resultan ser discriminatorios argumentando que la



proporcionalidad se rompe cuando como requisitos “se establecen acreditar una altísima experiencia -en años- para poder acceder a la licitación (15 años al despacho licitador y 20 años a, al menos, 2 letrados)”.

A tal efecto, señala que ni el PCAP ni la memoria “refleja los motivos que han llevado al órgano de contratación a exigir esos concretos años de experiencia, y no otros; aun conociendo el innegable efecto que esto tendría: la exclusión directa de infinidad de licitadores que, contando con conocimientos en las materias específicas sobre las que versará el servicio, así como con mayor o menor experiencia, serían perfectamente de llevar a cabo las funciones descritas en el pliego de prescripciones técnicas. Esto es, nada justifica que, en el ámbito privado, se necesiten 15 o 20 años para poder asumir, dirigir y tramitar con diligencia y pericia asuntos en materia administrativa -entre otras- y, especialmente, asuntos en los que la parte contraria sea una Administración Pública; y, en consecuencia, nada justifica -ni el propio órgano de contratación lo hace- que estos años sean necesarios para llevar a cabo las prestaciones objeto de este contrato”.

En este sentido analiza las funciones a realizar, reflejando el contenido de lo dispuesto en la cláusula 1 del pliego de prescripciones técnicas, señalando que del mismo “no se infiere que exista una especial complejidad en las funciones o tareas a desarrollar que justifiquen el establecimiento de tan altos requisitos de solvencia”. Asimismo, argumenta que “la población existente en el municipio tiene vinculación directa con la posible litigiosidad del Ayuntamiento”. En este sentido, afirma que “parece desproporcionado exigir, por parte de un Ayuntamiento cuya población no supera los 15.000 habitantes, acreditar 15 y 20 años de experiencia para poder concurrir a la licitación”.

Concluye el recurso argumentando que “los requisitos de solvencia fijados no son proporcionales con el objeto del contrato y no están en ningún modo justificados, provocando una clara, patente y efectiva discriminación”.

Respecto al tercero de los requisitos de estos criterios, la exigencia de que los mismos no puedan ser generadores de una situación discriminatoria, señala igualmente el recurso que los requisitos de solvencia son “exigentes, carentes de motivación y proporcionalidad con el objeto del contrato”, de tal modo que “se produce, de facto, una flagrante discriminación respecto de aquellos despachos y letrados con una trayectoria menor pero capaces, igualmente, de llevar a cabo las tareas descritas, pues son las propias de cualquier despacho/letrado. De esta manera, en perjuicio de los recientes colegiados, se otorga un trato de favor a despachos y letrados con una mayor antigüedad”.

En conclusión, afirma UNIVE que se está impidiendo el acceso de manera injustificada a profesionales que puedan contar con amplia experiencia y con conocimiento específico de la materia, de tal modo que conforme al artículo 40.b) de la LCSP, concluye que el defecto advertido en los pliegos aprobados en el presente expediente de contratación afecta a los principios de concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, y es, por ello, constitutivo de nulidad.

Podemos distinguir un segundo y último de los motivos del recurso, respecto de UNIVE, cuando solicita igualmente la nulidad de la cláusula 10 del PCAP por inexistencia de motivación en la memoria.



3. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en sus informes a los recursos especifica, respecto a la exigencia de experiencia previa en el sector público, que la capacitación y experiencia en este ámbito público, el municipal y administrativo, es muy relevante, porque el rigor de la información municipal debe ser extremo, con acatamiento de todas las directrices municipales y de las normas municipales en vigor, por lo que la naturaleza específica de las prestaciones objeto del contrato hace imposible que se hayan podido desempeñar servicios análogos para el sector privado o para otro sector que no sea el público y municipal; resultando que los requisitos de solvencia fijados en el pliego en todo momento pretenden verificar que las entidades licitadoras están capacitadas para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren. En concreto señala:

“Dado que a raíz de la ley 14/2013 de 27 de septiembre, la LCSP considera la anulabilidad (sic) de experiencia en Administración Local como criterio, este órgano de contratación ha creído necesario establecer los años de experiencia como una manera de asegurar la posibilidad de conocer el desarrollo concreto de una Administración local, ya que ante una dilatada carrera, puede ser más fácil haber trabajado más veces en una administración que tenga las mismas características que la nuestra. Creemos que un contrato de estas características, que se va a desarrollar por un equipo, son las competencias y experiencias de sus miembros, los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo”.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

A. Sobre la vinculación con el objeto del contrato de los requisitos mínimos de solvencia exigidos y su proporcionalidad.

