

Recurso 51/2021

Resolución 382/2021

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

Sevilla, 15 de octubre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADD4U SOLUCIONES PARA GESTIÓN Y DESARROLLO SL, (ADD4U)** contra el anuncio y los pliegos que, entre otros documentos, rigen la licitación del contrato denominado “Contratación de una plataforma de administración electrónica y gestión de expedientes que disponga al menos de las mismas funcionalidades que las actualmente contratadas” (Expte. 1846/2020), promovido por el Ayuntamiento de Vera (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de enero de 2021, se publicó en el D. O. U. E.¹ el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Previamente el 19 de enero el citado anuncio fue publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El 19 de febrero fue publicada una modificación de los pliegos.

El valor estimado del contrato asciende a 400.134,68 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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

¹ Diario Oficial de la Unión Europea.

TERCERO. El recurso de interpuso el 8 de febrero de 2021. A continuación y como consecuencia del recurso el Ayuntamiento procedió a modificar los pliegos, a través de un acuerdo de la Alcaldía-Presidencia de 15 de febrero, acordando la corrección de determinados errores, ex art. 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en concreto del apartado 10º del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) relativo a la “Capacidad y Solvencia”, en particular, en el apartado relativo a la solvencia económica sustituyendo donde dice: *“La solvencia económica y financiera del empresario se acreditará por los medios siguientes: - Declaración sobre el volumen global de negocios y sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido a los tres últimos ejercicios, estableciéndose como requisito mínimo de solvencia un volumen de negocio cada año por importe igual o superior al presupuesto máximo de este contrato.”*

Debe decir: *“La solvencia económica y financiera del empresario se acreditará por los medios siguientes: - Declaración sobre el volumen global de negocios y sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido a los tres últimos ejercicios, estableciéndose como requisito mínimo de solvencia un volumen de negocio referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos (sustituye a la anterior referencia a cada año), por importe igual o superior al valor estimado del contrato (rectifica la anterior referencia al presupuesto máximo de este contrato).*

Asimismo se acuerda la rectificación del apartado 10º del PCAP aprobado por Resolución relativa a la “Capacidad y Solvencia”, en particular, en el apartado relativo a la solvencia técnica se sustituye donde se reflejaba *“la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por los siguientes medios:*

- Certificado expedido por cada una de las administraciones locales donde la empresa haya implantado con éxito los servicios de la administración electrónica en los últimos tres años. Debiéndose acompañar de los certificados de ejecución oportunos.

Umbral mínimo: La empresa deberá acreditar al menos la implantación en 50 administraciones.

- La empresa se ha de comprometer a adscribir los medios personales y materiales necesarios para la ejecución del mismo.

- Dado que la plataforma de administración electrónica se prestará en formato de servicio a través de Internet (SaaS), el adjudicatario deberá garantizar que las instalaciones desde las que se vaya a prestar este servicio estén ubicadas en territorio de la Unión Europea y que ofrezcan las mayores garantías de disponibilidad y de protección de la información, por lo que será necesario cumplir con las normas de certificación Tier III del Uptime Institute.”

Se sustituyó por : *“La solvencia técnica de los empresarios se acreditará por los siguientes medios:*

- Certificado expedido por cada una de las administraciones públicas (se sustituye la referencia a “locales”) donde la empresa haya implantado con éxito los servicios de la administración electrónica en los últimos tres años. Debiéndose acompañar de los certificados de ejecución oportunos.



Umbral mínimo: La empresa deberá acreditar al menos la implantación en 50 administraciones públicas. (Se aclara la discrepancia existente entre párrafo primero y segundo, unificándose en Administraciones Públicas en ambos apartados).

- (Se mantiene la misma redacción) La empresa se ha de comprometer a adscribir los medios personales y materiales necesarios para la ejecución del mismo.

- (Se mantiene la misma redacción) Dado que la plataforma de administración electrónica se prestará en formato de servicio a través de Internet (SaaS), el adjudicatario deberá garantizar que las instalaciones desde las que se vaya a prestar este servicio estén ubicadas en territorio de la Unión Europea y que ofrezcan las mayores garantías de disponibilidad y de protección de la información, por lo que será necesario cumplir con las normas de certificación Tier III del Uptime Institute.”

