

Lehendakaria / Presidente
Imanol Zubizarreta Arteche

Kidea / Vocal
Mikel Ulazia Etxabe

Idazkari - Kidea / Vocal - Secretaria
Nekane Orbegozo Zurutuza

Resolución 5/2024 Ebazpena
Recurso 04/2024 Errekurtsoa

LKS, S.COOP enpresak kontratazio alorreko errekurtso berezia jarri zuen «Consortio Autoridad Territorial del Transporte de Gipuzkoa - Gipuzkoako Garraioaren Lurralde Agintaritzza Partzuergo»ko (aurrerantzean, GGLA) zuzendari nagusiak 2024ko martxoaren 27an eman zuen ebazpenaren aurka, zeinaren bidez “aholkularitza juridiko integrala, arrunta eta ez-ohikoa zerbitzua” (espediente: E3-2024-01) kontratatzeko agiriak onartu ziren. Errekurtso horren harira, Kontratazio Alorreko Errekurtsoetarako Foru Auzitegi Administratiboa, gaurko egunean egindako bilkuran, aho batez honako erabaki hau hartu du:

En el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa LKS, S.COOP. contra los pliegos para la contratación del “*servicio de asesoramiento jurídico integral ordinario y extraordinario*” aprobados por Resolución, de 27 de marzo de 2024, de la directora general del «Consortio Autoridad Territorial del Transporte de Gipuzkoa - Gipuzkoako Garraioaren Lurralde Agintaritzza Partzuergoa» (en adelante, ATTG) (Expte.: E3-2024-01), el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado por unanimidad el siguiente acuerdo:

AURREKARIAK

LEHENA. - 2024ko maiatzaren 21ean Auzitegiaren erregistroan aurkeztutako idatziaren bidez, LKS, S. COOP. sozietateak kontratazio arloko errekurtso berezia jarri zuen ebazpen honen hasieran aipatutako agirien aurka.

BIGARRENA. - Auzitegiak ofizio bat bidali zion GGLAri. Bertan, errekurtsoaren kopia bidali zion, eta espediente eta errekurtsoari eta eskatutako kautelazko neurriari buruzko txostena eskatu zion. Hori guztia maiatzaren 31n sartu zen Auzitegiaren erregistroan.

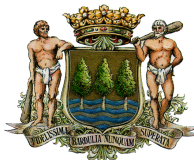
HIRUGARRENA. - Sektore Publikoko Kontratuei buruzko azaroaren 8ko 9/2017 Legearen 56.3 artikuluan xedatutakoa jarraituz, Auzitegiak errekurtsoa bidali zien proposamena aurkeztu zuten lizitatuzaileei, eta bost egun balioduneko epea eman zien alegazioak

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Mediante escrito presentado en el registro del Tribunal el día 21 de mayo de 2024, LKS, S. COOP. interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos referidos en el encabezamiento de esta resolución.

SEGUNDO. - El Tribunal dirigió oficio a la ATTG remitiéndole copia del recurso y reclamándole el expediente y el correspondiente informe acerca del recurso y de la medida cautelar interesada. Todo lo cual tuvo entrada en el registro del Tribunal el día 31 de mayo.

TERCERO. - De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores que presentaron proposición, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.



aurkezteko. Epea igaro da, eta lizitatzailerik ez du alegaziorik aurkeztu.

Transcurrido el plazo, ninguno de los licitadores ha presentado alegaciones.

LAUGARRENA.- 2024ko ekainaren 12ko Ebazpenaren bidez, Auzitegiak kontratua esleitzeko prozedura etetea erabaki zuen, errekurtsua ebatzi arte.

CUARTO.- Por Resolución, de 12 de junio de 2024, el Tribunal acordó suspender el procedimiento de adjudicación del contrato hasta que se resuelva el recurso.

ZUZENBIDEZKO OINARRIAK

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Errekurtsoaren onargarritasuna

Admisibilidad del recurso

LEHENENGOA. - Xedea.

PRIMERO. - Objeto.

Errekurtsua 185.640 euroko balio zenbatetsia duen kontratu baten administrazio klausula partikularren agiriaren (AKPA) aurka aurkeztu dira.

El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de un contrato cuyo valor estimado asciende a 185.640 euros.

Beraz, egintzaren aurka kontratazio arloko errekurtsu berezia jar dakiok, hala xedatzen baitute Sektore Publikoko Kontratuei buruzko azaroaren 8ko 8/2017 Legearen (SPKL) 44. artikuluko 1.a) eta 2.a) apartatuek.

Por lo tanto, el acto es susceptible de recurso especial en materia de contratación por así disponerlo los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

BIGARRENA. Eskumena.

SEGUNDO. - Competencia.

GGLA partzuergo bat da, eta, 40/2015 Legeak, urriaren 1ekoak, Sektore Publikoaren Araubide Juridikoarenak, 120. artikuluan arautzen duen partzuergoak atxikitze araubidearen arabera, Gipuzkoako Foru Aldundiari atxikita dago, eta hala dago ezarrita GGLAren estatutuen 3.3. artikuluan (2018ko maiatzaren 14ko Gipuzkoako Aldizkari Ofiziala).

La ATTG es un consorcio que, de acuerdo con el régimen de adscripción de los consorcios regulado en el artículo 120 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, está adscrito a la Diputación Foral de Gipuzkoa, y así lo determina el artículo 3.3 de sus Estatutos (Boletín Oficial de Gipuzkoa de 14 de mayo de 2018).

Errekurtsu horren berri izateko eskumena Auzitegi honi dagokio, irailaren 28ko kontratazio alorreko errekurtsuetarako Foru Auzitegi Administratiboa sortu eta arautzeko 24/2010 Foru Dekretuaren 2.1 artikulua esleitzen baitio.

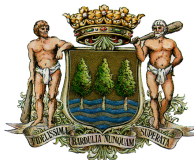
La competencia para conocer de los recursos corresponde a este Tribunal, al que le viene atribuida por el artículo 2.1 del Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales.

HIRUGARRENA. - Epea.

TERCERO. - Plazo.

Errekurtsua SPKLren 50.1.b) artikuluan

El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de



aurreikusitako hamabost egun balioduneko epean aurkeztu da, kontuan hartzen bada lizitazio iragarkia eta agiriak Euskadiko Kontratazio Publikoaren Plataforman ostatatuta dagoen Gipuzkoako Foru Aldundiaren kontratatzailearen profilean argitaratu zirela 2024ko apirilaren 29an.

LAUGARRENA. - Legitimazioa.

Erakunde errekurtsogileak, bere legitimazioaren alde, argudiatzen du bere helburu soziala bat datorrela lizitatutako kontratuaren xedearekin, eta, aldi berean, alegatzen du aurkaratzen dituen kaudimen baldintza horiek berdintasunezko egoeran lehiatzea eragozten diotela. Botere adjudikatzailerak ez du zalantzan jarri errekurtsogileak errekurtsua jartzeko duen legitimazio aktiboa.

Errekurtsua jarri duen sozietatearen estatutuetan eta errekurtsua jartzeko idazkian jasotakoaren arabera, sozietate horren xede soziala "zuzenbidearen arlo guztietan zerbitzu juridikoak eta laguntza profesionala ematea" da. Ondorioz, argi dago xede sozial horren eta lizitatzen den kontratuaren arteko lotura. Bestalde, errekurtsogilea agirien alderdi baten aurka agertzen da, hau da, kaudimen tekniko edo profesional jakin bat eskatzearen aurka, zeinak, dio, positiboki zaildu egiten baitu, are eragotzi ere, lizitazioan berdintasunezko baldintzetan parte hartzea.

Beraz, alde batera utzita enpresa errekurtsogileak proposamena aurkeztu duen ala ez, legitimazioa aitortu behar zaio kontratazio alorreko errekurtsu berezi hau aurkezteko, aurkaratu den jarduketak bere eskubide edo interes legitimoei eragiten baitie, SPKLren 48. artikulua xedatutakoaren arabera.

Auziaren mamia

Agiriei buruz.

BOSGARRENA. - GGLAko zuzendari nagusiaren 2024ko martxoaren 27ko Ebazpenaren

quince días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) LCSP, si se tiene en cuenta que el anuncio de licitación y los pliegos se publicaron en el perfil de contratante de la Diputación Foral de Gipuzkoa, alojado en la Plataforma Contratación Pública en Euskadi, el día 29 de abril de 2024.

CUARTO. - Legitimación.

La entidad recurrente, en apoyo de su legitimación, invoca la coincidencia de su objeto social con el objeto del contrato licitado, al tiempo que alega que las concretas condiciones de solvencia que impugna le impiden concurrir en régimen de igualdad. El poder adjudicador no ha cuestionado la legitimación activa de la recurrente para la interposición del recurso.

