

Recurso 265/2023
Resolución 305/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 2 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado «Servicio de asistencia jurídica externa complementaria de los servicios jurídicos de Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U.» convocado por la citada empresa pública, dependiente de la Diputación Provincial de Málaga (Expte.SLU-2023-ASJ-PAO-0001), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de abril de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento. Asimismo, el pliego fue puesto a disposición de los interesados a través del perfil de contratante con esa misma fecha. El valor estimado del contrato asciende a 130.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 28 de abril de 2023, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito, que no contiene la calificación jurídica de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L. (en adelante UNIVE o la recurrente) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación. El órgano de contratación califica el escrito de interposición como recurso especial y lo remite a este Tribunal, con fecha 19 de mayo de 2023, junto al informe elaborado sobre el mismo.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se requirió al órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, con posterioridad, ha sido recibida en este Órgano.

El 26 de mayo de 2023 este Tribunal mediante resolución MC 58/2023, acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido para ello, las presentadas por AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P., CONSULTORÍA INTEGRAL DE LA EMPRESA Y EL MUNICIPIO S.L. y GÓMEZ-VILLARES & ATENCIÓN ABOGADOS Y CONSULTORES TRIBUTARIOS, S.L.P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Procede señalar que la recurrente presenta recurso de alzada ante el órgano de contratación, al entender que *«Turismo y Planificación Costa del Sol S.L.U es una entidad del sector público con carácter mercantil y, por tanto, sin carácter de poder adjudicador»*. Afirmación frente a la que se opone el órgano de contratación, argumentando que, pese a su carácter mercantil, la entidad Turismo y Planificación Costa del Sol sí ostenta la consideración de poder adjudicador, y ello de conformidad con lo previsto en el artículo 3.3 d) de la LCSP, y en consecuencia remite a este Tribunal el escrito de interposición por considerarlo asunto de su competencia.

En el supuesto examinado, el artículo 1 de los Estatutos de la entidad Turismo y Planificación Costa del Sol S.L.U., dispone que, *“A efectos de la legislación de Contratos del Sector Público, la sociedad Turismo y Planificación Costa del Sol S.L.U., se considera medio propio y ente instrumental de la Diputación Provincial de Málaga y de sus organismos autónomos”*. Asimismo, en cuanto al capital social inicial figura como único accionista la Diputación Provincial de Málaga, y por tanto la referida mercantil está incluida dentro del ámbito subjetivo previsto en el artículo 3 1. h) de la LCSP y, por consiguiente, asiste la razón al órgano de contratación al afirmar que la referida entidad ostenta la condición de poder adjudicador no Administración Pública, conforme a lo previsto en el artículo 3.3 d) de la LCSP.

Asimismo, no consta que la Diputación de Málaga disponga de órgano especializado para la resolución del recurso especial contra actos de la propia Diputación o de sus entidades adscritas. Por tanto, este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el apartado 3 del artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, al respecto la entidad interesada AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP solicita en su escrito de alegaciones la inadmisión del recurso argumentando que la recurrente carece de legitimación dado que no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

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, la recurrente justifica su legitimación en el propio escrito de impugnación alegando que determinadas cláusulas del pliego vulneran los principios básicos de la contratación pública, limitando la concurrencia e impidiendo participar en la licitación en condiciones de igualdad. Queda, pues, justificado el interés legítimo que ostenta la mercantil UNIVE para impugnar los pliegos y por consiguiente su legitimación para la interposición del recurso, de acuerdo con el citado artículo 48 de la LCSP, pese a no haber participado en la licitación.



TERCERO. Acto recurrible.

Procede señalar que la recurrente califica el escrito presentado de recurso de alzada y que es el órgano de contratación el que lo recalifica como recurso especial; efectivamente esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse y resolverse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *«El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter»*.

El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 12 de abril de 2023, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 28 de abril de 2023 en el registro del órgano de contratación se ha formalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1 b) y 51. 3 de la LCSP .

QUINTO. Fondo del asunto.

1.- Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal en su escrito de interposición que, con estimación del mismo: *«dicte resolución por la que declare contrarios a Derecho, anulando y dejando sin efecto los Pliegos aquí impugnados, así como el resto de los actos administrativos dictados en cumplimiento de los mismos, como consecuencia de declarar nulas las Cláusulas 20 y 21 del Cuadro de Características (...).»*.