El resto del articulado se mantiene en los mismos términos ya acordados en los pliegos aprobados.(...)”.

CUARTO. El 18 de febrero, ADD4U, presenta escrito de ampliación del recurso especial en materia de contratación.

QUINTO. EL 4 de marzo, habiéndose solicitado la suspensión del procedimiento por la recurrente, ésta se adopta por el Tribunal. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se recibieron por la entidad ESPUBLICO SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN, S.A. (en adelante ESPUBLICO), la cual se opone al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta 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 Vera (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. Legitimación.

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 la recurrente 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 pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

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 recurso se interpone contra el anuncio y 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.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 8 de febrero (y su ampliación, el día 18), en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.



Según la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), el objeto de la licitación es “*la contratación del mantenimiento de una plataforma de administración electrónica que facilite a esta Institución la adopción de un sistema de tramitación administrativa conforme al marco legal vigente*”.

1. Alegaciones de la recurrente.

Son dos los motivos del recurso y su ampliación. Termina realizando una consideración sobre una hipotética conducta del órgano de contratación por infringir las normas de de la competencia.

A. El primer motivo del recurso se centra en el requisito de la experiencia exigida, pues se requiere que el licitador para poder participar debe haber implantado estos servicios de administración electrónica en 50 administraciones locales, ejecutados completamente en los últimos tres años. Posteriormente se modifica el pliego pero únicamente se elimina la dicción ADMINISTRACIÓN LOCAL, pero se mantiene que debe ser en los últimos tres años y que deben ser 50 referencias a contratos ejecutados.

Los fundamentos en los que sostiene el recurso son:

“(…) la finalidad del establecimiento de requisitos de solvencia obedece a la necesidad de asegurar que el futuro adjudicatario va a reunir las garantías adecuadas para ejecutar correctamente la prestación contractual, el artículo 76 LCSP obliga a que la determinación de las condiciones de solvencia sea razonable, justificada y proporcional de forma que no se limite indebidamente el libre acceso a la licitación. Además, el establecimiento de estos umbrales debe ser compatible con la apertura del mercado a la competencia, es decir con el hecho de que no se impida el acceso a la licitación de empresas de dimensión y capacidad suficiente para ejecutar correctamente el objeto del contrato. Es decir, existe una obligación de promoción de la competencia. Esta es la libertad básica que persigue la normativa española de contratos públicos. La exigencia de experiencia previa de forma tan específica o prácticamente idéntica a la del objeto del contrato, al referirse a la Administración local, y dejando al margen, la extravagante petición de 50 trabajos previos, lo que conlleva es que se excluye la experiencia obtenida en actuaciones análogas o similares que también debería ser apta para acreditar la capacidad técnica de los licitadores” (...).

“Es obvio que los niveles excesivos restringen la competencia y son desproporcionados.

En este sentido, el artículo 132.1 LCSP determina que:

“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la



participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa nos encontramos con la exigencia de haber realizado un número que calificamos ya no de excesivo (como hubiera sido ya solicitar 5/10, sino flagrantemente desproporcionado), donde además se introduce el matiz de que no solo se requieren 50 contratos finalizados sino además se limita hacia un tipo de entidad pública concreta: la Administración Local.

Lo anterior, además en los tres últimos años cuando lo solicitado son trabajos relacionados con la Administración electrónica y en un ámbito geográfico y administrativo como el local.

El artículo 74.2 LCSP importe que “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”.

Repetimos, que la finalidad de la solvencia es asegurar la capacidad técnica y económica de los futuros contratistas y a nuestro juicio el Ayuntamiento se excede en el requisito exigido.

La solvencia técnica o profesional se refiere al buen hacer profesional y, en definitiva, a la suficiente capacidad de la licitadora de ejecutar correctamente el concreto contrato que pretende ejecutar”.

Cita igualmente:

“la prohibición legal expresa a esta práctica, contenida en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que determina que:

“artículo 45. Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.

1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de



forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.

Asimismo indica numerosa doctrina que apoyará sus argumentos y entre ellas resoluciones de este Tribunal, como la 427/2019 y la 83/2016.