Según consta en los estatutos sociales de la sociedad recurrente unidos al escrito de interposición, se trata de una sociedad cuyo objeto social incluye la "*prestación de servicios jurídicos y de asistencia profesional en todas las áreas del derecho*". En consecuencia, resulta claro el vínculo entre ese objeto social y el contrato en licitación. Por otro lado, el recurrente se alza contra un aspecto de los pliegos, la exigencia de una concreta solvencia técnica o profesional que positivamente dificulta, pudiendo llegar incluso a impedir, el acceso a la licitación en condiciones de igualdad.

Por lo tanto, al margen de que la empresa recurrente haya presentado o no proposición, procede reconocerle legitimación para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación, al afectar a sus derechos o intereses legítimos la actuación objeto de impugnación, de acuerdo con lo previsto en el art. 48 de la LCSP.

Fondo del asunto

Sobre los pliegos.

QUINTO. - Por Resolución, de 27 de marzo de 2024, de la directora general de la ATTG se



bidez, “*aholkularitza juridiko integrala, arrunta eta ez-ohiko zerbitzua*” kontratatzeke espedientea onartu zen (Espediente: E3-2024-01). Bertan, administrazio klausula partikularren agiria (AKPA) eta preskripzio teknikoaren agiria (PTA) sartu ziren, eta adjudikazio prozedura irekia irekitzea xedatu zen.

Zerbitzuaren xedea

Preskripzio teknikoaren agiriaren arabera, kontratuaren xedea da aholkularitza juridiko integrala, arrunta eta ez-ohiko zerbitzua ematea, batez ere kontratazio publikoaren arloan.

Preskripzio teknikoaren agiriak, 3. apartatuan, honela adierazten du lanen irismena:

Zehatza izateko asmorik gabe, eta adibide gisa soilik, kontratazioak barne hartzen du, besteak beste, lege-aholkularitzako zerbitzu profesionalak ematea, bereziki, honako eremu hauetan:

- GGLAk eskatzen dituen txosten eta irizpen juridikoak idaztea konplexutasun, zabalera edo garrantzi bereziko gai juridikoei buruz, bai eta dedikazio espezifiko eta jarraitua eskatzen duten lanak egitea ere.
- Garraio operatiboarekin lotutako ahozko edo idatzizko kontsultei erantzutea.
- Gipuzkoako Garraio Agintaritzak egindako kontratazio orrien zirriborroak berrikustea, eta kontratuak prestatzeko, lizitatzeko, esleitzeko edo gauzatzeko fasean dauden kontsultak ebaztea.
- Laguntza ematea Gipuzkoako Garraio Agintaritzak egindako kontratazio publikoko prozeduraren fase guztietan.
- Hitzarmenak, kontratuak, estatutuak eta abar egitea, interpretatzea eta aplikatzea. Zehazki, beharrezkoa izango da Gipuzkoako Garraio Agintaritzak sinatutako hitzarmenak eguneratzea eta arau eskakizun berrietara egokitzea.
- Lan-gaiei buruzko kontsultak ebaztea eta

aprobó el expediente de contratación del “*servicio de asesoramiento jurídico integral ordinario y extraordinario*” (Expte.: E3-2024-01), que incluye los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT), y dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación abierto.

Objeto de la prestación

A tenor del pliego de prescripciones técnicas (PPT), el contrato tiene por objeto la prestación del servicio de asesoramiento jurídico integral ordinario y extraordinario, fundamentalmente en materia de contratación pública.

El PPT, en el apartado 3, enuncia en los siguientes términos el alcance de los trabajos:

“*Sin ánimo de ser exhaustivos, y a título meramente enunciativo, la contratación comprende, entre otras, la prestación de los servicios profesionales de asesoramiento legal, en especial, en los ámbitos que se relacionan a continuación:*

- *Redacción de informes y dictámenes jurídicos que se soliciten por la ATTG sobre temas jurídicos de especial complejidad, amplitud o trascendencia, así como la ejecución de trabajos que requieran de una dedicación específica y continuada.*
- *Respuesta a consultas verbales o escritas en relación a la operativa de transporte.*
- *Revisión de borradores de pliegos de contratación elaborados por la ATTG, así como resolución de consultas en fase de preparación, licitación, adjudicación o ejecución de contratos.*
- *Asistencia en todas las fases del procedimiento de contratación pública llevado a cabo por la ATTG.*
- *Elaboración, interpretación y aplicación de convenios, contratos, estatutos, etc. Concretamente, será necesaria la actualización de los convenios suscritos por la ATTG y adaptación de los mismos a las nuevas exigencias normativas.*



txostenak idaztea, konplexutasun berezikoak direnean.

- Lan-arloko arau-xedapen bereziei buruzko aholkularitza.
- Bileretara joatea, pertsona edo erakundeekiko harremanak, negoziazioak, elkarrizketak.
- Administrazioen arteko harremanetan laguntzea eta txostenak egitea
- Aholkularitza juridikoa ematea administrazio prozeduretan, nahiz eta ez izan haien ordezkariarik.
- Gai fiskalei buruzko kontsultak ebatzea eta txostenak idaztea.
- Zerga arloko arau xedapen bereziei buruzko aholkularitza ematea.
- Administrazio agintaritza eskudunen aurrean aurkeztu beharreko kontsultak, idazkiak edo baimenak, errekurtsoak edo erreklamazioak prestatzea eta aurkeztea.
- Oro har, Gipuzkoako Probintzia Auzitegiaren aplikazioari eta administrazio zuzenbidearen mende egoteari buruzko guztia, bai eta administrazio zuzenbidearen eremuan sortzen den edozein gai dagokiona ere: kexak, erreklamazioak, ondare erantzukizun juridikoa...

- *Resolución de consultas y redacción de informes en relación a temas laborales revistan especial complejidad.*
- *Asesoramiento sobre disposiciones normativas especiales en materia laboral.*
- *Asistencia a reuniones, relaciones con personas o entidades, negociaciones, conversaciones.*
- *Asistencia en relaciones interadministrativas y elaboración de Informes*
- *Asesoramiento jurídico en procedimientos administrativos, aunque no se ostenta la representación de los mismos.*
- *Resolución de consultas y redacción de informes en relación a temas fiscales revistan especial complejidad.*
- *Asesoramiento sobre disposiciones normativas especiales en materia fiscal*
- *Preparación y presentación de consultas, escritos o autorizaciones, recursos o reclamaciones que deban ser presentados ante las autoridades administrativas competentes.*
- *En general todo lo relativo a la aplicación y sujeción de la ATTG al derecho administrativo, así como de cualesquiera asuntos que se susciten en el ámbito del derecho administrativo: quejas, reclamaciones, responsabilidad patrimonial jurídico..."*

AKPAk kontratuaren xedea 79100000-5 zerbitzu juridikoak kodearekin deskribatzen du, erabilitako erreferentziak normalizatzeko helburuarekin sailkapen sistema jarraituz, Kontratuen Hiztegi Arruntari (KHA) jarraikiz.

El PCAP describe el objeto del contrato, siguiendo el sistema de clasificación con el fin de normalizar las referencias utilizadas, según el vocabulario común de contratos públicos (CPV), con el código 79100000-5 servicios jurídicos.

Kaudimena

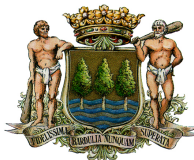
Errekurtsoan, LKS, S.COOP sozietateak AKPAren klausula espezifikoaren 21.2. apartatuaren aurka egin du eta baliogabetzeko eskatu du.

AKPAren atal horrek enpresaburuak lizitazioan parte hartzeko bete behar dituen gutxieneko kaudimen baldintzak zehazten ditu. Kaudimen tekniko edo profesionalari dagokionez, honako hau adierazten du:

Solvencia

En su recurso LKS, S.COOP impugna el apartado 21.2 de las cláusulas específicas del PCAP y pide su nulidad.

El referido apartado del PCAP señala los requisitos mínimos de solvencia que debe reunir el empresario para participar en la licitación. En relación con la solvencia técnica o profesional señala lo siguiente:



Egiaztatzea azken hiru urteetan (2021-2022-2023) kontratuaren xede diren lanen **izaera bereko edo antzeko hiru lan** gutxienez egin izana (sektore publikoko erakundeei legezko aholkularitza iraunkorra eta integrala ematea) eta horietako bat, gutxienez, garraioaren kudeaketarekin zerikusia duten sektore publikoko erakundeei egin izana.

