Avda, Carlos III, 4-Nivel 12 31002 PAMPLONA

Tfno. 848 42 19 64 - 848 42 15 02 E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 76/2020

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE

CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

ACUERDO 86/2020, 29 de septiembre, del Tribunal Administrativo de

Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia

de contratación pública interpuesta por don L. C. A., en nombre y representación de la

ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA, frente a los pliegos

reguladores del "Contrato de Servicios para la Elaboración del plan Estratégico para

la Igualdad entre Mujeres y Hombres conforme a la Ley Foral 17/2019, de 4 de abril,

de igualdad entre mujeres y hombres", promovido por el Instituto Navarro para la

Igualdad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de agosto de 2020, el Instituto Navarro para la

Igualdad publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del

contrato para la elaboración del plan Estratégico para la Igualdad entre Mujeres y

Hombres en Navarra.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de agosto de 2020, don L. C. A. interpuso, en

nombre y representación de la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESAS DE

CONSULTORÍA, una reclamación especial en materia de contratación pública frente a

los pliegos reguladores de dicho contrato.

La presentación de la reclamación a través del Portal de Contratación se realizó,

sin embargo, por la mercantil ARPA ABOGADOS Y CONSULTORES, S.L.

Alude, en primer lugar, al preámbulo de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de

Contratos Públicos (LFCP), en relación con la participación de las PYMES en la

contratación pública, así como a los principios previstos en su artículo 2, que considera

"vulnerados a causa de la exigencia como criterio de solvencia técnica y profesional de

1

la prestación de servicios y experiencia exclusivamente con entidades pertenecientes al sector público en perjuicio de los mismos servicios prestados por operadores económicos a entidades del sector privado".

A continuación, alega la nulidad de las cláusulas 8^a y 9^a de los pliegos reguladores del contrato, que regulan la solvencia económica y financiera, y técnica, respectivamente, con base en los siguientes motivos:

1°. Desproporción cuantitativa de la solvencia técnica, ya que se exige haber efectuado servicios en los últimos tres años por un importe igual o superior a 100.000 euros (IVA excluido), siendo el presupuesto de la licitación de 54.266,11 euros (IVA excluido).

Señala que, "aunque no sea determinante en el caso que nos ocupa, procede también considerar aunque sea a efectos de conocimiento de los antecedentes, que el Órgano de Contratación ha cambiado en este expediente el criterio de exigencia en cuanto a niveles de solvencia respecto a los últimos contratos que ha efectuado hasta ahora". Adjunta los pliegos de cuatro contratos, señalando que el importe exigido como solvencia técnica en los mismos es inferior a sus presupuestos.

Por último, cita el Acuerdo 19/2018, de 28 de febrero, descriptivo de la doctrina relativa a la desproporción en el criterio de solvencia técnica, como restrictivo de la libertad de concurrencia.

2°. Desproporción cualitativa de la solvencia técnica, por exigirse que sea exclusivamente con entidades del sector público.

Cita, a este respecto, el Acuerdo 32/2018, de 10 de mayo, de este Tribunal, "que ha declarado nula de pleno derecho la cláusula que exigía como solvencia técnica y profesional acreditar trabajos exclusivamente con entidades del sector público, (...)".

Alega que la cláusula 9ª de los pliegos "es restrictiva de la competencia y concurrencia, generando, de forma infundada y sin base objetiva, un obstáculo a la entrada de empresas en el ámbito de la contratación pública y favoreciendo a las

empresas y operadores económicos que previamente contrataron con entidades del sector público en perjuicio y detrimento de aquellas que todavía no lo han hecho". Alude, a este respecto, a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que establece la nulidad de las disposiciones que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Señala, además, que ninguna causa objetiva justifica esta diferenciación entre el sector público y el sector privado.

Atendiendo a lo expuesto, solicita que se declare la nulidad de los pliegos y del procedimiento de contratación en su conjunto.

TERCERO.- Con fecha 31 de agosto de 2020, el Instituto Navarro para la Igualdad aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en el que se opone a la reclamación interpuesta por los siguientes motivos:

1°. Representación.

Señala que la reclamación consta interpuesta por ARPA A&C, S.L., en nombre y representación de ANEC, "representación que ni se menciona ni consta en el expediente y que, en todo caso, entendemos debería ser previa a la presentación del escrito".

Alega que el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece, con carácter general y básico, las reglas por las que se puede entender otorgada la representación para actuar ante Administraciones Públicas, señalándose que esta deberá ser expresa para realizar trámites como el presente.