B. El hecho de haber incluido referencias a un solo licitador que al parecer cumpliría únicamente la entidad ESPUBLICO

Se menciona igualmente en el recurso haber incluido determinadas referencias que dejaría únicamente participar a una entidad. Así se expresa en el recurso:

“Sorprende la existencia de condicionados en que, “casualidad”, solo hubo una empresa concurrente. La misma que actualmente presta los servicios en el Ayuntamiento cuyo recurso ahora planteamos. ESPUBLICO. Así en diferentes ayuntamientos existe un común denominador: una exigencia análoga (50 contratos finalizados en el ámbito local) y un único licitador: ESPUBLICO.

Se incluye como anexo al recurso, un listado de varios de los últimos concursos en los que la organización licitadora, exige similares características de solvencia a las del presente concurso, y en los que finalmente sólo dicho licitador ESPUBLICO participa en las licitaciones”.

En el escrito de ampliación al recurso:

“En los pliegos siguen apareciendo frases textuales, que no han sido eliminadas, sino que se mantienen de forma continuada en todas las licitaciones en la que un mismo adjudicatario fue el único concurrente que ahora se veía reproducida también en este contrato: ESPUBLICO. Ello aportando un anexo al recurso listando todos ellos. Como ejemplo, se citan unas evidencias que limitan la concurrencia, y que se repiten siempre en las licitaciones con estas características.

Bajo el textual, “Para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias” seguidas de una serie de características que mezclan de forma aleatoria funcionalidades que efectivamente debería tener una plataforma eficiente de tramitación, con otras características que sólo cumple la plataforma de tramitación del licitador que finalmente siempre concurre en solitario, consiguiendo de esta forma que los técnicos que analizan esas características sean confundidos, y acepten que la descripción de esas características, que no es casual, pues se repite una y otra vez, en todos los pliegos técnicos de a lo largo y ancho de toda España, consigan el efecto deseado por el licitador citado.



De este modo, se repiten en este pliego hasta 17 características, algunas, que evidentemente son correctas y que cualquier plataforma mínima de tramitación debería obtener, con otras que no tienen la más mínima importancia, y cuyo único objetivo es que el licitador que pueda concurrir sea siempre el mismo, limitando de forma evidente la competencia. Estas características que limitan la concurrencia podrían ser citadas igualmente, siempre que no fuesen limitantes para la participación, pues tal y como puede verse en los excepcionales concursos en los que otro licitador intenta participar, son usados de forma repetitiva para excluirle de la licitación. Esta es una característica común de la cual hemos sido partícipes en las escasas ocasiones en las que nuestra empresa, que cuenta con sobrada solvencia, habiendo ejecutado servicios para más de cuatro millones y medio de ciudadanos y empresas en España y más de trescientos millones de automatizaciones públicas realizadas a lo largo y ancho del país, ha sufrido al intentar concurrir a esas licitaciones. Esta limitación a la competencia se resolvería añadiendo en cada una de las características un textual que permita aumentar la concurrencia como los típicos, “o característica similar que cumpla fielmente con los objetivos del licitador y de la legislación objeto del contrato”, pero parece que el redactor de todos los pliegos, sea quien sea, a lo largo y ancho del país, prefiere limitar artificialmente la competencia”.

C. Infracción en materia de defensa de la competencia.

Termina citando el artículo 132.3 LCSP estimando que la conducta anterior pudiera ser constitutiva de ello a efectos de que por este Tribunal se proceda a notificar a “la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia”.

2. Alegaciones del órgano de contratación

En cuanto al fondo del asunto, alega “la peculiaridad de la Administración local respecto del resto de Administraciones, se incluyó un criterio de solvencia de 50 ayuntamientos. Lo cual representa menos del 1% de la totalidad de municipios españoles. Viéndose, claramente, que esta proporción existe en este criterio de solvencia. Por otro lado, también se busca un gestor de expedientes que contenga un módulo de control interno para el área de Intervención, el cual es específico de la Administración Local. Para lo cual también se consideró conveniente que la acreditación de la solvencia se realizara mediante estos servicios en Ayuntamientos.