Funda su pretensión en la nulidad de las citadas dos cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares, motivada, por un lado, en la exigencia como requisito de solvencia de al menos cinco años de experiencia en el asesoramiento jurídico a entidades pertenecientes al sector público y, por otro lado, por la valoración como criterio de adjudicación de la experiencia en el ámbito de la Administración pública o entidades del sector público.

En concreto UNIVE centra su impugnación en determinados requisitos contenidos en las referidas cláusulas, por lo que para una mejor comprensión de la controversia planteada conviene reproducir el concreto contenido objeto de impugnación.

La cláusula 21 “Solvencia económica, financiera y técnica”, del Anexo I “Objeto y características del contrato”, del pliego de cláusulas administrativas particulares, establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

« •Acreditación de la solvencia técnica o profesional:
(...)»



Criterio 2: Indicación del personal técnico.

b) Requisito mínimo: El licitador deberá presentar un equipo mínimo formado por dos titulados/as universitarios, Graduado/a o Licenciado/a en derecho. Todos los/as abogados/as componentes del equipo propuesto deberán pertenecer, en calidad de ejercientes, con al menos seis años de antigüedad, a algún Colegio de Abogados. Se requiere, además, que el equipo mínimo tenga experiencia prestando servicios como letrado/a en el ámbito del objeto de contrato (haber prestado por personal adscrito al contrato, servicios de asesoramiento jurídico continuado en las materias objeto del contrato, en Administraciones Públicas o Entidades del sector público) de al menos 5 años.

c) Documentación a aportar: 1.- Certificados expedidos por el Colegio. 2.- La experiencia podrá haber sido adquirida mediante prestación de servicios de asesoramiento jurídico por cualquier modalidad de contratación administrativa, contratación laboral o relación estatutaria o mercantil. La acreditación de esta experiencia se hará mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, en el que figure la intervención en el asunto concreto y durante qué periodo de tiempo o el número de días trabajados y el tipo de jornada realizada en caso de relación laboral, funcionarial o estatutaria o el plazo concreto en caso de contrato de servicios. (...).

Respecto a la cláusula 20 “Criterios de adjudicación” del Anexo I del PCAP, se recurre el siguiente apartado:

«A.2). Experiencia profesional de los/as letrados/as adscritos al contrato: (Hasta 20 puntos).

El baremo para la valoración del criterio automático distinto del precio (equipo de trabajo) es el siguiente: experiencia prestando servicios como letrado/a en el ámbito del objeto de contrato (haber prestado por personal adscrito al contrato, servicios de asesoramiento jurídico continuado en las materias objeto del contrato, en Administraciones Públicas o Entidades del sector público):

- Experiencia como letrado/a de 5 años: 0 puntos*
- Experiencia de más de 5 años y menor o igual a 10 años como letrado/a: hasta 5 puntos*
- Experiencia de más de 10 años y menor o igual a 15 años como letrado/a asesorando en materia de contratación pública: hasta 10 puntos.*
- Experiencia de más de 15 años como letrado/a asesorando en materia de contratación pública: hasta 20 puntos.*

Se otorgará un punto por cada año de servicio con independencia del número de contratos adjudicados.»

La recurrente respecto a ambas cláusulas indica que, se configura en el pliego una solvencia técnica y un criterio de adjudicación claramente limitadores de la libre concurrencia y contraria a los principios que rigen la contratación pública, al exigir experiencia previa con la Administración Pública o empresas del sector público. Afirma que, con ello se está impidiendo el acceso de manera injustificada a profesionales que puedan contar con amplia experiencia, con conocimiento específico en la materia objeto del contrato, pero que hayan prestado sus servicios en el sector privado y no en la Administración o empresas del sector público. Argumenta que UNIVE cuenta con profesionales con sobrada experiencia en asesoramiento jurídico y representación letrada en todos los órdenes jurisdiccionales, como es objeto del presente contrato, a distintas entidades del sector privado, lo que de ningún modo supone que no esté perfectamente cualificada para prestar este tipo de servicios en el sector público.