Asimismo, alega que el artículo 126 de la LFCP exige que el escrito de reclamación contenga el "documento que acredite la representación del compareciente", por lo que al constar la reclamación interpuesta por ARPA A&C, S.L.

y no por don L. C. A., representante de ANEC, no es válido el escrito presentado al no cumplir los requisitos legales para ello.

2°. Plazo.

Señala que el 29 de julio de 2020 se publicó un anuncio de información previa, "por lo que en aras a la buena fe y a la agilidad del procedimiento el recurso podría haberse interpuesto, entendemos, en el plazo de 10 días a contar desde el anuncio de información previa dado que el mismo contenía toda la información pertinente incluidos los pliegos administrativos (...) o cuando menos en un plazo más ágil".

3°. Solvencia económica.

Señala que el recuso "viene a fundamentar que el Pliego regulador de la presente licitación es anulable en cuanto que los requisitos de solvencia técnica y, parece dar a entender aunque luego no se argumenta, económica son desproporcionados".

Respecto a la solvencia económica, señala que el artículo 16 de la LFCP ofrece varias opciones para su acreditación por el licitador, estableciendo que serán los pliegos los que especifiquen el medio concreto que se exigirá de entre los previstos legalmente. Dentro de estas opciones se encuentra una declaración sobre el volumen global de negocios, estableciendo este artículo como límite que "el volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato".

Señala que el pliego "exige un volumen de negocios promedio anual de al menos 40.000 euros por lo tanto situándose muy por debajo de lo permitido o contemplado, dentro de los parámetros que la propia ley considera proporcionales".

4°. Solvencia técnica.

a) Respecto a la exigencia cuantitativa, alega que el artículo 17 de la LFCP señala que "el nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la

prestación contratada", y que "La solvencia técnica o profesional de quien vaya a licitar podrá acreditarse por uno o más de los siguientes medios:

a) Relación de las obras ejecutadas como máximo en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución de las más importantes donde conste el importe, la fecha y el lugar de ejecución de las obras, con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término. Los poderes adjudicadores podrán, previa justificación de las circunstancias que así lo aconsejen, tener en cuenta las pruebas de las obras efectuadas en periodos anteriores".

Alega que esta previsión genérica "debe especificarse para cada caso concreto dado que en sí misma no ofrece parámetros para determinar qué obras y/o certificados de buena ejecución pueden entenderse exigibles como mínimo para acreditar la solvencia". Así, "para valorar la proporcionalidad del nivel de solvencia exigido cabe mencionar que el presente pliego está por debajo de los parámetros previstos en el artículo 16 de la LFCP (por ser los más similares dentro de la misma ley foral y considerados proporcionales por quién legisla)".

b) Respecto a la limitación cualitativa, alega que el artículo 17 de la LFCP define la solvencia técnica como "la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada".

Considera aplicables los artículos 16 y 17 de la LFCP, entendiendo que una vía óptima para que los licitadores acrediten su solvencia técnica es tener experiencia en el sector de la igualdad y, dentro de este sector, en el ámbito público, dado que el principio de igualdad se incorpora con metodologías y procesos diferentes en estos sectores.

Señala que el Plan Estratégico de Igualdad de Navarra es un texto que va a determinar la política del Gobierno de Navarra en materia de igualdad, por lo que objetivamente es imprescindible contar con una entidad con experiencia tanto en materia de igualdad como en funcionamiento del sector público. Argumenta que el ámbito de aplicación del citado plan es fundamentalmente el sector público de la Comunidad, "cuya tramitación exige participación de los mismos, lo que hace aconsejable conocer su organización y funcionamiento, sin dejar de lado que el proyecto sigue un procedimiento de elaboración y aprobación similar al de una disposición normativa".

Alega que "el plan estratégico sólo lo hacen los gobiernos y administraciones públicas no las empresas, dicho de otro modo no hay un documento equivalente o similar en el ámbito privado".

Considera, por lo tanto, que sí hay una justificación objetiva clara, consistente en que el trabajo a realizar es propio y específico del sector público.

Señala, asimismo, "que se puede acreditar la solvencia mediante la unión con otras entidades por lo que las PYMES tienen en todo caso cabida individualmente o mediante esta modalidad de participación conjunta".

Reitera, por último, las diferencias técnicas entre el sector privado y el público en esta materia, con cita de diversa normativa.