- **Giza baliabideen atxikipen bat**, baldintza hauetan: **Bost pertsona, Zuzenbidean Lizentziatu edo Graduatu titulua dutenak** (azken kasu horretan, Abokatutzan Sartzeko Masterra ere izan beharko dute), garraio-gaietan esperientzia dutenak. Honako baldintza hauek bete beharko dituzte:

(i) aipatutako pertsonetako batek hamar urtetik gorako esperientzia izan beharko du sektore publikoko kontratazioaren arloko legezko aholkularitza iraunkor eta integralaren arloan; (ii) pertsona horietako batek hamar urtetik gorako esperientzia izan beharko du zerga-arloko legezko aholkularitza iraunkor eta integralaren arloan; (iii) pertsona horietako batek hamar urtetik gorako esperientzia izan beharko du lan-arloko legezko aholkularitza iraunkor eta integralaren arloan; (iv) beste pertsona batek zazpi urtetik gorako esperientzia izan beharko du sektore publikoko kontratazioaren arloko legezko aholkularitza iraunkor eta integralaren arloan; eta (v) azkenekoak lau urtetik gorako esperientzia izan beharko du sektore publikoko kontratazioaren arloko legezko aholkularitza iraunkor eta integralaren arloan.

Agiriari buruzko argibideak

SEIGARRENA. - 2024ko maiatzaren 10ean, agirietan antzemandako zenbait akats zuzentzearekin batera, agiriei buruzko zenbait argibide eman ziren argitara profilean, egindako kontsultei erantzuteko. Kontsulta horietako batek honela dio:

Kontratua arautzen duten klausula partikularren 21.2 apartatuan, kaudimen tekniko edo

*“Acreditar haber ejecutado, durante los tres últimos años (2021-2022-2023), al menos **tres trabajos de igual o similar naturaleza** a los que constituyen objeto del contrato (asesoramiento permanente e integral de carácter legal a entidades del sector público) teniendo que ser, al menos uno de ellos, a entidades del sector público relacionadas con la gestión del transporte.*

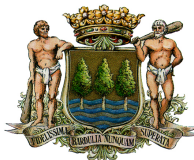
- **Una adscripción de medios personales** en los siguientes términos: **Cinco personas que ostenten la titulación de Licenciado o Graduado en Derecho** (en este último caso, que cuenten igualmente con el Máster de Acceso a la Abogacía), **con experiencia en temas de transporte**, siendo necesario que:

(i) una de las referidas personas cuente con una experiencia de **más de diez años** en el ámbito del asesoramiento permanente e integral de carácter legal en materia de contratación del sector público, (ii) una de las referidas personas cuente con una experiencia de **más de diez años** en el ámbito del asesoramiento permanente e integral de carácter legal en materia fiscal, (iii) una de las referidas personas cuente con una experiencia de **más de diez años** en el ámbito del asesoramiento permanente e integral de carácter legal en materia laboral, (iv) otra de ellas cuente con una experiencia de **más de siete años** en el ámbito del asesoramiento permanente e integral de carácter legal en materia de contratación del sector público y (v) la última de ellas cuente con una experiencia de **más de cuatro años** en el ámbito del asesoramiento permanente e integral de carácter legal en materia de contratación del sector público.”

Aclaraciones al pliego

SEXTO. - El día 10 de mayo de 2024, conjuntamente con la subsanación de ciertos errores advertidos en los pliegos, se hacen públicas en el perfil varias aclaraciones a los pliegos en respuesta a consultas planteadas. Una de estas consultas dice así:

“En el apartado 21.2. de las cláusulas particulares que regulan el contrato, en cuanto a



profesionalari dagokionez, ezartzen da ezen, gutxienez, izaera bereko edo antzeko hiru lanetatik batek garraioaren kudeaketarekin zerikusia duten sektore publikoko erakundeei egina izan behar duela. Zalantza da ea kaudimen hori egiazta daitekeen sektore publikoko erakunde bati eta garraioaren kudeaketarekin zerikusia duen erakunde pribatu bati emandako lan batekin.

Eta honela erantzun zitzaion:

Erantzuna: Ez. Izan ere, klausula horren arabera, kontratuaren xede diren lanen izaera bereko edo antzeko hiru lan egin behar dira gutxienez (lege-aholkularitza iraunkorra eta integrala sektore publikoko erakundeei), eta horietako bat, gutxienez, garraioaren kudeaketarekin zerikusia duten sektore publikoko erakundeei zuzenduta egon behar da.

Hau da, horietako batek gutxienez bi baldintza hauek bete behar ditu modu metagarrian: (i) sektore publikoko erakunde bati eskaini izana eta (ii) sektore publikoko erakunde horrek garraioaren kudeaketarekin zerikusia izatea.

ZAZPIGARRENA. – Errekurtsogilearen jarrera.

Enpresa errekurtsogileak uste du kontratazio publikoko oinarritzko printzipioen urraketa argia dela eskatzea ezen lizitatzailen kaudimen teknikoa egiaztatzeko modua sektore publikoko entitateetan kontratuaren xedearekin lotutako arloetan izandako esperientzia izan dadila.

Bere jarrera defendatzeko, alde batetik, SPKLren 90. artikuluan jasotzen dena alegatzen du, non adierazten den esperientzia egiazta daitekeela entitate publiko edo pribatuetan gauzatutako izaera bereko edo antzeko kontratuen bidez.

Bestalde, hizpidera ekartzen ditu Nazioartekotzeari Laguntzeko irailaren 27ko 14/2013 Legearen 45. artikulua eta SPKLren 40. artikulua b) letra, zeintzuek, antzeko moduan, kontratazio prozeduretan aurreko kontratisten

la solvencia técnica o profesional, se establece que al menos uno de los tres trabajos de igual o similar naturaleza debe haber sido prestado a entidades del sector público relacionados con la gestión del transporte. Nuestra duda es si podría acreditar esta solvencia con un trabajo prestado a una entidad del sector público y otro prestado a una entidad privada relacionada con la gestión del transporte.”

A lo que se le responde de la siguiente forma:

“Contestación: No, debido a que dicha cláusula refiere que tiene que haber al menos tres trabajos de igual o similar naturaleza a los que constituyen objeto del contrato (asesoramiento permanente e integral de carácter legal a entidades del sector público) teniendo que ser, al menos uno de ellos, entidades del sector público relacionadas con la gestión del transporte.”

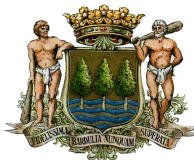
Esto es, al menos uno de ellos debe cumplir con carácter acumulativo los dos requisitos (i) que se haya prestado a una entidad del sector público, y (ii) que esa entidad del sector público esté relacionada con la gestión del transporte.”

SÉPTIMO. - Posición de la recurrente.

Entiende la empresa recurrente que la exigencia de acreditar la solvencia técnica de los licitadores mediante la experiencia en entidades del sector público en materias vinculadas al objeto del contrato es una clara vulneración de los principios básicos de la contratación pública.

En defensa de su posición, alega por un lado, lo que se recoge en el art.90 de la LCSP en donde se indica la posibilidad de acreditar la experiencia mediante contratos de igual o similar naturaleza en entidades públicas o privadas.

Por otro lado, trae a colación el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y la letra b) del art.40 de la LCSP, que vendrían de forma análoga a prohibir cualquier discriminación



aldeko edozein diskriminazio debekatzen duten, deuseztagarritzat jotzen baititu *“edozein botere adjudikatzailerik emandako xedapen, ebazpen, klausula edo egintza guztiak, zuzenean edo zeharka edozein administraziorekin kontratatu duten enpresei abantailak ematen dizkietenak”*.

Errekurtsoan, aztertzen dira aurkaratutako klausulak, hau da, kaudimen teknikoari buruzkoak, kontratuaren xedarekin duen lotura eta proportzioa. Alegatzen da kontratatu beharreko zerbitzuak administrazio-, zerga- eta lan-zuzenbideko lan generikoak direla, eta, erakunde kontratatzailea sektore publikokoa den arren, lanak egiteko arloa ez dela sektore horretako erakunde horiena eskusiboki, eta, beraz, aldarrikatzen da lanak kaudimen guztiarekin egiteko gaitasun teknikoa eremu publikotik kanpo eskuratzeko gaitasuna.

Kontratu Errekurtsoen Administrazio Auzitegi Zentralaren, Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren (KEAO) eta Auzitegi honen ebazpenak ekarrita, baita administrazioarekiko auzien jurisdikzioko hainbat organoen ere, errekurtsogileak uste du sektore publikoarentzako lanetan esperientzia eskatzeak, PTPan deskribatutako zerbitzuen irismena eta tipologia ikusita, lehia askearen, tratu-berdintasunaren eta diskriminazio-debekuaren printzipioak urratzen dituela.

ZORTZIGARRENA. - Erakunde kontratatzailearen jarrera.