Alega la recurrente, respecto al criterio de adjudicación, que «la valoración de contar con hasta quince años de experiencia en la Administración Pública también vulnera lo dispuesto en los arts. 1, 116, 132 y 145 LCSP por no estar vinculados con el objeto del contrato y vulnerar el principio de igualdad y no discriminación, dado que se valorará con mayor puntuación a aquella empresa que cuente en sus filas con alguien que ya haya trabajado para la Administración Pública».



UNIVE cita varias resoluciones de órganos de resolución de recursos contractuales y diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia para concluir que el requisito de experiencia en el sector público, ya sea como criterio de solvencia o como criterio de adjudicación, vulnera los principios de la libre concurrencia y de igualdad. Aduce que *«De ser así, la participación de nuevos licitadores en procedimientos de contratación pública estaría vedada y de este “círculo virtuoso de la contratación” resultaría la creación de un mercado oligopolístico, explotado por unos pocos agentes económicos que tuvieron la suerte de poder acceder al mismo -paradójicamente porque en su día no se les requirió la presente experiencia restrictiva con la correlativa influencia que podrán ejercer dentro de este.»*

Por todo lo expuesto concluye la recurrente que los defectos advertidos en los pliegos aprobados en el presente expediente vulneran los principios de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato a los licitadores y salvaguarda de la libre competencia, así como al principio de proporcionalidad, recogidos en la LCSP, y son por ellos constitutivos de nulidad. Así el artículo 132.1 de la LCSP establece que *«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»*, y el artículo 40 b) del mismo cuerpo legal considera anulables *«Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración»*.

Finalmente, pone de manifiesto que el expediente carece de justificación suficiente sobre los requerimientos contenidos en las referidas cláusulas lo que, a su entender, supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 116.4 LCSP: *«En el expediente se justificará adecuadamente:*

(...)

c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.»

2.- Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe solicita la desestimación del recurso al considerar adecuadas a derecho las cláusulas del pliego cuya anulación pretende la recurrente.

En cuanto al primero de los motivos de recurso, mediante el que se impugna el criterio 2 contenido en la cláusula 21 del anexo I del pliego, defiende que la solvencia profesional exigida en el pliego es adecuada, proporcional y conforme a Derecho. Considera que el órgano de contratación, en su redacción, actuó de conformidad con los preceptos de la LCSP, y en concreto con las previsiones contenidas en el artículo 90 y en el artículo 92 del citado texto legal. Argumenta que: *«es al órgano de contratación a quién corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (...).»*

Aduce que lo que se pretende con el criterio de solvencia establecido es atender a las especiales necesidades de la entidad contratante, toda vez que es un poder adjudicador que forma parte del sector público y que tiene un marco normativo y de funcionamiento propio con características diferentes que imponen la acreditación de características concretas respecto al objeto del contrato. Además, considera que la solvencia técnica y profesional exigida no se restringe a servicios prestados para la Administración Pública; sino que también incluye servicios



prestados a empresas del sector público, lo que abarca multitud de entidades, por lo que no se puede calificar tal requerimiento ni restrictivo ni de discriminatorio.

Por todo ello, concluye el informe respecto a esta primera cuestión que: *«es claro que la cláusula relativa a la solvencia no puede ser impugnada, por guardar vinculación con el objeto del contrato, ser proporcional, clara y perseguir que los licitadores y futuros adjudicatarios presten el servicio de forma ágil, adaptándose y continuando las líneas de defensa a seguir ya establecidas, de modo que exista garantía jurídica en la prestación del servicio.»*

En cuanto al segundo de los motivos de recurso mediante el que se pretende la anulación del criterio de adjudicación relacionado con la experiencia profesional de los/as letrados/as adscritos al contrato, el informe del órgano de contratación reitera los argumentos esgrimidos respecto al primero de los motivos, añadiendo que: *«el incremento de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del servicio respecto del mínimo exigido va a representar un plus valor de calidad en el contrato.*

Así, este criterio se encuentra totalmente vinculado al objeto del contrato, ya que se persigue, según la justificación que realiza Turismo y Planificación Costa del Sol S.L.U, en el PPT en su cláusula 1 que se “suplan las carencias que se sufren actualmente al acrecerse de medios personales suficientes que permita una adecuada resolución de determinadas cuestiones, siempre desde la dirección interna del departamento de Asesoría Jurídica, de forma que se continúe la misma línea de defensa, suponiendo una ampliación de los recursos internos y no una suplantación de los mismos”.