5°. Principios de eficacia y eficiencia.

Alega que la reclamación hace mención a principios muy importantes en la contratación pública, como pueden ser el de concurrencia y proporcionalidad, "pero hay otros principios de la misma trascendencia a ponderar y que igualmente deben regir la actuación de las Administraciones Públicas como son los principios de eficiencia y eficacia".

Señala que las últimas experiencias que ha tenido el Instituto Navarro para la Igualdad en estos ámbitos "han demostrado que la contratación de entidades no especializadas ni preparadas para ejecutar el objeto de un contrato suponen un mal uso de los recursos públicos dado que acaba implicando una duplicidad de costes: por un

lado hay que pagar a la entidad contratada y por otro al personal propio para que sea este último el que hago el trabajo".

En consecuencia, solicita que se inadmita la reclamación por no haberse presentado cumpliendo los requisitos previstos en la LFCP y, subsidiariamente, que se desestime por no estar fundada en Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por los Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo susceptibles de impugnación ante este Tribunal los pliegos de contratación, conforme al artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- El artículo 123.1 de la LFCP señala que la reclamación especial "también podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados".

La reclamación ha sido interpuesta por una asociación de empresas de consultoría que, según el artículo 7 de sus estatutos, tiene entre sus objetivos "asegurar la representación, promoción y defensa de sus intereses colectivos".

Como indicamos en el Acuerdo 25/2017, de 25 de mayo, "La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2007 precisa su doctrina precedente en relación con la legitimación de las asociaciones apuntado que "(...) en distintos pronunciamientos de este Tribunal se ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas en orden a impugnar actos o disposiciones administrativas que, además de las condiciones que anteriormente se han señalado, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes". De manera específica, la Sentencia del Tribunal

Constitucional 73/2006, de 13 de marzo, admitió el recurso de amparo de la Asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia de Cádiz y de la Federación andaluza empresarial de transporte en autobús sobre la base de la existencia del citado interés profesional, al partir de la premisa de que, cuando concurre este último, existe a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recoge esta doctrina - por todas, Resolución 797/2015, de 11 de septiembre -, en los siguientes términos: "Este Tribunal viene reconociendo legitimación para interponer recurso especial a aquellas asociaciones representativas de intereses colectivos que actúen en sectores que presenten una relación unívoca y concreta con el objeto del recurso (Resoluciones 29/2011, de 9 de febrero de 2011, y 148/2012, de 12 de julio de 2012, entre otras muchas). En el presente caso, una asociación representativa de empresas que actúan en el ámbito de la seguridad privada (AESPI), impugna un pliego de servicios de seguridad (concretamente referido a las embarcaciones de vigilancia aduanera en Canarias), por entender que algunas de sus cláusulas restringen injustificadamente la concurrencia. Se aprecia una evidente vinculación directa y concreta entre el objeto del recurso y los intereses colectivos que la Asociación recurrente representa".

Debe reconocerse, por lo tanto, la legitimación de ANET para la interposición de la reclamación.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma indicada en el artículo 126.1 LFCP; restando analizar si ésta ha tenido lugar dentro del plazo legalmente previsto en el artículo 124.2.a) del mismo cuerpo normativo.

Respecto al plazo de interposición, entiende la entidad contratante que la reclamación debió interponerse en el plazo de diez días a contar desde la publicación, con fecha 29 de julio de 2020, del anuncio de información previa, dado que el mismo contenía el pliego regulador, o cuando menos en un plazo más ágil. Alegación que no puede prosperar.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, señala en su artículo 48.1 que "Los poderes adjudicadores podrán dar a conocer sus intenciones de contratación a través de la publicación de un anuncio de información previa".

De igual modo, el artículo 90 LFCP, en relación con los anuncios de información previa, establece que "1. Los órganos de contratación publicarán un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, de suministros, de servicios, de concesión de obras públicas o de concesión de servicios que prevean licitar. Esta publicación permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones si el anuncio se ha remitido entre 12 meses y 35 días antes de la publicación del anuncio de licitación del contrato.

2. Tales anuncios serán publicados en el Portal de Contratación de Navarra, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea si se trata de contratos de valor estimado igual o superior al umbral europeo".

Como puede observarse tales anuncios no tienen otra finalidad que la de dar a conocer las previsiones de contratación de los distintos órganos de contratación, permitiendo en determinados casos la reducción de los plazos para la presentación de las proposiciones. Finalidad meramente informativa que determina que no constituya un acto susceptible de impugnación, toda vez que la convocatoria de la licitación tiene lugar a través de la publicación del posterior anuncio de contratación; acto, éste último, que sí es susceptible de impugnación.

Efectivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Directiva 2014/24/UE "Los anuncios de licitación se utilizarán como medio de convocatoria de licitación en relación con todos los procedimientos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, apartado 5, párrafo segundo, y el artículo 32. El anuncio de licitación contendrá la información establecida en el anexo V, parte C, y se publicará de conformidad con el artículo 51".

Por su parte, el artículo 93 LFCP determina que "1. Las licitaciones de valor estimado inferior al umbral europeo, con excepción de los procedimientos negociados sin convocatoria de licitación, los procedimientos simplificados y en los procedimientos de régimen especial para contratos de menor cuantía, se anunciarán en el Portal de Contratación de Navarra.

2. La convocatoria de licitación también podrá anunciarse por otros medios a efectos meramente informativos, sin que tenga trascendencia jurídica para la determinación de plazos ni para la presentación de ofertas o de solicitudes".

Así pues, el anuncio de licitación constituye la convocatoria de la misma y, por ende, el acto con trascendencia jurídica a los efectos que ahora nos ocupan. Es por ello por lo que el artículo 124.2 LFCP determina que "El plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde: a) El día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra cuando no sea preceptivo aquel, o de la publicación del anuncio de adjudicación cuando no sea preceptiva la publicación de un anuncio de licitación, para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él".

En consecuencia, el plazo para la interposición de la reclamación frente al pliego regulador se inicia al día siguiente de la publicación del anuncio de licitación, con independencia de que se haya publicado anuncio de información previa y siendo irrelevante, a estos efectos, que dicho anuncio previo incluya el propio pliego regulador.

Siendo esto así, el anuncio de licitación se publica en el Portal de Contracción de Navarra con fecha 18 de agosto de 2020, interponiéndose la reclamación con fecha 27 de agosto, es decir, dentro del plazo de diez días previsto en el artículo 124.2 LFCP; sin que sea de recibo que la entidad contratante apele a la conveniencia de que la reclamación se hubiera interpuesto "cuando menos en un plazo más ágil", toda vez que agotar los plazos legalmente establecidos al efecto es inherente al derecho a reclamar de quienes ostenten legitimación activa para ello.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- La primera cuestión que debe examinarse, y cuya resolución condiciona las posibilidades de adentrarse en el análisis del fondo del asunto, es la relativa a la inadmisión de la reclamación interpuesta por no haberse presentado cumpliendo los requisitos establecidos en LFCP, opuesta por la entidad contratante en el informe de alegaciones en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación.

En este sentido, motiva la excepción alegada en el hecho de que la reclamación consta interpuesta por ARPA A&C S.L., en nombre y representación de ANEC, sin que conste tal representación en el expediente; infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 126 LFCP que determina que "2. El escrito de la reclamación deberá contener: (...) b) Documento que acredite la representación del compareciente y justificación de la legitimación activa para la interposición de la reclamación. (...)".

Como cuestión previa debemos advertir que la interposición de la reclamación sin acreditar la representación del compareciente no determina, conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del precepto anteriormente transcrito, su inadmisión sino el otorgamiento de un plazo de subsanación de dos días hábiles; configurándose como causa de inadmisión, precisamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 127.3.c) del mismo cuerpo legal "La falta de subsanación de la solicitud".

Siendo esto así, en el caso de que asistiese razón al órgano de contratación sobre este concreto extremo, este Tribunal vendría obligado a sustanciar el trámite de subsanación, con carácter previo a cualesquier pronunciamiento relativo a la admisibilidad de la reclamación; motivo por el cual la excepción alegada no puede tener favorable acogida.

Pero es que además, lo cierto es que no cabe apreciar defecto alguno en la reclamación interpuesta, toda vez que de la mera lectura del escrito de interposición se comprueba, sin género de dudas, que la reclamación la interpone don L. C. A., en representación de la Asociación Navarra de Empresas de Consultoría (ANEC), en su

condición de Presidente de la misma, y facultado para ello conforme a lo acordado por la junta directiva de dicha asociación. Adjuntado, a tales efectos, al escrito de interposición certificación, expedida por el Secretario de la Junta Directiva de ANEC, del acuerdo adoptado con fecha 5 de agosto de 2020 en cuya virtud "... En el caso de que la licitación del Gobierno de Navarra para la elaboración del Plan Estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres, cuyo anuncio de información previa acaba de ser publicado, mantenga los criterios de solvencia económica y técnica contenidos en el mencionado anuncio previo, ANEC recurrirá dicha licitación, autorizando para ello al presidente D. L. C. A. para la presentación de dicho recurso así como para todas las actuaciones que en referencia a este asunto resulten precisas". Quedando así la representación suficientemente acreditada.

