Recurso 323/2022
Resolución 450/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE CONSTRUCTORES Y PROMOTORES DE MÁLAGA** contra los pliegos que, entre otros documentos, rigen la licitación del contrato denominado "Suministro e Instalación de un Parque Infantil en la Av. Salvador Vicente, T.M. de Benalmádena" (Expediente 2022/16533G), promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de agosto de 2022, 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 suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 214.520,94 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.

TERCERO. El 17 de agosto de 2022, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE CONSTRUCTORES Y PROMOTORES DE MÁLAGA. Dicho escrito de recurso fue remitido a este Órgano el 23 de agosto de 2022.

El mismo día, mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en el Tribunal.

CUARTO. EL 2 de septiembre de 2022, habiéndose solicitado la suspensión del procedimiento por la recurrente, se adopta por el Tribunal medida cautelar de suspensión..

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se ha recibido alegación alguna.

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 Benalmádena (Málaga), ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, de tal modo que 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 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.*
Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que «*Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».*

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Al respecto, debe indicarse que, conforme a los estatutos de la asociación recurrente, entre sus fines están los relacionados en el artículo 9 de los cuales podemos considerar que existe conexión suficiente para que la misma

pueda representar a sus asociados en la defensa de sus intereses ante las Administraciones Públicas y en concreto en dicha licitación.

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.

Por lo expuesto, para este Tribunal queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

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 los pliegos de un contrato de suministro 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) 2.ª a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 17 de agosto ante el órgano de contratación, 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.

La cuestión de fondo estriba en que el apartado 9 del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) contiene la siguiente redacción:

"9.- CONTENIDO DE LA MEMORIA TÉCNICA A PRESENTAR POR LOS LICITADORES" exigiendo que:
"La Memoria Técnica de Licitación a presentar por los licitadores al presente Contrato, se estructurará de acuerdo con los siguientes documentos: (…)
- Relación de los certificados exigidos de acreditación de calidad, medioambiental y social. Siendo motivo de exclusión la falta de alguno de ellos.
- Certificado que acredite la posesión de un sistema de gestión de la calidad basado en la normativa ISO 9.001 para la actividad de instalación de juegos infantiles.
- Certificado que acredite la posesión de un sistema de gestión medioambiental basado en la normativa ISO 14.001 para la actividad de instalación de juegos infantiles.
- Certificado que acredite la posesión de un sistema de gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo conforme a la norma ISO 45.001
- Certificado FSC y PEFC que acrediten la posesión de un sistema de gestión de la cadena de custodia de productos procedentes de fuentes de madera certificada.

- Certificado relativo a la Declaración de emisión de gases de efecto invernadero verificada frente a la norma ISO 14.064.
- Certificado de estar en posesión de sistema de gestión energética conforme a la norma UNE-ISO 50001.
- Certificado de empresa mantenedora de áreas infantiles conforme e la norma UNE -EN 1176-7, emitido por empresa acreditada por ENAC u homólogo de cualquier país de la UE.
- Certificado de estar en posesión del sistema de Gestión anti soborno conforme con la norma UNE ISO 37001:2017. (…)".

A su vez se pone de manifiesto por parte de dicha Asociación que en el Anexo 4.2 del PCAP, relativo a los *"Requisitos y medios de acreditación de solvencia técnica o profesional",* se encuentra el *"Aspecto 1: Memoria Técnica El contenido mínimo se detalla en el PPTP"* y en el Anexo 9 del citado PCAP *"Modelo de Oferta Económica" (…)*
3.- Adjuntar a la oferta, una Memoria Técnica para que ésta pueda ser valorada. Esta Memoria no es objeto de valoración, solamente es excluyente en caso de no cumplir con los requisitos descritos en el apartado 4º del PPTP. Por tanto, la no presentación de la Memoria técnica, o el no cumplimiento de las exigencias en cuanto a materiales, unidad de elementos, dimensiones, garantías etc..será motivo de exclusión en el proceso de valoración de la oferta".

1. Alegaciones de la recurrente.

El motivo del recurso se fundamenta en que el anexo de la Memoria Técnica descrita en el PPTP, no es apropiado para establecer exigencias adicionales, que afectan a las circunstancias de la empresa y que nada tienen que ver con la ejecución técnica del contrato, sino que viene a determinar exigencias de solvencia de la empresa adicionales a las ya definidas en el anexo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Asimismo, entiende que los criterios adicionales de solvencia suponen una infracción del artículo 76.3 de la Ley. A dicho fin cita dos resoluciones, una del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (la Resolución 187/2015, de 18 de noviembre), y otra del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución 320/2018, de 10 de octubre de 2018, dictada en el Recurso nº 317/2018). Señala que existe una infracción contra los principios generales de la contratación pública de proporcionalidad, de igualdad de trato y no discriminación y de libre concurrencia, en cuanto a que la exigencia de requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista debe ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación. Indica que el artículo 76.3 de la LCSP determina que "*la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación".*

Finaliza señalando que "*si bien es cierto que corresponde al órgano de contratación la facultad de fijar los requisitos de solvencia para la ejecución del contrato, esa exigencia debe estar debidamente justificada y equilibrada respecto a las prestaciones del mismo. En el caso que nos ocupa, no parece que ello se cumpla cuando, para un contrato con una dimensión económica no muy elevado como es éste y sin complejidad técnica alguna, se exige a la empresa licitadora contar con 9 certificados de acreditación de solvencia varios. Queremos hacer constar, que la obtención y mantenimiento de estos certificados suponen un desembolso económico elevado y que la exigencia de los mismos está limitando a la concurrencia de pequeñas y medianas empresas que contando con la experiencia y solvencia suficiente, no cuentan con ellos y que sin embargo no significa que no cumplan en su actividad con todos los requisitos que se establecen en ellos y que por tanto el órgano licitador debía haber*

habilitado criterios adicionales alternativos para la acreditación de los puntos concretos que durante la ejecución del contrato, se pretendieran salvar con la solicitud de dichos certificados".