Defiende que en el presente criterio de adjudicación la experiencia requerida al personal que va a ejecutar el contrato va a afectar de manera significativa a la mejor ejecución del mismo, por lo que el criterio responde a las exigencias previstas en el artículo 145.2.2º de la LCSP. Al efecto afirma que: *“Sin duda mejorará la calidad el contar con perfiles que tengan experiencia en la prestación del servicio objeto del contrato en administraciones o entidades del sector público que conozcan el modo de proceder, las casuísticas, y estando especializados y contando con solvencia para responder a todas las problemáticas que puedan suceder en este ámbito público.”.* Tras lo expuesto concluye que el criterio de adjudicación recurrido es conforme a Derecho.

Cita, al igual que la recurrente, varias resoluciones de algunos de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual en apoyo de lo alegado.

Por último y en cuanto a la insuficiente motivación alegada en el recurso, manifiesta aportar como documento nº1 adjunto al recurso el informe de necesidad donde se justifican todos los extremos del expediente. Afirma que, aunque el citado informe no esté publicado en el perfil de contratante, sí lo está el PPT, en el que igualmente se justifica la experiencia solicitada al personal que ha de adscribirse al contrato.

Concluye el informe que: *«la solvencia y criterios de adjudicación que han sido objeto de este recurso se encuentran totalmente motivados y justificados. Es necesaria esta especialización y el aporte de calidad (que tengan experiencia en asesorar a Administraciones Públicas o Entidades del sector público) para la adecuada y correcta ejecución del contrato.».*

3.- Alegaciones de las entidades interesadas.

Por último, las entidades AUREN ABOGADOS Y ASESORES LEGALES AGP, S.A.P., CONSULTORÍA INTEGRAL DE LA EMPRESA Y EL MUNICIPIO S.L. y GÓMEZ-VILLARES & ATENCIÓN ABOGADOS Y CONSULTORES TRIBUTARIOS, S.L.P., se oponen asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en sus escritos de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.



SEXTO. Fondo del asunto: Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la exigencia de experiencia en servicios similares en una Administración o en el sector público como requisito de solvencia técnica o profesional.

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia planteada en el primer motivo del recurso, en el que la recurrente denuncia la solvencia técnica o profesional exigida en el PCAP, y ello al establecer como criterio de solvencia técnica o profesional la exigencia de haber prestado servicios similares al objeto del contrato con cualquier Administración o empresa del sector público.

El artículo 74.2 de la LCSP establece que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Asimismo, conforme al artículo 132.1 de la citada norma, 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.

Quiere decirse, pues, que en la elección de los criterios de solvencia el órgano de contratación ha de conciliar la necesidad de garantizar la ejecución del contrato a través de empresarios con la solvencia suficiente, con el respeto a los principios señalados en la LCSP. En tal sentido la recurrente combate que se exija en los pliegos como solvencia técnica o profesional experiencia previa, exclusivamente en el ámbito del sector público; sobre el particular existe un criterio asentado en la doctrina de los órganos jurisdiccionales y de resolución de recursos contractuales.

Así, este Tribunal se ha pronunciado sobre la legalidad del requisito de experiencia circunscrita al ámbito del sector público en varias resoluciones. Sirva de ejemplo, entre otras, la 333/2021, de 16 de septiembre, que aborda un supuesto similar al aquí planteado y en la que señalábamos lo siguiente:

«Pues bien, si bien es cierto, como afirma el órgano de contratación, que la LCSP le permite 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, es igualmente cierto 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, el principio de proporcionalidad, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, 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.

Así las cosas, y a juicio de este Tribunal, la solvencia técnica o profesional exigida en el PCAP resulta 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 y más concretamente del derecho público, lo que no cabe es que se exija, como requisito inexcusable para acreditar dicho conocimiento y poder participar en la licitación, el haber sido contratado por una Administración pública o empresa



del sector público en unas materias determinadas; rechazando con ello, la experiencia que se haya podido adquirir, por ejemplo, en aquellos procesos en los que se haya actuado en defensa de particulares teniendo como demandada a la Administración Pública, en los que por actuarse en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa también se puede adquirir pericia válida que se podría tener en cuenta para los fines pretendidos, poniéndose de manifiesto de esta manera el carácter discriminatorio y excluyente de la cláusula».