De hecho, el escrito de interposición de la reclamación especial es suscrito por el Presidente de ANEC; si bien, según refiere mediante OTROSI DIGO, se faculta a ARPA A&C S.L. a los efectos de que "dé entrada al presente escrito de recurso en cualesquiera registros públicos, ya sea físicos como telemáticos, ante el Tribunal de Contratos Públicos de Navarra". Así pues, en ningún caso se faculta a ARPA A&C S.L. para el ejercicio de la acción en representación de ANEC, sino únicamente a los efectos de la presentación material de la reclamación, interpuesta por el Presidente de dicha asociación, ante este Tribunal; cuestión bien distinta.

SEXTO.- Entrando a las cuestiones de fondo planteadas, sostiene la reclamante la nulidad de pleno derecho de las cláusulas octava y novena del pliego regulador del contrato, relativas a la solvencia económica y financiera y a la solvencia técnica, respectivamente, por resultar desproporcionados y discriminatorios los requisitos a tales efectos establecidos.

Centrado así el objeto de la controversia planteada, procede, en primer término, exponer el marco legal y la doctrina que este Tribunal ha manifestado, en reiteradas ocasiones, sobre los requisitos de solvencia exigibles en el ámbito de la contratación púbica, para, posteriormente, analizar las consecuencias jurídicas de su aplicación al caso concreto que nos ocupa.

En este sentido, dispone el artículo 12 LFCP que "1. Podrán celebrar contratos sometidos a esta ley foral las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades para contratar, no se hallen en una situación de conflicto de intereses y acrediten una solvencia económica, financiera y técnica o profesional suficiente para ejecutar la prestación contractual demandada.

2. Quien licite deberá contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato".

Por su parte, el artículo 16 LFCP, en relación con la solvencia económica y financiera de quien licite, establece que "1. Quien licite deberá acreditar la solvencia económica y financiera para la ejecución del contrato. Se entiende por solvencia económica y financiera la adecuada situación económica y financiera de la empresa para que la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de esa naturaleza. El nivel de solvencia económica y financiera será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada al presupuesto de licitación del mismo". Enumerando en su apartado segundo los distintos medios establecidos legalmente para acreditar dicha solvencia, y añadiendo en sus apartados tercero y cuarto que "3. En los anuncios de contratos, pliegos y en las invitaciones de los procedimientos negociados se señalarán los medios de acreditación de la solvencia que se utilizarán de entre los reseñados en el apartado anterior.

4. Si por una razón justificada quien vaya a licitar no se encuentra en condiciones de presentar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el órgano de contratación considere adecuado".

A su vez, sobre la solvencia técnica o profesional, el artículo 17 del mismo texto legal señala que "Quien licite deberá acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato. Se entiende por solvencia técnica o profesional la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características

de la prestación contratada"; añadiendo en su apartado segundo los distintos medios para acreditar la capacidad técnica, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de suministros o servicios; e indicando en su apartado tercero que "En los anuncios de contratos, los pliegos y en las invitaciones de los procedimientos negociados, se señalarán los medios de acreditación de la solvencia que se utilizarán de entre los reseñados en el apartado anterior".

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública establece en su artículo 58, al regular los criterios de selección, que "Los criterios de selección pueden referirse a: a) la habilitación para ejercer la actividad profesional; b) la solvencia económica y financiera; c) la capacidad técnica y profesional. Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él. (...) 5. Los poderes adjudicadores indicarán las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés".

La acreditación de 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; finalidad que la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 marzo 2014 concreta en los siguientes términos: "Dado que los contratos de las administraciones públicas guarda relación con los intereses públicos, el legislador ha establecido una serie de controles previos que tratan de garantizar que los agentes económicos que operan en el sector reúnan las condiciones de solvencia precisas que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con Administración. El contratista debe acreditar, por lo tanto, su solvencia económica y financiera, y además la solvencia técnica o profesional que prevé su capacidad técnica

expresada en medios materiales (maquinaria y tecnología) y humanos (titulación académica y profesional de sus cuadros técnicos, promedio de plantilla de personal en los tres años anteriores) y experiencia profesional (trabajos anteriores realizados) en relación con el tipo de contrato cuya adjudicación pretende".