GGLA ez dator bat eskatutako kaudimen teknikoa zalantzan jartzeko errekurtsogileak emandako argudioekin. Aurretiko espedienteak aipatu ondoren, non lehia handia izan baitzen eta egungo kaudimen baldintzen antzekoak ezarri baitziren errekurritu ez zirenak, defendatzen du kontratazio organoen diskrezionalitatearen eremuaren barruan sartzen dela hartzailea publikoa edo pribatua den zehaztea, kaudimen

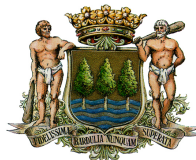
a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación, al calificar como anulables *“todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”*.

En el recurso se analiza la vinculación y proporción de la cláusula impugnada referida a la solvencia técnica con el objeto del contrato. Se alega que las prestaciones a contratar son trabajos genéricos de derecho administrativo, fiscal y laboral y que, si bien la entidad contratante pertenece al sector público, la materia en la que prestar los trabajos no es exclusiva de estas entidades de ese sector, por lo que se reivindica la capacidad de adquirir la capacidad técnica necesaria para ejecutar de manera totalmente solvente los trabajos fuera del ámbito público.

Invocando resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC) y de este Tribunal, así como de distintos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, la recurrente considera que exigir experiencia en trabajos para el sector público, a la vista del *“alcance y tipología de los servicios descritos en el PPT”*, vulnera los principios de libre competencia, igualdad de trato y prohibición de discriminación.

OCTAVO. - Posición de la entidad contratante.

ATTG discrepa de la argumentación dada por la recurrente en torno al cuestionamiento de la solvencia técnica requerida. Tras referirse a expedientes previos, en donde hubo una concurrencia creciente y se establecieron requisitos de solvencia análogos a los actuales que no fueron recurridos, defiende que la especificación del destinatario público o privado a la hora de acreditar la experiencia, como medio de



tekniko edo profesionalaren frogabide gisa, esperientzia egiaztatzeko garaian.

Kontratazio alorreko errekurtso bereziak berrikusteko organoen zenbait ebazpen aipatuz, GGLAk ondorioztatzen du ezen, kontratazio organoak diskrezionalitate horrek SPKLren printzipioak urra ez ditzan, beharrezkoa dela (i) baldintza edo irizpidea kontratuaren xedearekin lotura edukitzea, (ii) kontratuaren objektuarekiko proportzioskoa izatea, eta (iii) diskriminatzailea ez izatea. Ondorioz, kasu honetan eskakizun horiei nola erantzuten zaien azaltzen du.

Lehenengoari dagokionez, dio kontratuaren xedeak sektore publikoko erakundeei soilik emandako lanak biltzen dituela, mota horretako erakundeei soilik aplikatu dakiekeen araudia dela eta ezin dela lana egiteko behar den kaudimena eskuratu garraio pribatuko operadoreei aholkularitza emanda.

Proporzionaltasunari dagokionez, dio eskatzen den esperientzia ez dela entitate zehatz batetara mugatzen, GGLAra, ezta entitate mota batera ere, partzuergoak kasu, baizik eta sektore publikoko entitateetara oro har, eta ez dela eskatzen lan zehatz bat egin izana bereziki, aski baita egin dena garraioaren kudeaketari lotua izatea. Azken batean, azken hiru urteetako kontratu bakarra eskatzeak, edozein zenbatakorekin, eskakizun horren proportzioa bermatuko luke.

Azkenik, eskatutako kaudimenak lehiarako izaera diskriminatzailea edo mugatzailea izatea ukatzen da; izan ere, enpresa kopuru handi batek parte hartu ahal izan du (lizitatzailen batez bestekoa baino gehiago Gipuzkoan antzeko beste kontratu batzuen lizitazioetan)", eta, gainera, azaltzen du azken lizitazioetan hainbat adjudikaziodun egon direla eta errekurtsogileak aukera zuela, baldintza agiriak baimentzen zuten bezala, aldi baterako enpresa batasun gisa aurkezteko edo hirugarrenen kaudimenean oinarrituta.

prueba de la solvencia técnica o profesional, entra dentro del margen de discrecionalidad de los órganos de contratación.

Haciendo referencia a varias resoluciones de órganos de revisión de recursos especiales de contratación, la ATTG concluye que para que esa discrecionalidad del órgano de contratación no vulnere principios de la LCSP es preciso que (i) el requisito o criterio esté vinculado al objeto del contrato, (ii) sea proporcionado con el objeto de contratación; y (iii) no sea discriminatorio, por lo que pasa a exponer de que manera, en este caso, se atienden esas exigencias.

En cuanto al primero de ellos, sostiene que *“el objeto de contrato comprende labores prestadas exclusivamente a entidades del sector público, siendo normativa aplicable solo a este tipo de entidades, no siendo posible adquirir la solvencia necesaria para ejecutar el trabajo habiendo asesorado a operadores de transporte privado”*.

Por lo que se refiere a la proporcionalidad, se defiende que la experiencia exigida no se ciñe a una entidad específica, la ATTG, ni tan siquiera a un tipo de ellas, como son los consorcios, sino, con carácter general, a entidades del sector público, en una labor no especialmente concreta sino únicamente relacionada con la gestión del transporte. En definitiva, la exigencia de un único contrato, en los últimos tres años, del importe que sea, vendría a avalar la proporción de esa exigencia.

Finalmente, se niega el carácter discriminatorio o limitativo para la concurrencia de la solvencia exigida *“...cuando la realidad es que han podido concurrir un elevado número de empresas (más de la media de licitadores en otras licitaciones de contratos similares en Gipuzkoa)”*, además de hacer constar que en las últimas licitaciones ha habido diferentes adjudicatarios y que el recurrente, tal y como permitían los pliegos, había podido concurrir en UTE o bien, basándose en la solvencia de terceros.



BEDERATZIGARRENA. - Auzitegiaren NOVENO. - Apreciaciones del Tribunal oharrak

Eztabaidaren xedea da AKPAren klausula espezifikoan 21.2. apartatuan eskatzen den kaudimen tekniko edo profesionalaren legezotasuna argitzea. Horretarako, azaldu behar da, lehenik eta behin, zein den kontratazio publikoaren eremuan eska daitezkeen kaudimen baldintzen lege-esparrua eta hori nola aplikatzen duten administrazio- eta jurisdikzio-organoei, eta, ondoren, aztertu behar da zein diren kasu zehatz honetan aplikatzeak dakartzan ondorio juridikoak.

Kontratu publikoak adjudikatu ahal izateko kaudimena egiaztatzea da botere adjudikatzaileak erabiltzen duen mekanismoa hartara bermatzeko, bai finantzaren eta ekonomiaren ikuspegitik, bai ikuspegi tekniko edo profesionaletik, lizitatzailerik badutela gaitasuna lehiatzen diren adjudikazioaren kontratua behar bezala gauzatzeko. Horretarako, Administrazioarekin egiten dituzten kontratuak normaltasunez gauzatu direla aurreikusten duten baldintzak eskatzen dira.

Kontratazio organoari dagokio, batetik, zehaztea lizitatzailerik zer bitarteko eta dokumentu erabili behar dituzten erreferentziazko lizitazioan parte hartzeko behar besteko kaudimena dutela egiaztatzeko, eta, bestetik, kaudimena egiaztatutzat jotzeko gutxieneko balioak ezartzea. Beraz, kontratazio organoari diskrezionalitate eremu bat esleitzen zaio, kasuko kontratuaren bidez bete nahi den interes publikoa hobekien ezagutzen duenez, kasu bakoitzean gutxieneko kaudimen baldintzak definitu eta modulatzeko, prestazioa behar bezala emango dela aurreikusiko duen gutxieneko gaitasuna bermatzeko helburuarekin.

Hori bai, zehaztapen hori arrazoituta egin behar da, eta kontratazioaren printzipioak babesteko helburuz ordenamendu juridikoak ezartzen dituen mugei lotuta, bereziki lehia askeari, kontratuaren xedera egokitzeari eta proportzionaltasunari

Centrado el objeto de la controversia en dilucidar la legalidad de la solvencia técnica o profesional exigida en el apartado 21.2 de las cláusulas específicas del PCAP, procede en primer término, exponer el marco legal y su aplicación por los órganos administrativos y jurisdiccionales de los requisitos de solvencia exigibles en el ámbito de la contratación pública, para, posteriormente, analizar las consecuencias jurídicas de su aplicación al caso concreto que nos ocupa.

La acreditación de la solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos constituye el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren, requiriendo aquellas condiciones que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con la Administración.

Corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquel establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia. Por lo tanto, se atribuye al órgano de contratación, por ser quien mejor conoce el interés público que se pretende satisfacer a través del correspondiente contrato, un ámbito discrecional en orden a definir y modular los requisitos mínimos de solvencia en cada caso, todos ellos en aras a garantizar una aptitud mínima que haga previsible una ejecución correcta de la prestación.

Ahora bien, esta fijación debe realizarse motivadamente y con sujeción a las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico para preservar los principios de la contratación, especialmente los de libre competencia,



dagokienez.

adecuación al objeto del contrato y proporcionalidad.