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia del primer motivo del recurso esgrimido por ambas recurrentes cuando denuncian, en los términos expuestos, la solvencia técnica o profesional exigida. Procede citar el artículo 74 de la LCSP, el cual señala que:

- “1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- 2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”*

Sobre la idoneidad de exigir cierta experiencia en la defensa de una Administración, cumple señalar que la representación y defensa en juicio de la Administración conlleva ciertas especialidades respecto del ejercicio de la



misma profesión para el administrado, que justifican suficientemente la exigencia introducida como garantía de aptitud. Por citar únicamente algún ejemplo, en el orden contencioso-administrativo, existen especialidades en materia de representación y defensa en juicio (Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como los artículos 22 y 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA); asimismo distinguimos distintas posiciones jurídico procesales (artículos 19 a 21 LJCA), con trámites propios y específicos únicamente realizables por la Administración demandada (artículos 43, 44, 54.2, 58 y 59, 78.3 de la LJCA, entre otros); en materia de recursos e incidentes específicos de este orden jurisdiccional también existen especialidades (artículos 86.1, párrafo 2, 105.2 y 3, 106.4 de la LJCA, entre otros), etc. De igual modo, en el orden social existen especialidades, (régimen de disposición de la acción procesal en el acto de conciliación, limitaciones de índole presupuestaria en materia de contratación y/o retributiva, la impugnación de ciertos actos administrativos en materia laboral (artículos 151 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (LRJS)), las particularidades propias de la ejecución de sentencias (artículos 287 y 288 LRJS), la exención de depósitos y cauciones (artículo 229 LRJS), entre otras.

En este sentido, consideramos que la experiencia, en términos generales, establecida por el PCAP sería ajustada a Derecho, pues es plausible su exigencia, dado que es garantía de solvencia, pudiendo contribuir a la obtención de un servicio de mayor calidad, pues guarda relación directa con el objeto del contrato, no conculcando la concurrencia, y sería conforme con los principios de igualdad y proporcionalidad siempre que estos se concreten debidamente.

No obstante, la cuestión que constituye el objeto de la controversia es la concreción, la forma de acreditación de dicha experiencia. Respecto a la antigüedad en la colegiación no es éste un indicador válido de experiencia, pues ésta puede serlo solo formalmente, es decir, un licitador puede llevar mucho tiempo colegiado y, sin embargo carecer de auténtica experiencia. A sensu contrario, resulta también posible tener una amplia experiencia acreditada y ninguna antigüedad en la colegiación (por ejemplo, un empleado público no precisa de ésta para desempeñar labores de representación y defensa en juicio). Es por ello que consideramos que la forma en que deba acreditarse dicha experiencia debería atender, para que la cláusula se considere ajustada a Derecho, al efectivo desempeño de labores de defensa o representación en juicio, estableciéndose un sistema de comprobación que atienda a la realidad de los servicios prestados y no a la simple condición formal de colegiado.

Dicho lo cual y dado el objeto del contrato, servicios de asesoramiento jurídico y servicios de asistencia y defensa letrada, este Tribunal, comparte la afirmación de las recurrentes de que no se justifican los años requeridos. Asimismo estimamos que la justificación del órgano de contratación es débil, pues no realiza en la memoria una concreción de la suficiencia y necesidad de los periodos de tiempo exigidos de colegiación como ejerciente para considerar la solvencia requerida con el periodo de colegiación como idóneas. Asimismo, se deduce igualmente de la justificación de los criterios de solvencia del mismo informe, pues en cuanto a la forma de acreditarla, lo desarrolla en términos de mera hipótesis de probabilidad, sin que finalmente permitan constatar la solvencia exigida. Es decir, lo aprecia, únicamente, en términos de posibilidad, sin certeza o confianza en su consecución, lo cual nos impide considerar que estemos ante



unos criterios de solvencia apropiados. Así utiliza términos como “*ha creído*”, o bien “*pueda ser más fácil haber trabajado más veces en una Administración*”, lo que contribuye a dudar sobre la idoneidad de dichos criterios, de tal modo que conviene detenernos en observar si los mencionados criterios imposibilitan el acceso a aquellos profesionales que, habiendo prestado servicios de defensa y representación letrada en la materia objeto del presente contrato, no cuenten con el periodo de tiempo exigido de colegiación como ejerciente, esto es, si con estos requisitos se imposibilita indebidamente acceder al procedimiento a aquel profesional que haya prestado sus servicios bien de manera recurrente a distintos Ayuntamientos o corporaciones locales, o bien por menos tiempo de los años exigidos como solvencia.