Sobre la presente cuestión y en igual sentido existen diversos pronunciamientos judiciales, entre los que cabe destacar la Sentencia 768/2019, de 21 de octubre, de la Sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, pues en ella se resuelve un supuesto prácticamente igual al que se examina, en concreto un servicio de asesoramiento jurídico y defensa procesal a un Ayuntamiento. En el citado asunto la cláusula impugnada disponía lo siguiente: *“los profesionales interesados en la contratación deberán acreditar como requisito de solvencia profesional para poder participar en la licitación los siguientes extremos...certificados acreditativos de la experiencia del licitador en la defensa en juicio de Administraciones Públicas”*. Con respecto a la misma dice así la sentencia, en su fundamento de derecho tercero:

«Esta cláusula restringe la concurrencia y solo la admite respecto de aquellos letrados que previamente hayan defendido a la Administración. Se trata de una condición excluyente de participación en el concurso, que se restringe exclusivamente a favor de un grupo privilegiado de letrados que cuentan con la experiencia requerida por el pliego impugnado; los que carezcan de esa experiencia no podrán participar. La restricción de la competencia establecida resulta contraria a los principios de libertad de concurrencia sin crear obstáculos injustificados proclamados en el art. 1 del TRLCSP y su artículo 117.2, así como el 139 que prima los principios de igualdad y transparencia.

De manera más clara y manifiesta el art. 32 d) del TRLCSP establece como causa de nulidad todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen de manera directa o indirecta ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Este precepto se introdujo por el art. 44 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, en cuyo preámbulo se afirma que se contemplan medidas para eliminar obstáculos para el acceso de los emprendedores a la contratación pública de forma que ésta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de empresas. Como señala la sentencia del TSJ de Canarias de 4-10-2013, recurso 371/2011, la exigencia de un requisito tan restrictivo instaura una suerte de proceso de retroalimentación o círculo vicioso en cuanto a las adjudicaciones que opera en la práctica como infranqueable barrera a la posible entrada de nuevos licitadores en el segmento de la contratación pública.

Además, el pliego exige que la solvencia técnica se acredite únicamente con la experiencia de defensa en juicio de la Administración Pública, pero de rechazo se niega que se pueda acreditar esa experiencia en aquellos procesos en los que se haya actuado en defensa de particulares teniendo como demandada a la Administración Pública en los que por actuarse en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa también se puede adquirir pericia válida que se podría tener en cuenta para los fines pretendidos, poniéndose de manifiesto de esta manera el carácter discriminatorio y excluyente de la cláusula. En este sentido el art. 78.1 a) del TRLCSP a la hora de determinar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, se refiere y admite no solo los servicios prestados a entidades públicas sino también a sujetos privados, indicándose los medios o



instrumentos a través de los que se podrán acreditar tales actividades o servicios. Por lo demás, en tal precepto la experiencia no es el único factor a tener en cuenta para acreditar la solvencia técnica sino también otros como el personal técnico, sus instalaciones, medios de estudio e investigación, controles de calidad, medidas de gestión ambiental, maquinaria y equipos técnicos, así como la plantilla y personal directivo».

El mismo criterio manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1286/2020, de 30 de noviembre, en un asunto en el que se planteaba una cuestión igual a la que ahora se analiza, en relación a las cláusulas de los pliegos de un contrato de servicios para el asesoramiento y la defensa jurídica de un Ayuntamiento, y en el que se declara la nulidad de la cláusula en los siguientes términos: «(...) en la medida en que circunscribe los servicios a valorar a la exigencia de que se hayan prestado en virtud de un contrato de servicios a favor de una Administración Pública (todo lo contrario, dado que la Ley es clara en no permitir cláusulas que de cualquier forma, directa o indirecta, otorguen ventaja a quien haya contratado previamente con cualquier Administración); este Tribunal debe estimar el recurso declarando la cláusula R.1.3 disconforme a lo dispuesto en el art. 40 b) de la LCSP».