Este Tribunal en diversos Acuerdos – por todos, Acuerdo 16/2019, de 21 de febrero - ha tenido ocasión de señalar que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 16 y 17 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios que se pretenda contratar. Por tanto, 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 aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Así pues, los preceptos citados atribuyen al órgano contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de concurrencia; principio de proporcionalidad que requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos de quienes estén llamados a concurrir a una licitación pública tienda a la consecución de fines legítimos y sea cuantitativa y cualitativamente adecuada. Y como tal potestad

discrecional no es posible sustituir, en su correcto ejercicio, la elección que el órgano de contratación realice de entre las distintas soluciones amparadas por la norma de aplicación por ninguna otra, sin perjuicio de estar sometida a control jurisdiccional.

Así pues, la determinación de los niveles mínimos de solvencia debe ser establecida por el órgano de contratación, si bien con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidarnos que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato, y además que se incluya en alguno de los medios de acreditación de la solvencia establecidos en la LFCP. Siendo preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de licitadores posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias.

Ello es así, por cuanto conforme a los principios proclamados en el artículo 2 LFCP, ha de partirse del principio general de libre concurrencia que impera en la contratación pública que, tal y como expone la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009 (C-376-08), consiste en la garantía de la participación más amplia posible de licitadores, corolario de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Así, lo pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 19/2018, de 28 de febrero, donde señalaos que "(...)conforme a lo previsto en la normativa sobre contratación pública, el nivel de solvencia técnica o profesional deberá ser específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada y la adjudicación de contratos públicos está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado de la Unión Europea y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia, por lo que cualquier restricción a la libre concurrencia debe estar suficientemente motivada, acreditando que no se infringen los principios señalados".

Sobre este particular cabe citar el Informe 36/2007, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que señala que los criterios de solvencia "han de cumplir cinco condiciones:

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

Como bien apunta la Resolución 122/2020, de 21 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, "no hay que olvidar que, si bien el órgano de contratación ha de procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, debe cuidar que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación. En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que "Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo" y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que "en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido".

Así pues, los requisitos de solvencia deben obsevar la adecuada proporcionalidad en relación con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, no pudiendo surtir efectos discriminatorios. Siendo éstos, precisamente, los requisitos cuestionados por la reclamante en el caso concreto que nos ocupa; procediendo, en consecuencia, analizar si las concretas cláusulas del pliego regulador incurren en las infracciones jurídicas en tal sentido alegadas.

SÉPTIMO.- Comenzando por la solvencia económica y financiera, la cláusula octava del pliego determina que "Para concurrir a la licitación las empresas deberán disponer de la solvencia económica y financiera suficiente para poder realizar los servicios por importe igual al presupuesto base de licitación de este contrato.

La acreditación de la solvencia económica y financiera se realizará a través de los siguientes medios:

a) Mediante declaración responsable firmada en la que conste un volumen de negocios promedio anual de al menos 40.000 euros IVA excluido, en los últimos tres años, en el ámbito de actividades similar al del objeto del contrato".

Al respecto, indica la reclamante que dicha cláusula es nula de pleno derecho, si bien lo cierto es que ningún motivo concreto especifica como fundamento de tal pretensión; adoleciendo, por tanto, la reclamación interpuesta, en este aspecto, de absoluta falta de fundamentación. Circunstancia que determina, por sí misma, la desestimación de este motivo de impugnación, puesto que como hemos indicado, entre otros, en nuestro reciente Acuerdo 80/2020, de 18 de septiembre, prescindir de indicar en el escrito de interposición de la reclamación las razones que motivan el ejercicio de la acción infringe el principio de contradicción, esencial en todo proceso, y, por ende, el derecho a la legítima defensa de la parte cuyos actos se impugnan, que debe conocer en toda su extensión los aspectos sobre los que versa el procedimiento de impugnación, para poder defenderse debidamente, contestar y utilizar los medios de prueba que precise. No basta con referir determinadas cuestiones sin aludir a que las mismas adolezcan de defecto jurídico alguno y sin indicar las razones de su oposición, toda vez que sin ello no se puede pretender que sea la entidad contratante la que justifique sus actuaciones, ni mucho menos que este Tribunal sustituya a las partes y complete sus insuficiencias, fundamentalmente en un aspecto tan relevante para el proceso como es la identificación de las concretas razones de impugnación esgrimidas que, como no puede

ser de otra manera, corresponden exclusivamente, en virtud del principio dispositivo, a la parte que ejercita la acción de impugnación.