No obstante, se ha constatado en el Expediente que esta motivación puede resultar insuficiente en la documentación obrante en la memoria justificativa y pliegos aprobados; por lo que, por este órgano de contratación, se entiende que puede dar lugar a confusión o malas interpretaciones por eventuales licitadores en el expediente.

Para solucionar estos extremos, se considera adecuado rectificar el pliego de cláusulas administrativas particulares, admitiéndose que la presentación de la solvencia quede acreditado por 50 certificados de buena



ejecución emitidos POR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS en general, en lugar de especificar que sean entidades locales- Ayuntamientos. Con lo que se estima que se favorecerá en mayor medida la concurrencia de empresas. Requisito de solvencia que sí deberá quedar acreditado por los licitadores interesados, en cuanto que la entidad y la importancia del servicio a contratar, requiere que el licitador que resulte adjudicatario, tenga una solvencia y experiencia debidamente acreditada, para asegurar el adecuado cumplimiento de la normativa de Administración electrónica de aplicación”.

SEXTO.- Consideraciones del Tribunal.

1 Previa: sobre la finalidad de los requisitos o criterios de solvencia técnica.

La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato regulado en el artículo 74.2 de la LCSP se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que es preciso para conocer la admisibilidad del criterio concreto, determinar en cada supuesto si los parámetros establecidos en el PCAP y PPT son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. Es decir, esta proporcionalidad viene dada por la relación existente entre lo exigido como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su volumen económico, pues una exigencia no proporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

A efectos de determinar la necesaria justificación de los requisitos denunciados por la recurrente, asimismo debe mencionarse la Resolución 58/2014, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al apuntar que: “Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014: «En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato. Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP. El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva,



que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada»”.

El considerando 83 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/C reflejaban ya esta previsión. Esta Directiva ya señalaba en el artículo 58 que:

“Los criterios de selección pueden referirse a: a) la habilitación para ejercer la actividad profesional; b) la solvencia económica y financiera; c) la capacidad técnica y profesional. Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él. (...) 5. Los poderes adjudicadores indicarán las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 2 de diciembre de 1999, en el asunto C-176/98, Holst Italia establecía ya que la finalidad de los criterios de selección fijados en las Directivas, (con relación a las antiguas directivas de contratación cuyo contenido ya recogía estas previsiones), era definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores permitiendo a estos justificar su capacidad mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras consideren apropiado. Advierte además que corresponde a la entidad adjudicadora, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados. Los órganos de contratación deben asegurar que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia², pero esas condiciones que puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios, entre los que se reconoce la libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

La Resolución 122/2020, de 21 de mayo, de este Tribunal señala que *“no hay que olvidar que, si bien el órgano de contratación ha de procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, debe cuidar que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre competencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación”.*

²Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto “Succhi di Frutta”.



En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que “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” y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que “en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación **ha de estar vinculado al objeto** y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido”.

2. Sobre la exigencia de los 50 contratos prestados a una Administración Pública como requisitos de capacidad técnica.

En este sentido, y al hilo de lo anteriormente apuntado, tomando como punto de partida las consideraciones anteriores, interesa poner de relieve un concepto jurídico de pliego, de tal modo que careciendo de una definición legal la LCSP, el artículo 2.13 de la Directiva anteriormente citada entiende por «Pliego de contratación» :

“ todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional”.

El concepto interesa ponerlo de relieve porque supone que, a falta de justificación, o motivación en el PPT, de la proporcionalidad y de la vinculación con el objeto del contrato, en concreto (no en abstracto), habremos de estar a algunos de los demás documentos que conforman los elementos básicos de la contratación, a fin de considerar respetada o no la igualdad de los licitadores a efectos de la concurrencia. En este sentido podremos acudir a la memoria a la que se refiere el artículo 63.3.a) LCSP cuando indica que deberá publicarse al menos la siguiente información: «La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.».



Por otra parte, el artículo 116.4 y otros preceptos de la LCSP exigen que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de determinados aspectos como los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución que se van a exigir al adjudicatario en la ejecución del contrato, el cálculo del presupuesto de licitación y del valor estimado, etc.