Asimismo, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi ha mantenido el mismo criterio en asuntos similares, entre los que cabe señalar, el pronunciamiento realizado en su Resolución 62/2018, de 10 de mayo, que tenía por objeto el anuncio y los pliegos de un contrato de asistencia, asesoría y defensa jurídica, de un Ayuntamiento y en la que concluía:

«A juicio de este OARC/ KEAO, el motivo de impugnación debe ser aceptado y la cláusula anulada. No cabe que la experiencia valorada sea exclusivamente la adquirida en Administraciones Públicas, cuando la influencia en la calidad de la prestación que implica que el personal que la ejecute haya realizado anteriormente tareas similares (artículo 145.2.2º de la LCSP) puede acreditarse también mediante servicios prestados al sector privado, igualmente afectado por la normativa urbanística o medioambiental objeto del contrato (por ejemplo, promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las competencias administrativas sobre la materia y que pueden requerir también ayuda profesional), tal y como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 133/2015. Debe añadirse que, incluso en el caso de que el régimen jurídico aplicable no fuera el previsto en la LCSP, la cláusula sería igualmente contraria a Derecho en virtud del artículo 32 d) del TRLCSP, si bien con sanción de nulidad de pleno derecho. En cualquier caso, ambas normas no son sino una especificación del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que un criterio de adjudicación otorgue ventajas injustificadas a ofertas que aportan ventajas sustancialmente iguales».

En definitiva, a juicio de este Tribunal, la solvencia técnica o profesional requerida en el PCAP, contiene una exigencia que limita las posibilidades de aquellos despachos profesionales que podrían prestar perfectamente esa función de asesoramiento jurídico y defensa en juicio en unas condiciones óptimas de preparación, pero que se verían injustamente apartados por ese requisito de haber prestado previa y precisamente esa función para una Administración pública o empresa del sector público, lo que concedería una ventaja prácticamente definitiva a los despachos que ya hubieren prestado esas funciones, a lo que se opone el mencionado 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».



Pues bien, en el supuesto analizado, la experiencia circunscrita al sector público exigida en la cláusula 21 del Anexo I del pliego vulnera lo dispuesto en el artículo 40 b) de la LCSP y es contraria a la doctrina expuesta, otorgando una ventaja competitiva injusta a quienes puedan acreditar aquella en perjuicio de quienes, pudiendo ostentar dilatada experiencia en el sector privado en las mismas materias jurídicas y órdenes jurisdiccionales incluso interviniendo procesalmente contra entidades del sector público, no hayan ejecutado servicios jurídicos para el sector público; los cuales son eliminados del proceso con clara infracción del principio de igualdad de trato sin que, en contrapartida, la Administración adquiera con dicha exclusión mayor garantía en orden a una mejor prestación del servicio.

Procede, pues, estimar este primer motivo de recurso y anular el requisito de experiencia circunscrita al sector público que se contiene en la cláusula 21 “*Solvencia económica, financiera y técnica*”, del Anexo I “*Objeto y características del contrato*”, del pliego de cláusulas administrativas particulares.

2. Sobre la valoración de la experiencia en la Administración pública y en el sector público como criterio de adjudicación.

En el segundo motivo del recurso, la entidad UNIVE, denuncia que uno de los criterios de adjudicación evaluable mediante fórmulas, el recogido en la cláusula 20 del anexo I del pliego, valora la experiencia profesional del personal adscrito al contrato en los servicios prestados en la Administración pública y en las entidades del sector público en un periodo de hasta 15 años.

Para resolver la cuestión, hemos de partir del postulado legal citado por el órgano de contratación y contenido en el artículo 145.2.2º de la LCSP que contempla como criterio de adjudicación “*La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución*”; y del criterio de este Tribunal sobre la cuestión que ha sido expuesto, entre otras, en la Resolución 98/2020, de 12 de mayo, donde señalábamos lo siguiente:

«Cuestión distinta es que debamos abordar, toda vez que la recurrente solicita su anulación, la conformidad a derecho de la experiencia en el ámbito tributario de los perfiles citados en la cláusula 3 del PPT, si bien -como hemos dicho- desde la perspectiva de su valoración como criterio de adjudicación.

Pues bien, el requisito de la experiencia ha sido tradicionalmente considerado como una condición de solvencia más que como un criterio de adjudicación sobre la base de tratarse de una cualidad de la empresa licitadora que ninguna ventaja directa o valor añadido reporta a la oferta. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-601/13, de 26 de marzo de 2015 (Ambisig y Nersant) se produce un cambio de criterio y el citado Tribunal comienza a considerar que en ciertos tipos de contratos sí cabe admitir la experiencia como criterio de adjudicación.