Téngase en cuenta igualmente que no se justifican tampoco los 15 años de experiencia exigidos, pues a la luz del artículo 90.1 a) de la LCSP se dispone como máximo los tres últimos años.

Por último cumple mencionar que este Tribunal se ha pronunciado anteriormente sobre ello, entre otras, en su Resolución 427/2019, de 19 de diciembre, si bien no en un supuesto exactamente igual pero sí con relación a la forma de acreditar esta solvencia a través de medios restringidos que ni son idóneos ni permiten otros medios de acreditación más comprensibles. En ella, se hace referencia a 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, en la que 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 hubieren 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 reconocerse 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.)».

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 pública, entre los que figura la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, y, sobre todo, el principio de



proporcionalidad (artículos 1 y 132 de la LCSP) 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 el artículo 40.b) de la LCSP, según el cual no se podrá otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

De este modo, la 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 y laboral, lo que no cabe es que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, la colegiación como ejerciente durante 20 años, 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 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.

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-prestado previa y precisamente esa función, lo que concedería una ventaja prácticamente definitiva a los despachos locales que ya hubieren prestado esas funciones, dado que además se exige una disponibilidad a demanda del Ayuntamiento de apenas dos horas, 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.³

Respecto a la exigencia de tener una antigüedad mínima de 20 años de alta como ejerciente en Colegio Oficial que habilite para el ejercicio de la profesión de abogado, este Tribunal, la considera desproporcionada y discriminatoria, porque el requisito excluye a otros profesionales que pudieren tener solvencia suficiente para prestar los servicios jurídicos en el citado Ayuntamiento pero que no cumplan con ese requisito de Colegiación, el cual no es exclusivo ni expresivo necesariamente de la solvencia para prestar estos servicios. Piénsese en funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Abogados del Estado, o al Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, o incluso Magistrados del orden jurisdiccional contencioso administrativo, si éstos pasaren a la excedencia, habiendo estado exentos de colegiación durante años. Asimismo se considera respecto a los 15 años de experiencia exigidos.

³ En este mismo sentido, se expresan la Sentencia 768/2019 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 21 de octubre de 2019, y la Resolución 163/2018, de 16 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.



Procede, pues, estimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

B. Sobre la falta de motivación de los requisitos de solvencia establecidos en la cláusula 10 del PCAP.

En último lugar, UNIVE, solicita la nulidad de la cláusula 10 del PCAP por inexistencia de motivación en la memoria. En este sentido, conforme al artículo 116.4.c), que reproduce, indica que en los documentos que componen el expediente de contratación debe contenerse una justificación o motivación suficiente de aquellos aspectos tomados en ejercicio de la facultad discrecionalidad que posee la Administración, con el objetivo de evitar decisiones arbitrarias por parte de los organismos públicos mecanismo con el que se salvaguarda tanto la transparencia en el procedimiento como la igualdad de las empresas concurrentes.

Asimismo, señala que en el caso que nos ocupa, no consta en los pliegos justificación de la necesidad de los criterios con los que ha de cumplir la candidata persona física o el personal adscrito en caso de licitadora persona jurídica, ni existe memoria o informe donde quede plasmada dicha motivación del establecimiento de esos requisitos y no otros.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso no aborda en concreto la falta de motivación pero a su juicio queda motivada, proporcional y no discriminatoria la exigencia de la solvencia técnica, y dicha exigencia es objetiva, vinculada al objeto del contrato y proporcional como exige el artículo 74 de la LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia en la que la recurrente afirma que la solvencia técnica exigida no está motivada.

Pues bien, el artículo 116.4 de la LCSP exige una “adecuada justificación” de determinados extremos del procedimiento de licitación, entre los que se encuentran los requisitos de solvencia técnica o profesional que se tendrán en consideración, entre otros, para admitir a las entidades licitadoras. Es decir, no bastaría con que se exprese en los pliegos o en la memoria justificativa una justificación, sino que ésta ha de ser adecuada, lo que exige un plus de concreción.