2. Alegaciones del órgano de contratación

En cuanto al fondo del asunto, alega entre otras cuestiones que "*no se trata un área infantil estándar, el objeto del contrato es un área de juegos infantil temática, que se debe de ajustar a un espacio determinado, que debe incluir juegos para distintas edades, que se pretende que sea actual, con materiales de calidad para cumplir con la máxima durabilidad, y con elementos novedosos. Para todo ello, se requiere de una empresa que facilite un diseño específico, que responda ante la fabricación específica de materiales ajustada al diseño, el suministro e instalación por personal cualificado en este tipo de equipamientos, y de una formación y acreditación a cumplir en el mantenimiento, conforme se recoge en el DECRETO 127/2001, de 5 de junio, sobre medidas de seguridad en los parques infantiles (BOJA n.66, de 09.06.01)".*

Posteriormente señala que *"se ha considerado que disponer de los siguientes certificados, aportará una solvencia técnica que será beneficiosa en cuanto a la calidad de las empresas licitadoras, por eso se ha incluido como condición requerida en la Memoria Técnica (haciendo referencia en el anexo 4 del PCAP), al igual que otros documentos necesarios como se ha indicado en párrafos anteriores, buscando con ello, que el Entidad Contratante realice una adjudicación con las máximas garantías en cuanto a la propuesta de diseño, suministro de materiales, montaje de la instalación y trabajos de mantenimiento durante el periodo de garantía".*

Posteriormente realiza un esfuerzo justificativo de cada uno de los certificados solicitados. Termina concluyendo que "*no se trata de un Área de juegos estándar sin complejidad técnica alguna, que el presupuesto para el Ayuntamiento de Benalmádena si se considera que tiene una dimensión económica elevada (259.570,34€ IVA incluido), que requiere de especialización de las empresas licitadoras, y que en el Recurso no se indica cuál es la desproporcionalidad, entre el importe económico y los certificados exigidos, ni se detalla, cuál de ellos no guardan relación con el objeto del contrato.*

Se han enumerado y argumentado la inclusión de los 8 certificados que deben adjuntarse en la Memoria Técnica, explicando las ventajas y beneficios que aportan su disponibilidad por la empresa licitadora. Si bien, conforme a la LCSP, se admitirán por la mesa de contratación certificados equivalentes, siempre que el licitador lo justifique debidamente. Finalmente quiere añadirse que, la entidad contratante, en este caso el Ayto. de Benalmádena, es conocedor de las necesidades administrativas y sociales que se demandan y por lo tanto del mejor modo de satisfacerlas, por lo que ha configurado el objeto del contrato y su contratación atendiendo a estos parámetros."

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 PPTP 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 solvencia[1], 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.

1Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto "Succhi di Frutta".

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 concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación".*

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 certificados.

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 o 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 el Anexo 1 del pliego de prescripciones técnicas de fecha de 3 de julio de 2022, , es descriptivo en el apartado 9 relativo al contenido de la memoria técnica a presentar por los licitadores, y en concreto a los anejos consistentes de la memoria, que determinan la exigencia de requisitos de solvencia, imprescindibles, que determinan la exclusión automática, pues se menciona que son "*motivo de exclusión la falta de alguno de ellos".*

Examinada la relación de certificados, establecidos como requisitos de solvencia técnica mínimos para concurrir a la licitación, se concluye que la lista es 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, supone que la exigencia de esos certificados como requisito para poder licitar establecida por el Ayuntamiento, excede del grado de discrecionalidad para determinar los requisitos de solvencia técnica y profesional exigible a este tipo de contratos mientras no se justifique en el expediente, y no ahora posteriormente como consecuencia del informe al recurso.

Por ello, no puede pretender achacar, como hace el órgano de contratación, de falta de especificación y de detalle del recurso en cuanto a los que la entidad recurrente entendiese que son los certificados adecuados, cuando el expediente de contratación está huérfano de toda justificación. Así estima este Tribunal que yerra cuando señala el órgano de contratación en su informe que:

"El Recurso encuentra desproporcionado, la aportación de 9 certificados - son 8 los solicitados en el PPTP -, sobre acreditaciones de calidad, medioambiental y social, sin especificar cuál de ellos no se corresponde con el objeto del contrato, ni detalla cuales deben ser los adecuados para el importe del contrato.".

La justificación del órgano de contratación debe ser expresa y previa, y no posterior, pues la falta de ésta ha privado a la recurrente de poder discutir o estimar si a su juicio la motivación de su exigencia es o no apropiada, y lo más importante, si tiene vinculación la exigencia de dichos certificados con el objeto del contrato, algo de lo cual carece, no solo el expediente sino incluso el informe del órgano de contratación.

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 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) 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 los certificados como mínimo 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 y por las características, 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 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización 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 o profesional cuando es restrictiva y excluyente para seguir en la licitación, en especial con la salvaguarda de la libre competencia, es lógico y razonable que se le exija a los candidatos una especialización previa y un conocimiento profundo de las circunstancias, pero hay que considerar injustificado que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, si no se fundamenta.

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).

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 **ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE CONSTRUCTORES Y PROMOTORES DE MÁLAGA** contra los pliegos que, entre otros documentos, rigen la licitación del contrato denominado “Suministro e Instalación de un Parque Infantil en la Av. Salvador Vicente, T.M. de Benalmádena” Expediente 2022/16533G, promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) 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 2 de septiembre de 2022.

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.

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.