Asimismo, la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 94, señala que “Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura (...)”. Así pues, su artículo 67 prevé la experiencia del personal como criterio de adjudicación y el precepto se incorpora con



una redacción casi idéntica al vigente artículo 145 de la LCSP que, al describir algunos criterios de adjudicación, menciona expresamente “La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.

Al respecto, como señala el Informe 108/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, “(...) la expresión “de manera significativa” constituye un concepto jurídico indeterminado cuya concreción depende de las condiciones específicas de la licitación de que se trate, sin que sea posible definirlas de antemano. El vocablo “significativa” debe entenderse en este caso en la segunda de las acepciones que nos proporciona el Diccionario de la RAE, esto es, “Que tiene importancia por representar o significar algo.” En este sentido equivaldría a una influencia relevante en la ejecución del contrato, de modo que no sólo no es inocua en la ejecución, sino que es un elemento importante para la ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir que la experiencia de algún trabajador de la empresa licitadora sí que puede considerarse como criterio de adjudicación en un contrato de ejecución de obras [tipo contractual respecto al que se plantea la consulta] (...) porque aunque en la Jurisprudencia del TJUE se alude a un tipo de contratos muy específicos como son los referentes a prestaciones de carácter intelectual, la Directiva y la ley española vigente no constriñen su aplicación a tipos concretos de contratos públicos.

(...) En conclusión, sí que resulta ajustado a derecho que los pliegos identifiquen a determinados perfiles profesionales, puestos o componentes de los licitadores como relevantes en la ejecución efectiva del contrato y fijen su experiencia como un criterio de adjudicación del mismo.

(...) Ahora bien, la participación efectiva en la ejecución y la influencia significativa en la mejora en la ejecución del contrato público exigen que los puestos o roles seleccionados en el pliego cumplan efectivamente estas dos condiciones, de modo que cabría considerar que no se produce esta circunstancia cuando los pliegos omitan perfiles igualmente relevantes a estos efectos o incluyan determinados perfiles característicos de empresas concretas y que no cumplan las condiciones descritas en la norma. En este sentido asiste la razón a la entidad consultante pues este tipo de referencias en los pliegos pueden suponer auténticas barreras de acceso a las licitaciones, contrarias por definición a los principios de concurrencia y de igualdad de trato a los licitadores. Como antes indicamos, estas dos condiciones sirven de parámetro de legalidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en lo que hace a esta concreta cuestión”.

(...) Por todo lo anteriormente expuesto constituye una buena práctica que el órgano de contratación justifique suficientemente (en la memoria justificativa del contrato) la elección de este criterio de adjudicación de modo que quede motivada la proporcionalidad del criterio y su relación con el objeto del contrato”.

De lo hasta ahora expuesto, podemos extraer dos conclusiones claras:

- 1. La experiencia del personal de las entidades licitadoras puede ser criterio de adjudicación.*
- 2. Su participación efectiva en la ejecución y la influencia de los perfiles seleccionados en una mejora de la ejecución contractual son dos circunstancias a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad y adecuación del criterio.*



(...) Así pues, sobre la base de los datos expuestos que obran en el expediente, lo primero que se echa en falta es una adecuada justificación de la experiencia exigida para su valoración como criterio de adjudicación, lo que por otro lado resulta una obligación impuesta por el artículo 116.4 de la LCSP. En este sentido, no puede considerarse justificación suficiente el propósito dirigido a “obtener servicios de gran calidad” que obra en la memoria, pues esta frase es genérica y en nada explica por qué la concreta experiencia requerida a cada uno de los perfiles resulta necesaria o “afecta de manera significativa a la mejor ejecución del contrato” utilizando la dicción literal del artículo 145 de la LCSP.»

La primera conclusión que extraemos del criterio expuesto en la resolución parcialmente transcrita es que la experiencia del personal puede ser criterio de adjudicación pero solo en las circunstancias concretas a las que se refiere el artículo 145 de la LCSP *“siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”*, lo que determina que la motivación exigible a la elección de cualquier criterio de adjudicación, de conformidad con el referido artículo 116.4 c) del citado texto legal, cobre especial relevancia en este caso: primero, porque solo una justificación específica ajustada al supuesto concreto permitirá determinar si la calidad del personal va a afectar de modo significativo a una mejora en la ejecución; y segundo, porque el criterio en sí mismo es lo suficientemente restrictivo de la concurrencia, para exigir una cualificada motivación, que justifique que la especial cualificación en el personal encargado de la ejecución del contrato lo sea en el sector público y por un periodo valorable que alcanza hasta los quince años.