Beraz, kontuan hartuta agintzen duen araua dela lizitazioa ahalik eta lizitatzailer gehienei irekitzea, kaudimena justifikatuta egongo da, xede legitimo bat lortzera jotzen duen neurrian, hau da, kontratua behar bezala gauzatzera jotzen duen neurrian. Aitzitik, lizitazio batean parte hartzeko deia jaso duenari ezartzen zaion edozein muga, kaudimena eskatzea kasu, zuzenbidearen aurkakoa izango da baldin eta kontratuaren prestazio egokia lortzeko beharrezkoa dena baino handiago bada, kualitatiboki edo kuantitatiboki.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que rige la máxima de abrir la licitación al mayor número de licitadores posible, la solvencia vendrá justificada, en la medida en que tienda a la consecución de un fin legítimo, como es el de estar encaminado a una adecuada ejecución del contrato. Por el contrario, cualquier limitación de quien está llamado a concurrir a una licitación, como en definitiva supone la exigencia de la solvencia, resultará contrario a derecho si es mayor, cualitativa o cuantitativamente, a la necesaria para procurar una adecuada prestación del contrato.

Kaudimen tekniko edo profesionalari dagokionez, prestazio analogoetan esperientzia izatea da legegileak gaitzen duen bitartekoetako bat hartara kontratazio organoak zerbitzu kontratuaren lizitatzaileraren egokitasun tekniko-profesionala aintzat hartzeko (SPKLren 90.1.a artikulua). Hori da, hain zuzen ere, giza baliabideen atxikipenez gain, GGLAk erabiltzen duen baliabideetako bat berrikusten ari garen espediente honetan kontratua behar bezala gauzatzeko dela ziurtatzeko.

En relación con la solvencia técnica o profesional, la experiencia en prestaciones análogas es uno de los medios que habilita el legislador para que pueda ser utilizado por el órgano de contratación en aras a considerar la idoneidad técnico-profesional del licitador (art.90.1.a) de la LCSP en los contratos de servicio. Este es precisamente uno de los medios, junto a la adscripción de medios personales, a los que acude la ATTG en el expediente que ahora se revisa para asegurarse la correcta ejecución del contrato.

AKPAren klausula espezifikoen 21.2. apartatutik (ekonomia- eta finantza-kaudimena eta gaitasun tekniko edo profesionala zehazten dituen) kaudimen tekniko edo profesionalari buruzko klausula soilik aurkaratzen da, zehazki lehenengo atala, non lizitatzailerak kontratua eskuratu ahal izateko behar duen esperientzia zehazten eta modulatu den. Horri dagokionez, alegatu du baldintzen agiriko zehaztapen horrek deuseztasun akatsa duela kontratazio publikoaren printzipioak urratzen dituelako, administrazioarekin kontratatu duten enpresen aldeko abantailak sortzen dituelako. Adierazi den bezala, apartatu horrek honela dio:

Del apartado 21.2 de las cláusulas específicas del PCAP, en donde se concreta la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, es objeto de impugnación solamente la cláusula referida a la solvencia técnica o profesional, en su apartado primero, en donde se determina y modula la experiencia necesaria del licitador para poder optar al contrato. Alegando, al respecto, que tal determinación en el pliego incurre en vicio de nulidad por vulnerar los principios de la contratación pública al crear ventajas en favor de empresas que hayan contratado con la administración. Tal y como ya se ha señalado, este apartado dice así:

Egiaztatzea azken hiru urteetan (2021-2022-2023) kontratuaren xede diren lanen **izaera bereko edo antzeko hiru lan** gutxienez egin izana (sektore publikoko erakundeei legezko aholkularitza iraunkorra eta integrala ematea) eta horietako bat,

“Acreditar haber ejecutado, durante los tres últimos años (2021-2022-2023), al menos tres trabajos de igual o similar naturaleza a los que constituyen objeto del contrato (asesoramiento permanente e integral de carácter legal a



gutxienez, garraioaren kudeaketarekin zerikusia duten sektore publikoko erakundeei egin izana.

Ondorioz, egokia da aztertzea ea klausula zehatz horrek alegatutako arau-hauste juridikoak egiten dituen.

Gai hori ebazteko, gogorarazi behar da kaudimenaren egiaztapena arautzen duen SPKLren edukia aginduzkoa dela, eta, beraz, bai hori egiaztatzeko bitartekoak, bai horri euskarri formal gisakoa ematen dioten baliabideak, arau horrek aurreikusten duenera zehatz-mehatz egokitu behar direla; hala, orain interesatzen zaigunari dagokionez, 90.1.a) artikuluan, bitarteko horien artean xedatzen da *“Gehienez ere azken hiru urteetan egindako zerbitzu edo lan nagusien zerrenda, kontratuaren objektua diren izaera bereko edo antzeko zerbitzu eta lanena. Zerrenda horretan, zenbatekoa, data eta haien hartzaile publikoa zein pribatua aipatuko dira.”*

Apartatu horren irismenari eta interpretazioari dagokionez, Auzitegi honek iritzia eman du apirilaren 9ko 4/2021 Ebazpenean, enpresa errekurtsogileak aipatzen duena. Bertan, lizitatzaillearen kaudimena egiaztatzeko eskatzen den esperientzia sektore publikoari soilik emandako kontratuetara mugatzeko aukerari buruz, subjektu pribatuak alde batera utzita, honako hau adierazi dugu:

“... gure kasuan zerbitzu juridikoen kontratua da. Eskatutako zerbitzuak kontratazio publikoaren arloan, oro har, aholkularitza juridikoa ematekoak dira, arreta berezia jarritz emakida kontratuetan eta sozietate arloko merkataritza zuzenbidean. Arlo horietako esperientzia administrazio publikoen edo sektore publikoko erakundeen aholkularitza juridikoan eskura daiteke, baina baita lizitazioetan parte hartzen duten eta/edo kontratu publikoen adjudikaziodun diren enpresa pribatuen aholkularitzan ere, zerbitzu emakidako kontratuak barne; izan ere, horien aholkularitzan baliozko trebetasuna eskura daiteke, gutxienez, erakunde publikoei emateko aukera izateko.

entidades del sector público) teniendo que ser, al menos uno de ellos, a entidades del sector público relacionadas con la gestión del transporte.”

Procede, en consecuencia, analizar si la concreta cláusula incurre en las infracciones jurídicas en tal sentido alegadas.

Para resolver esta cuestión, debe recordarse que el contenido de la LCSP que regula la acreditación de la solvencia es imperativo, de forma que, tanto los medios para acreditarla como los instrumentos que le sirven de soporte formal, deben ajustarse exactamente a lo prevenido en dicha norma; disponiendo, en lo que ahora interesa, en su artículo 90.1.a), entre tales medios la aportación de la *“relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; ...”*.

Sobre el alcance e interpretación de este apartado se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 4/2021, de 9 de abril, citada por la empresa recurrente, en la que sobre la posibilidad de restringir la experiencia exigida para acreditar la solvencia de los licitadores a los contratos prestados solo al sector público, con exclusión de los sujetos privados, hemos señalado lo siguiente:

“... en nuestro caso se trata de un contrato de servicios jurídicos. Los servicios requeridos consisten en el asesoramiento jurídico en materia de contratación pública en general, con especial incidencia en los contratos de concesión, así como en materia de derecho mercantil societario. La experiencia en esas áreas puede adquirirse en el asesoramiento jurídico de Administraciones Públicas o de entidades del sector público, pero también de empresas privadas que participen en licitaciones y/o sean adjudicatarias de contratos públicos, incluidos los contratos de concesión de servicios, en el asesoramiento de las cuales se puede adquirir una pericia válida para, al menos, poder optar a prestarlo a entidades públicas.



PKLren 90.1.a) artikulua xedatzen duenez, zerbitzu kontratuetan, enpresaburuen kaudimen teknikoa edo profesionala egiaztatu ahal izango da, gehienez ere azken hiru urteetan egindako zerbitzu nagusien zerrenda baten bidez, kontratuaren xede diren zerbitzuen izaera bera edo antzekoa dutela; zerrenda horretan, besteak beste, "zerbitzu horien hartzaile publiko edo pribatua" adierazi beharko da.

Erakunde kontratatzaileak eta prozeduran parte hartzen duen lizitatzzaileak interpretatzen dute botere adjudikatzailearen aukera bat dela, baina, KAEAAZen doktrina finkatuaren arabera, araua irakurri behar da kaudimena egiaztatu behar duen lizitatzzailearen ikuspegitik, eta hark baliatu dezake lanak egin izana sektore publikoan edo pribatuan.