Aunque la LCSP no concreta en qué tipo de documentos deben constar todas estas cuestiones dado que en algunos casos habla en términos generales de la documentación del expediente, o simplemente del expediente lo que sí es claro que, a través de ellos, se han de hacer efectivos los principios de transparencia y buena administración, de ahí que a falta de justificación en el PPT, la memoria del contrato debe contener el resto de justificaciones de los aspectos que la LCSP exige que queden justificados en el expediente.

A estos efectos observamos que la memoria de 28 de diciembre de 2020, remitida por el órgano de contratación es descriptiva en el apartado 4.c relativo a los requisitos de solvencia técnica mínimos para concurrir a la licitación. Descriptiva pero no justificativa.

Por ello ante la falta de justificación, y siendo evidente la necesidad de justificar en concreto la idoneidad de la solvencia exigida siempre vinculada con el objeto del contrato, se hace necesario traer a colación las condiciones que han de cumplir los criterios de solvencia según el Informe 36/2007, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que señala que los criterios de solvencia *“han de cumplir cinco condiciones:*

- Que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato,*
- Que sean criterios determinados,*
- Que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato,*
- Que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate,*
- Y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.”*

En este sentido, la cuestión aquí abordada, que es semejante a la cuestión que ya este Tribunal resolvió en la resolución 427/2019, supone que la exigencia de 50 contratos previos como experiencia mínima y requisito para poder licitar establecida por el Ayuntamiento de Vera, excede del 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. La potestad discrecional se halla condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo, entre los que figura 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, el Ayuntamiento debe elegir la medida menos restrictiva, y motivar su necesidad para la protección del interés público, algo que no justifica en todo el expediente ni siquiera en el informe al recurso remitido, estableciendo en la memoria



únicamente una descripción pero no una justificación. Menos aún justifica su adecuación para lograr los fines que se persiguen, de tal modo que establecer 50 contratos mínimos supone un obstáculo que al no quedar justificado al menos sí puede calificarse como un requisito que es ostensible que pueda dar lugar a diferencias de trato discriminatorio, por la cantidad de contratos y por las características del destinatario del servicio, 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 artículo 40.b de la LCSP, según los cuales no se puede otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

La condición de exigencia técnica y profesional es excesivamente restrictiva e incompatible con tales reglas esenciales, en especial con la salvaguarda de la libre competencia, pues si bien es lógico y razonable que se le exija a los candidatos una especialización previa y un conocimiento profundo de las circunstancias, hay que considerar inadmisibles que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, el haber sido contratado por una Administración para ejecutar al menos 50 contratos en los últimos tres años, porque ni siquiera se ha justificado ni en el PPT ni en la memoria la inexistencia de medios alternativos perfectamente válidos para poder acreditar la solvencia a la hora de prestar los servicios a los que se refiere el objeto del contrato, sin tener que acudir de manera obligada a esa exigencia objetiva extrema. Se trata de una exigencia exorbitante que limitaría de manera prácticamente insalvable las posibilidades de otras entidades del sector que podrían prestar perfectamente esos servicios, pero que se verían injustamente apartadas por ese requisito tan desproporcionado a lo que se opone legalmente el artículo 40.b) de la LCSP.

Por todo ello y por este motivo, debe estimarse el recurso pues 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 aludido (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. (Artículo 126 LCSP).



3. Sobre la inclusión de especificaciones técnicas con una referencia genérica a que resultan ser especificaciones derivadas del Esquema Nacional de Interoperabilidad.

Se denuncia que en el PPT aparecen limitando la concurrencia frases que se mantienen de forma continuada en todas las licitaciones en las que un mismo adjudicatario fue el único concurrente.

En este sentido aporta un anexo al recurso listando todos ellos. Como ejemplo, se citan unas evidencias que limitan la concurrencia, y que se repiten siempre en las licitaciones con estas características. Así denuncia que bajo el texto: *“Para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias”* se establecen una serie de características que mezclan de forma aleatoria funcionalidades que efectivamente debería tener toda plataforma eficiente de tramitación, con otras características que sólo cumple la plataforma de tramitación del licitador que finalmente siempre concurre en solitario.