En el informe al recurso, el órgano de contratación pone de manifiesto que la justificación del criterio de adjudicación recurrido consta tanto en el Informe de necesidad del contrato, como en el contenido del PPT, cuyo párrafo reproduce, y que dice que a diferencia del informe de necesidad fue objeto de publicidad en el perfil de contratante. En el citado PPT, bajo el epígrafe de “Justificación” consta: *“De esta manera se promueve desde el departamento de Asesoría Jurídica la contratación de una serie de servicios encaminados a suplir las carencias que se sufren actualmente al acrecerse de medios personales suficientes que permita una adecuada resolución de determinadas cuestiones, siempre desde la dirección interna del departamento de Asesoría Jurídica, de forma que se continúe la misma línea de defensa, suponiendo una ampliación de los recursos internos y no una suplantación de los mismos”*.

Pues bien, analizado el contenido de ambos documentos se concluye que la justificación a la que alude no es la del criterio en sí, como exige el artículo 116.4 c) de la LCSP, ni va dirigida a acreditar que la experiencia exigida en el criterio de adjudicación supone una garantía de calidad con afectación significativa a una mejor ejecución.

Así, el contenido de los documentos citados en el informe al recurso hacen referencia a la necesidad del contrato, al objeto y características de la prestación, a la descripción de los trabajos, a la justificación de la no división del contrato en lotes, ahora bien en cuanto al criterio de experiencia profesional del personal adscrito al contrato, al que atribuye una valoración de hasta 20 puntos, de los 51 que como máximo se pueden obtener en el apartado de criterios evaluables mediante fórmula, se limita a referir :*“Como autoriza el artículo 145.2.2º de la LCSP y la STJUE Sala 5ª de 26 de marzo de 2015 (as.601/13 Ambisig), según la cual “la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación”;* añadiendo que *“la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación”* y, se establece por ello el siguiente criterio, para la valoración automática de las ofertas de los licitadores, que hayan presentado equipo de trabajo con las características mismas anteriormente descritas.”

Pues bien; los extremos referidos no constituyen justificación concreta del criterio de adjudicación elegido, ni de su afectación significativa a una mejor ejecución. En definitiva, no es posible admitir una justificación de la



experiencia del personal como criterio de evaluación de las proposiciones que se limita a la dicción literal del precepto del que trae causa, o la doctrina jurisprudencial que lo sustenta.

Como ya hemos señalado la justificación del criterio en el expediente que deviene obligatoria por disposición legal -artículos 116.4 y 145.2 de la LCSP-, resulta de especial importancia en el presente asunto habida cuenta que la libre concurrencia se ve afectada teniendo en cuenta que se valora una experiencia y cualificación específica, al personal encargado de ejecutar la prestación del servicio, circunscrito al sector público y que alcanza un periodo de hasta quince años, lo que hace aún más necesario que ese plus de experiencia profesional evaluable como criterio de adjudicación -con una ponderación no desdeñable de 20 puntos en un total de 100- encuentre una motivación específica ajustada a las exigencias del artículo 145 LCSP, pues ello entraña una restricción objetiva en la selección de las ofertas, que debe ir acompañada de la motivación legalmente exigible, que permita valorar si la misma deviene necesaria y proporcional.

Con base en las consideraciones anteriores, este segundo motivo de recurso debe ser estimado y anular el criterio de experiencia profesional que se contiene en la cláusula 20 del Anexo I del pliego.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en el referido fundamento sexto, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado «Servicio de asistencia jurídica externa complementaria de los servicios jurídicos de Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U.» convocado por la citada empresa pública, dependiente de la Diputación Provincial de Málaga (Expte.SLU-2023-ASJ-PAO-0001); y en consecuencia, anular dicho pliego de cláusulas administrativas particulares conforme a lo expresado en los fundamentos de derechos sexto y séptimo de esta resolución.

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 en Resolución de 26 de mayo de 2023.

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 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.