Erabakigarria izan behar duena da kontratuaren xedearen antzeko zerbitzuetan alde aurretik izandako esperientzia, kontuan hartu gabe hartzaileak erakunde publikoak edo subjektu partikularrak izan diren. Esperientzia ezin da sektore publikora mugatu, pribatua alde batera utzita, edo alderantziz, pribatura mugatu, publikoa alde batera utzita.

Zentzu berean, urriak 1eko 12/2021 Ebazpenean, honako hau adierazten dugu:

SPKLaren 90.1 a) artikulua aipatzen dituen zerbitzuen izaera bereko edo antzeko hartzaile publiko edo pribatuak, azken urteetakoak, enpresariaren kaudimen tekniko edo profesionala egiaztatzeke, ez da esleitzzaileari botere bat ematen ari. KEAOren doktrina sendo baten arabera, lizitatzzailearen ikuspegitik irakurri behar da agindua, sektore publikoan edo pribatuan lanak egiteko erabil baitezake.

Azken batean, eskatzea kontratuari atxiki dakizkion aurrez sektore publikorako lan egin duten profesionalak eta profesionalen esperientzia baloratzea soilik sektore publikoko erakundeen

Dispone el artículo 90.1.a) LCSP que en los contratos de servicios la solvencia técnica o profesional de los empresarios podrá acreditarse por medio de una relación de los principales servicios realizados, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en el curso de, como máximo, los tres últimos años, en la que se indique, entre otras cosas, "el destinatario público o privado de los mismos".

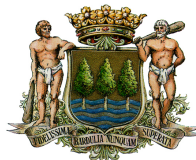
La entidad contratante y el licitador participante en el procedimiento interpretan que se trata de una opción del poder adjudicador, pero de acuerdo con la consolidada doctrina del TACRC, el precepto debe leerse desde la perspectiva del licitador que debe acreditar su solvencia, el cual puede esgrimir la realización de trabajos en el sector público o en el privado.

Lo decisivo debe ser la experiencia previa en servicios análogos a los que constituyen el objeto del contrato, sin consideración a si sus destinatarios han sido entidades públicas o sujetos particulares. No cabe ceñir la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público."

En sentido idéntico, en nuestra Resolución 12/2021, de 1 de octubre, señalamos:

Cuando el artículo 90.1.a) LCSP se refiere al destinatario público o privado de los servicios de igual o similar naturaleza realizados en los últimos años, a efectos de acreditar la solvencia técnica o profesional de los empresarios, no está concediendo una opción al poder adjudicador. De acuerdo con una consolidada doctrina del TACRC, el precepto debe leerse desde la perspectiva del licitador, el cual puede esgrimir la realización de trabajos en el sector público o en el privado.

En suma, exigir la adscripción al contrato de profesionales que hayan trabajado previamente para el sector público y valorar la experiencia de esos profesionales solo si ha sido adquirida en el



aholkularitzan eskuratu badute, hori guztia irailaren 27ko 14/2013 Legearen 45.1 artikuluan xedatutakoaren aurkakoa da eta SPKLaren 40 b) artikuluan aurreikusitako deuseztatzeko kausa izan daiteke.

Gauzak horrela, ondoriozta dezakegu, kaudimena esperientziaren bidez egiaztatzen den kasuetan, oro har erabakigarria den gauza bakarra dela aurreko lanak lizitazioaren xede direnen analogoak edo berdintsuak direla egiaztatzea, prestazio horien hartzailea publikoa edo pribatua izan; eta, beraz, kontratazio organoak ezin du esperientzia sektore publikora mugatu pribatua baztertuta, edo, alderantziz, pribatura publikoa baztertuta.

Interpretazio hori bat dator ekintzaileei eta haien nazioartekotzeari laguntzeko irailaren 27ko 14/2013 Legearen 45. artikuluan jasotako aurreikuspenarekin, kontratazio publikoko prozeduretan aldeztatik kontratisten aldeko diskriminazioa debekatzeari dagokionez, honako hau ezartzen baitu: 1. Kontratazio-prozeduretan, sektore publikoa osatzen duten ente, organismo eta entitateek ezin izango diete zuzeneko edo zeharkako abantailarik eman aldeztatik edozein administraziorekin kontratatu duten enpresei. Eta, gainera, ondorio juridikoa gehitzen du: 2. Erabat deusezak izango dira lege-indarra duten edo ez duten arau-xedapenetan jasotako xedapen guztiak, bai eta sektore publikoko edozein organok emandako egintza edo ebazpenak ere, baldin eta, zuzenean edo zeharka, abantailak ematen badizkiete aldeztatik edozein administraziorekin kontratatu duten enpresei.

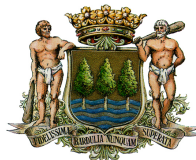
Oso berdintsua den zerbait dio SPKLko 40. artikulua b) letrak, non kontratazio publikoaren arloko administrazio zuzenbideko deuseztagarritasun arrazoiak arautzen diren, aldeztatik edozein administraziorekin kontratatu duten enpresen aldeko abantaila oro baztertuz.

asesoramiento de entidades del sector público contraviene lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, e incurre en la causa de anulabilidad contemplada en el artículo 40 b) LCSP.

Así las cosas, ya podemos concluir que lo único decisivo con carácter general, en aquellos supuestos en los que la solvencia se compruebe por la experiencia, es acreditar que los trabajos anteriores sean análogos o similares a los que son objeto de licitación, de modo indiferente entre el destinatario público o privado de aquellas prestaciones, y por tanto, sin que sea posible que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público.

Interpretación ajustada a la previsión contenida en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en relación con la prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública, que establece que "*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*", añadiendo además la consecuencia jurídica al señalar que "*2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley, así como los 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*".

En un sentido muy similar se pronuncia la LCSP en la letra b) de su artículo 40, en donde regula las causas de anulabilidad de derecho administrativo en materia de contratación pública, rechazando toda ventaja en favor de empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.



Hala ere, azaldutako doktrinaren arabera, kontratazio organoak esperientzia sektore publikora edo pribatura mugatzeko ezintasuna, logikoa denez, gertatuko da kontratuaren xedea bi sektoreetan kontratatua izateko aukera dagoen kasuetan. Baina egia esan, zenbait kontraturen xedea, funtsean, sektore publikoarena da, eta sektore pribatuak ezin du jarduera hori egin; kasu horietan, aldez aurreko zerbitzuekin egiaztatutako kaudimen teknikoak sektore publikoari buruzkoa izan beharko du nahitaez.

Azken batean, kontratuaren xedearen berezko aldagarritasunak, sektore edo ingurune jakin batean emana izateko, justifikatuko du esperientziaren eskakizuna aipatutako perimetrora mugatzen den ala ez kaudimenari dagokionez. Horrek esan nahi du kaudimenari buruzko irizpideak ezartzeko diskrezionalitateak ezin dituela inolako kasutan enpresa jakin batzuk "de facto" kanpo utzi, kontratatu beharreko prestazioaren eremu materialean oinarritutako justifikazio nahikorik egon gabe.

KEFAAk berak, apirilaren 27ko 546/2023 Ebazpenean, zentzu desberdinetako ebazpenak eman ditu sektore publikoaren aholkularitza juridikoaren eremuan, aholkularitza juridikoaren xede den gaiaren espezialitatearen arabera.

Horrenbestez, orain arte azaldutakoa kontuan hartuta, ondorioztatu behar da aipatutako manuak eta irizpideak aplikatzeko konponbidea funtsean kasuistikoa dela; izan ere, egiaztatu beharko da kaudimen teknikoaren eskakizuna kontratuaren xedearen mugaketan sartzen diren prestazioekin lotuta dagoen, eta, horregatik, kontratua behar bezala gauzatzeko beharrezkoa den. Azken alderdi hori, bestalde, kontratazioaren espedientean bertan justifikatu behar da.

Bestela esanda, aztertu behar da ea GGLAk behar bezala erabili duen kaudimena finkatzeko unean aitortzen zaion diskrezionaltasun marjina, eta,

Ahora bien, conforme a la doctrina expuesta, la imposibilidad de que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público o al privado se dará, como es lógico, en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato tenga la versatilidad de poder ser contratado en ambos sectores. Pero lo cierto es que existen contratos cuyo objeto es, por esencia, propio del sector público, sin que pueda el sector privado desempeñar tal actividad; supuestos en los que la solvencia técnica acreditada por servicios previos habrá, necesariamente de ir referida al sector público.

En definitiva, la versatilidad intrínseca del objeto del contrato, para que pueda ser prestada en un sector o contorno determinado, justificará que se circunscriba o no al referido perímetro la exigencia de la experiencia a efectos de solvencia. Esto significa que la discrecionalidad para establecer los criterios de solvencia en ningún caso puede llevar a excluir "de facto" a determinadas empresas, sin que exista justificación suficiente que se fundamente en el ámbito material de la prestación a contratar.