Así expresa que esta forma de proceder se repite una y otra vez, *“en todos los pliegos técnicos de a lo largo y ancho de toda España, consigan el efecto deseado por el licitador citado”*.

Señala que se repiten en el PPT hasta 17 características, y algunas *“no tienen la más mínima importancia, y cuyo único objetivo es que el licitador que pueda concurrir sea siempre el mismo, limitando de forma evidente la competencia”*.

Asimismo *“limitan la concurrencia podrían ser citadas igualmente, siempre que no fuesen limitantes para la participación, pues tal y como puede verse en los excepcionales concursos en los que otro licitador intenta participar, son usados de forma repetitiva para excluirle de la licitación”*.(...) Esta limitación a la competencia se resolvería añadiendo en cada una de las características un textual que permita aumentar la concurrencia como los típicos, *“o característica similar que cumpla fielmente con los objetivos del licitador y de la legislación objeto del contrato”*.

Observando la cláusula 4.2.16 denominada “Relación con Proveedores”, estimamos que por los mismos motivos que anteriormente hemos abordado, y sin perjuicio de que la recurrente no define qué “evidencias” son las que figuran de un modo interesado para el fin propuesto supuestamente, lo cierto es que cuando en dicha cláusula se señala que *“para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias”*, prosigue el texto enunciando esas evidencias sin que de su redacción se permita deducir por qué la plataforma propuesta por el licitador que concurra debe aportar todas y cada una de esas evidencias a efectos de ajustarse al Esquema Nacional de Interoperatividad (ENI). Sin embargo esas evidencias deberían haber quedado igualmente motivadas que son una exigencia concreta del Real Decreto



4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, o bien de su normativa de desarrollo, algo que en el presente supuesto habría contribuido a clarificar si las exigencias establecidas derivan verdaderamente de éstas o bien se debe su establecimiento a otros motivos de carácter técnico y no haberlas establecido en abstracto sin más, pues no es posible conocer cual es su razón de ser, más que una invocación genérica al ENI adoleciendo de la justificación suficiente, dado aún más si cabe la complejidad técnica de la materia.

Por todo ello, se debe estimar este motivo del recurso por infracción del artículo 126.2 del LCSP.

SÉPTIMO. - Sobre el cumplimiento por este Tribunal de la obligación derivada del artículo 132.3 de la LCSP.

Expone la recurrente que los pliegos podrían limitar la competencia a favor de un único licitador, pudiendo ello no solo limitar la concurrencia a efectos de la contratación pública sino además poner en peligro la defensa de la competencia. Establece el apartado 132, cuando trata los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia: *“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”*

A tal fin se ha remitido junto con este recurso especial en materia de contratación, como anexo, un listado de varios de los últimos concursos en los que la entidad contratante exige similares características de solvencia a las de la presente licitación y en los que finalmente sólo dicho licitador ESPUBLICO participa en las licitaciones. Es decir, parece que pudieran existir limitaciones a la concurrencia, de tal modo que de acuerdo además con los indicios que podrían suponer las dos causas de estimación del recurso especial, las cuales están relacionadas con la igualdad y la libre competencia, al no justificarse determinados requisitos que restringen la concurrencia, se estima razonable la petición realizada, sin perjuicio de que deba citarse que el artículo ³49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, permite a cualquier persona física o jurídica, interesada o no, formular denuncia de las infracciones de las conductas descritas en los artículos 1 a 3 de la citada Ley.

³Desarrollado por el artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.



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 **ADD4U SOLUCIONES PARA GESTIÓN Y DESARROLLO SL, (ADD4U)** contra el anuncio y los pliegos que, entre otros documentos, rigen la licitación del contrato denominado “Contratación de una plataforma de administración electrónica y gestión de expedientes que disponga al menos de las mismas funcionalidades que las actualmente contratadas” (Expte. 1846/2020), promovido por el Ayuntamiento de Vera (Almería), y, en consecuencia, anular dicho pliego (y el anuncio) 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 4 de marzo de 2021.

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.- Dar traslado del recurso especial en materia de contratación, así como de la documentación que compone el mismo, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía en virtud del fundamento de Derecho séptimo.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados 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