De esta manera, no cabe considerar que nos encontramos ante un mero requisito formal, cuyo desconocimiento carece de relevancia, sino que el cumplimiento de la exigencia de la adecuada justificación de los distintos extremos que establece el precepto es fundamental, constituyendo una contrapartida a la libertad de configuración del contrato de la que dispone el órgano de contratación. En este sentido, el artículo 116.4 de la LCSP exige justificar adecuadamente la elección del procedimiento de licitación, la clasificación que se exija, los criterios de adjudicación y los de solvencia técnica o profesional, económica y financiera; el valor estimado, la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción, y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional, así como la decisión de no dividir el objeto del contrato en lotes, en su caso.



Como puede apreciarse se trata de justificar la determinación de los elementos fundamentales que conforman el diseño del procedimiento de licitación, justificación, que permitirá a las entidades licitadoras poder apreciar si la elección realizada cumple las distintas prescripciones de la LCSP en relación con cada uno de dichos elementos; en el caso que nos ocupa, poder apreciar que los requisitos de solvencia técnica o profesional cumplen las exigencias del artículo 90, relativo a dicha solvencia en los contratos de servicios. Por ello, el artículo 63 de la LCSP, que regula el perfil de contratante, como instrumento al servicio de la transparencia (principio que es uno de los fines de la regulación de la LCSP de acuerdo con su artículo 1), establece en la letra a) de su apartado 3 la obligación de publicar la memoria justificativa en dicho perfil. Esta necesidad de justificación se incrementa cuando se eligen requisitos de solvencia técnica o profesional como los que se exigen en el presente caso.

Téngase en cuenta que esa motivación adecuada que debe contener la memoria justificativa es fundamental para que los interesados puedan apreciar en primera instancia el cumplimiento de la LCSP en los distintos aspectos cuya elección hay que justificar adecuadamente, y en el presente caso, de lo dispuesto en el artículo 90 y concordantes de la LCSP para los requisitos de solvencia.

La importancia del debido cumplimiento del artículo 116.4 de la LCSP, ha sido destacada por los órganos competentes para la resolución del recurso especial. Así, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 184/2019, de 6 de junio, 276/2020, de 6 de agosto y 17/2021, de 28 de enero, así como, entre otros, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en su Resolución 1350/2019, de 25 de noviembre.

En este sentido, la necesidad de justificación adecuada ha de ser, con carácter general, previa a la licitación, de manera que no puede ser satisfecha mediante las justificaciones que el órgano de contratación ofrezca en su informe al recurso. Y ello porque, entre otros motivos, de admitirse esta posibilidad se habría privado a las entidades licitadoras, dada las particularidades del procedimiento de tramitación del recurso especial, caracterizado por su agilidad, de poder combatir la misma v.g. Resoluciones 53/2020, de 14 de febrero, de este Tribunal y 91/2019, de 3 de abril, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, entre otros.

En consecuencia, visto el contenido del expediente en general, y del apartado 2 del anexo III del PCAP al que se remite el informe al recurso, en el que se afirma que la exigencia de la solvencia técnica se realiza “*atendiendo a la especialidad del objeto del contrato*”, se considera que no cumple lo dispuesto en el artículo 116.4, en cuanto no ofrece una justificación adecuada de la elección de los requisitos de solvencia técnica o profesional.

Procede también, pues, estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso de UNIVE.

Concluimos considerando que los recursos interpuestos han de estimarse, anulándose los actos impugnados, conforme a lo establecido en los anteriores fundamentos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.



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

ACUERDA

PRIMERO. Acordar de oficio la acumulación de ambos recursos, el recurso 21/2021 interpuesto por la **M.D.M.P.S.**, y el recurso 29/2021 interpuesto por la entidad **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.** de acuerdo con los motivos señalados en el Fundamento de Derecho Segundo.

SEGUNDO. Estimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por **M.D.M.P.S.** y por la entidad **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de asistencia letrada, asesoramiento jurídico y defensa en juicios” licitado por el Ayuntamiento de Albox (Almería) y, en consecuencia, anular el acto, es decir, el PCAP en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse en su caso una nueva licitación.

TERCERO. 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 en Resolución de 4 de febrero de 2021.

CUARTO. 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.

NOTIFÍQUESE 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.