El propio TACRC, en su Resolución nº 546/2023, de 27 de abril, ha venido a reconocer resoluciones propias de sentido dispar justo en el ámbito del asesoramiento jurídico del sector público, según la especialidad de la materia objeto de asesoramiento jurídico.

Por lo tanto, con lo expuesto hasta este momento resulta necesario concluir que la solución a la aplicación de los preceptos y criterios apuntados, pasa por ser esencialmente casuística, pues habrá que contrastar si el requisito de la solvencia técnica guarda relación con las prestaciones que se incluyen en la delimitación del objeto contractual y es por ello, el necesario para la correcta ejecución del contrato, extremo que, por otro lado, debe venir justificado en el propio expediente de contratación.

Dicho de otro modo, debe examinarse si la ATTG ha hecho un uso apropiado del margen de discrecionalidad que se le reconoce a la hora de



beraz, ea lizitatzailari eskatutako esperientzia zehatzak modu arrazoituan azaltzeko moduko berezitasun maila bat duen, kontratatu nahi den GGLAren aholkularitza juridikoko zerbitzuari dagokionez, sektore publikoko erakundeetara mugatua izateko.

Preskripzio teknikoen agiriaren 2. apartatuak kontratuaren xedea deskribatzen du, eta 3. apartatuan lanen irismena zehazten da, gorago transkribatu diren bezala.

Ikus daitekeen bezala, kontratuaren xedearen deskribapena koherentea da preskripzio teknikoen agirian zerrendatzen diren lanen xehetasunekin; horretan, GGLAren aholkularitza juridiko integrala, arrunta eta ez-ohikoa aipatzen da, funtsean kontratazio publikoaren arloan. Deskribapen xehatu horrek izaera orokorreko lege aholkularitza orokor bat jasotzen du; eta izaera berezikoari dagokionez, zehatzegia izateko asmorik gabe, besteak beste garraioen operatibako, kontratazio publikoko, lan-arloko eta zerga-arloko gai juridikoak, eta, oro har, administrazio zuzenbidearen eremua aipatzen ditu.

Azken batean, preskripzio teknikoen agiriak ezartzen dituen aholkularitza juridikoaren mugek kontratuaren xedeari halako moldakortasun maila bat ematen diote, non nahitaez dakar ondorioztatzea lizitazioan parte hartu ahal izateko eskatzen den esperientziak antzeko moldakortasun maila bat izan behar duela.

Egia da GGLAk, bere alde, KEFAAren ebazpenak aipatzen dituela, non esperientzia, kaudimena egiaztatze aldera, soilik sektore publikoko erakundeei emandako lanetara mugatzea baliozkotzen duten. Aurreratu dugun bezala, KEFAAk zentzu desberdinetako ebazpenak eman ditu, aholkularitza juridikoaren xede den gaiaren espezialitatea kontuan hartuta. Aldez aurretik izandako esperientzia soilik Administrazio publikoei buruzkoaren eskakizunak, zalantzarik gabe, lehia mugatzen duen elementu bat dakar. Eskakizun hori proportzionatutzat jotzeko, beharrezkoa da lizitazioaren bidez ase nahi den

fijar la solvencia y, por tanto, analizar si el servicio de asesoramiento jurídico a la ATTG que se pretende contratar, presenta un grado de singularidad tal que explique de manera razonable la concreta experiencia, limitada a entidades del sector público, demandada a quien licita.

El apartado 2 del PPT describe el objeto del contrato y en el apartado 3 se detalla el alcance de los trabajos, tal y como han sido ya transcritos más arriba.

Como se puede apreciar, la descripción del objeto del contrato, en donde se hace referencia al asesoramiento jurídico integral y permanente de la ATTG, ordinario como extraordinario, fundamentalmente en materia de contratación pública, resulta coherente con el detalle de los trabajos que se relacionan en el PPT. Esta descripción detallada comprende un asesoramiento de carácter legal general y con carácter especial, relaciona sin ánimo de exhaustividad, materias jurídicas como el de la operativa de transportes, la contratación pública, la materia laboral y fiscal y, en general, el ámbito del derecho administrativo.

En definitiva, el contorno del asesoramiento jurídico que viene a delimitar el PPT otorga al objeto del contrato un grado tal de versatilidad que inevitablemente lleva a concluir que la experiencia exigida para poder acceder a la licitación tenga que venir caracterizada por un grado de versatilidad análogo.

Es cierto que la ATTG invoca en su apoyo resoluciones del TACRC en donde se valida ceñir la experiencia, a efectos de acreditar la solvencia, a trabajos prestados solamente a entidades del sector público. Como ya hemos adelantado, el TACRC ha dictado resoluciones en sentido desigual, atendida la especialidad de la materia objeto de asesoramiento jurídico. La exigencia de experiencia previa referida exclusivamente a las Administraciones Públicas introduce, indudablemente, un elemento que limita la competencia, que para considerarla proporcionada, debe obedecer a una razón de



beharkizun publikoa kontratistak behar bezala betetzeko gaitasuna duela bermatze aldekoa izatea. KEAANK honela justifikatzen du hori: urriaren 21eko 1415/2021 Ebazpenean, Administrazioa jurisdikzio-ordenetan epaiketetan ordezkatzek eta defendatzek duen berezitasuna eta eskatzen duen espezialitatea; eta uztailaren 28ko 946/2022 Ebazpenean, telebistako operadore publikoen jardura partikularra.

Baina, gure kasuan, PTAn aurreikusitako lanak ez dira eskusiboki garraioaren sektoreko operadore publikoenak. Aholkularitza juridiko orokor bat da, eta gaiak ditu kontratazio publikoa, fiskala, laborala eta administratiboa. Arlo horietako esperientzia sektore publikoko entitateei garraioaren arloan ematen zaien aholkularitza juridikoarekin eskuratu daiteke, baina baita garraioaren sektoretik kanpoko sektore publikoko entitateetan ematen zaienarekin ere, eta baita garraioaren sektorean jarduten duten edo horren lizentzioetan parte hartzen duten enpresa pribatuei ematen zaienarekin ere; horiei aholkularitza lanak emanez ere trebetasun bat lor daiteke, balio behar duena aholkularitza juridikoa entitate publikoetan emateko aukera izateko, gutxienez.

Oro har, kontratuaren xedearen definizioari edo egin beharreko lanen xehetasunei dagokienez, ez da ikusten oztoporik hartara ondorioztatzeko PTAn definitutako trebetasunak eta gaitasunak, gai profesionaletan beharrezkoak, eskuratu daitezkeela operadore pribatuei emandako aholkularitzarekin.

Ildo horretan, ezin gara ados egon Gipuzkoako Lurralde Agintaritzak errekurtsoari egindako txostenean (maiatzaren 31koa) egiten duen baieztapenarekin, honako hau defendatzen baitu: Kontratuaren xedeak sektore publikoko erakundeei soilik emateko lanak biltzen ditu, eta araudia erakunde-mota horiei soilik aplikatzen da, eta ezin da lana egiteko behar den kaudimena eskuratu garraio pribatuko operadoreei aholkularitza emanda. Egiatan, eskatzen den prestazioaren zatirik handiena hartzen duen administrazio-, lan- edo zerga-arloko lege

garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación y que el TACRC justifica por las particularidades y especialidades que supone, en la Resolución 1415/2021, de 21 de octubre, la representación y defensa en juicio de la Administración en los diferentes órdenes jurisdiccionales y en la Resolución 946/2022, de 28 de julio, la actividad particular de los operadores públicos de televisión.

Pero en nuestro caso, los trabajos previstos en el PPT no vienen caracterizados por ser exclusivos de operadores públicos del sector del transporte. Se trata de un asesoramiento jurídico general, en materias tales como la contratación pública, fiscal, laboral o administrativo. La experiencia en esas materias puede adquirirse en el asesoramiento jurídico de entidades del sector público en materia del transporte, pero también de entidades del sector público ajenas al sector del transporte, incluso en empresas privadas que participen en licitaciones u operen en el sector del transporte, en cuyo asesoramiento se puede adquirir una pericia igualmente válida para, al menos, poder optar a prestarlo a entidades públicas.

En términos generales, ni de la definición del objeto del contrato ni del detalle de los trabajos a prestar, se aprecia obstáculo para concluir que puedan adquirirse las habilidades y competencias precisas en las materias profesionales definidas en el PPT a través del asesoramiento a operadores privados.

En este sentido, no podemos compartir la afirmación que hace la ATTG en su informe al recurso, de 31 de mayo, al defender que “*el objeto del contrato comprende labores prestadas exclusivamente a entidades del sector público, siendo normativa aplicable solo a este tipo de entidades, no siendo posible adquirir la solvencia necesaria para ejecutar el trabajo habiendo asesorado a operadores de transporte privado*”. Lo cierto es que el asesoramiento legal en materias administrativas, de contratación pública, laborales o fiscales, que ocupa el grueso de la



aholkularitza, sektore publikoko operadoreei ez ezik, sektore pribatukoei ere eskain dakieke eta izatez eskaintzen zaie; eta, beraz, ez du zertan baldintza okerragoa izan, nahi den kaudimena egiaztatzeko, pribatuen eskariz gauzatutako administrazio-, lan- edo zerga-prozeduretan eskuratutako esperientzia duen lizitatzailerak, aipatutako sektoreen arauak aplikatzen badira. Eta gainera, AKPAk berak baieztapen haren aurka egiten du klausula espezifikoaren 21.2. apartatuan, kaudimen tekniko edo profesionala egiaztatzeko unean aipatutako gaitan –garraioa, sektore publikoko kontratazioa, zerga arloan, lan arloan– nahitaez sektore publikokoak ez diren erakundeei emandako lanen bidez eskuratutako trebetasuna duten langileak kontratuaren egikaritzari atxikitzea baimendu eta nahikotzat jotzen duelako.

Egia da, PTAn lanen irismena deskribatzean, berariaz adierazten dela zerrenda enuntziatiboa dela, eta, beraz, pentsa liteke aholkularitzak barne hartzen duela GGLAren jarduerak eska dezakeen beste edozein gai. Ildo horretan, GGLAk errekurtsoari buruz maiatzaren 31n egindako Txostenean, ahalegin berezia egiten da, azken urteotan emandako zerbitzuak gogoratzean, partzuergoen barne-funtzionamendua eta autoantolamendua gogorarazten dituzten prestazioak nabarmentzeko, Sektore Publikoaren Araubide Juridikoaren urriaren 1eko 40/2015 Legearen ildotik, eta, beraz, eremu publikotik harago emateko moldakortasuna zalantzan jarri behar dela. Hala ere, txosten horretan aipatutako adibide horiek ez daude berariaz jasota PTAn hitzarmenak, kontratuak, estatutuak eta abar egitea, interpretatzea eta aplikatzea epigrafoa izan ezik: beharrezkoa izango da Gipuzkoako Garraio Agintaritzak sinatutako hitzarmenak eguneratzea eta arau-eskakizun berrietara egokitzea. Beraz, ez dira nahikoak AKPA jasotako kaudimen tekniko murriztailearen definizioa legitimatzeko.

prestación demandada, puede ofrecerse y de hecho se hace a operadores no solo pertenecientes al sector público sino también del sector privado, por lo que no tiene por qué ser de peor condición, para acreditar la solvencia que se pretende, el licitador cuya experiencia se haya adquirido en procedimientos administrativos, laborales, fiscales o de transporte, por encargo de privados, en los que se apliquen los citados sectores normativos. Pero es que además, el propio PCAP contradice aquella afirmación, al permitir y considerar suficiente, en el apartado 21.2 de cláusulas específicas, de cara a acreditar la solvencia técnica o profesional, adscribir a la ejecución del contrato, personal cuya destreza en las materias señaladas – transporte, contratación del sector público, fiscal, laboral–, haya sido adquirida por medio de trabajos prestados a entidades no necesariamente pertenecientes al sector público.

Bien es verdad que, al describir en el PPT el alcance de los trabajos, expresamente se señala que el listado es enunciativo, de manera que cabría pensar que el asesoramiento engloba cualesquiera otras materias que la actividad de la ATTG pueda precisar. En este sentido, en el Informe, de 31 de mayo, de la ATTG al recurso, recordando servicios prestados en los últimos años, se hace especial hincapié en destacar prestaciones que evocan el funcionamiento interno y auto-organizativo de los consorcios, en el sentido de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y que, por tanto, su versatilidad para prestarse más allá del ámbito público esté en entredicho. Sin embargo, esos ejemplos mencionados en el referido informe, apenas tienen reflejo expreso en el PPT, a excepción del epígrafe referido a *“Elaboración, interpretación y aplicación de convenios, contratos, estatutos, etc. Concretamente, será necesaria la actualización de los convenios suscritos por la ATTG y adaptación de los mismos a las nuevas exigencias normativas”*, por lo que se revelan insuficientes como para legitimar una definición de la solvencia técnica tan restrictiva como la recogido en el PCAP.

Gainera, zalantzarik gabe, kaudimenari

Además, es indudable que la exigencia de un plus



dagokionez plus bat eskatzeak, kasu honetan gertatzen den bezala, lehia mugatzen duen neurrian, nahitaez eskatzen du kontratuaren xedea kontuan hartzen duen justifikazio egoki bat, eta hori ez da ikusten aztertutako kontratazio-espeditentean. Espeditentearen justifikazio memoriak, c) letran, aplikatu beharreko manuak transkribatu ondoren, kaudimenari buruzko zenbait ondorio ateratzen baditu ere —besteak beste, inola ere ezin dutela eragin diskriminatzailearik sortu—, egia esan, ez du argudiorik edo azalpenik ematen horiek bermatzeko.

Azken batean, eskatutako esperientzia hain zehatza eta zorrotza denez, sektore pribatuan esperientzia duten enpresek ezin dute beren jarduera sektore publikora hedatu. Lizitazioan sartzen ere utzi gabe, ezin da lortu horrelako klausulek eskatzen duten esperientzia.

Beraz, kontratuaren xedea ikusita, esperientziari dagozkion kaudimen tekniko edo profesionaleko betekizun batzuk, administrazio klausula partikularren agiriko klausula espezifikoaren 21.2. apartatuan jasotakoak bezalakoak, neurritz kanpokoak eta SPKLren 1.1. artikulua aurkakoak dira, zeinek lizitazioetan parte hartzeko askatasunaren printzipioa eta lehia askearen babesa ezartzen dituen, eta SPKLren 40. b) artikuluan jasotako deuseztagarritasun-kausa betetzen dute.

Horren arabera, Kontratazio Alorreko Errekurtsoetarako Foru Auzitegi Administratiboak

ERABAKI DU

Baiestea LKS S.COOPek aurkeztutako kontratazio alorreko errekurtso berezia, eta, ondorioz, AKPAren klausula espezifikoaren 21.2. apartatuko lizitazioaren esperientziari buruzko klausula baliogabetzea.

SPKLren 59.1 artikuluan xedatutakoaren arabera, ebazpen honen aurka administrazioarekiko auzi-

en la solvencia, como ocurre en este caso, en la medida en que limita la concurrencia, necesariamente requiere una adecuada justificación en atención al objeto del contrato, que no se observa en el expediente de contratación analizado. Si bien, la memoria justificativa del expediente, en su letra c), una vez transcribe los preceptos aplicables, alcanza en relación a la solvencia una serie de conclusiones -entre otras, que *“en ningún caso, pueden producir efectos de carácter discriminatorio”*-, lo cierto es que no aporta argumento o explicación alguna para avalarlas.

En definitiva, el carácter tan específico y exigente de la experiencia requerida, impide que empresas con experiencia en el sector privado puedan extender su actuación al sector público. Sin dejarles ni siquiera acceder a la licitación no es posible obtener la experiencia que este tipo de cláusulas exigen.

Por lo tanto, a la vista del objeto contractual, unos requisitos de solvencia técnica o profesional referidos a la experiencia, en los términos recogidos en el apartado 21.2 de las cláusulas específicas del PCAP, resultan desproporcionados y contrarios al artículo 1.1 LCSP, que consagra el principio de libertad de acceso a las licitaciones y la salvaguarda de la libre competencia e incurrir en la causa de anulabilidad contemplada en el artículo 40 b) LCSP.

En su virtud, el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales

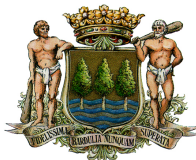
ACUERDA

Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LKS, S.COOP. y en consecuencia, anular la cláusula referida a la experiencia de quien licita, en el apartado 21.2 de las cláusulas específicas del PCAP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.1 LCSP, contra esta resolución cabe interponer

**Kontratazio Alorreko Errekurtsoetarako
Foru Auzitegi Administratiboa**

**Tribunal Administrativo Foral de Recursos
Contractuales**



**GIPUZKOAKO FORU ALDUNDIA
DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA**

errekurtsoa aurkeztu ahal izango da Euskal
Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi
Nagusiaren Administrazioarekiko Auzietako
Aretoan, erabaki hau jakinarazten den egunaren
biharamunetik hasi eta bi hilabeteko epean.

recurso contencioso-administrativo ante la Sala de
lo Contencioso-Administrativo del Tribunal
Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de
dos meses contado a partir del día siguiente al de
su notificación.

Donostia, 2024ko irailaren 13an/ San Sebastián, 13 de septiembre de 2024.

IDAZKARIA / LA SECRETARIA,

Nekane Orbegozo Zurutuza