Sin perjuicio de la procedencia de la desestimación, por tal circunstancia, de este motivo de impugnación, lo cierto es que el importe correspondiente al volumen de negocios exigido en la cláusula transcrita del pliego se ajusta a lo dispuesto en el artículo 16.2.c) LFCP que establece como límite máximo que "El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato"; resultando que, en este caso, el importe exigido a estos efectos es incluso inferior al valor estimado del contrato que la cláusula sexta del pliego fija en 54.266,11 euros, IVA excluido.

OCTAVO.- En relación con la solvencia técnica o profesional, la cláusula novena del pliego regulador señala que "Para concurrir a la licitación las empresas deberán disponer de la solvencia técnica suficiente para poder realizar el presente contrato que deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, experiencia, eficacia y fiabilidad en relación al objeto del contrato y, en particular, el cumplimiento de los siguientes requisitos, y que se acreditará:

- Mediante declaración responsable firmada de haber efectuado, en la suma de los últimos tres años, servicios o trabajos en el ámbito de la igualdad de mujeres y hombres cuyo importe total sea igual o superior a 100.000 (IVA excluido), cuya destinataria sea una entidad del sector público, debiendo acreditarse mediante certificados expedidos, en los que consten las actividades objeto del contrato, importe y correcta ejecución.
- El equipo estará formado como mínimo por dos personas, las dos con titulación universitaria, siendo una de ellas dentro del campo de los estudios de las Ciencias Sociales. Además, todas las personas que integren el equipo deberán tener conocimientos técnicos y profesionales en relación con el objeto del mismo, debiendo acreditarse un mínimo de 120 horas de formación en igualdad de género. Esta formación estará organizada (y acreditada) por organismo público o universidad (pública o privada) y deberá ser demostrada documentalmente. La experiencia se demostrará a través o bien con los contratos de trabajo, con la vida laboral o con cualquier documentación válida en Derecho que acredite tal experiencia.

- La persona que lidere el equipo de trabajo deberá contar con experiencia acreditada en la elaboración, impulso, coordinación y/o seguimiento de planes para la igualdad de mujeres y hombres para las Administraciones Públicas. Dicha acreditación debe hacer referencia a la persona física a la que se le acredita la experiencia en materia de elaboración, impulso, coordinación y/o seguimiento de planes para la igualdad de mujeres y hombres.

Si varias licitadoras se presentan constituyendo una unión temporal de empresas o en participación conjunta, para la determinación de la solvencia, se acumularán de forma ponderada, en función del porcentaje de participación, las características técnicas de cada una de las empresas o personas licitadoras.

Los documentos que acrediten la solvencia deberán presentarse únicamente por la empresa que resulte adjudicataria, siendo suficiente inicialmente una declaración del cumplimiento de todos los requisitos que se incluirá dentro del sobre 1 – DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, conforme al Anexo I".

De la cláusula transcrita únicamente es objeto de impugnación el apartado relativo a la exigencia de aportar la declaración correspondiente a los servicios prestados en el ámbito de la igualdad de mujeres y hombres. Alegando, al respecto, que tal previsión del pliego adolece de vicio de nulidad de pleno derecho, y ello, por un lado, por cuanto resulta desproporcionado exigir un importe de, al menos, 100.000€ en 3 años, siendo el presupuesto de licitación (54.266,11€, IVA excluido); y, de otro, por resultar discriminatoria, en la medida en que únicamente se valoran, a estos, efectos, los servicios prestados a entidades del sector público.

Comenzando por el primero de los motivos alegados opone la entidad contratante que el umbral cuantitativo exigido en el pliego resulta ajustado a la legalidad por cuanto no supera el máximo previsto en el artículo 16 LFCP, a saber, que el volumen mínimo anual exigido no exceda de vez y media el valor estimado del contrato, y más teniendo en cuenta que el importe mínimo exigido es referido al total de los tres últimos años.

Este concreto medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional se encuentra entre los enumerados a tales efectos por el artículo 17. 2 LFCP; precepto que determina que "La solvencia técnica o profesional de quien vaya a licitar podrá

acreditarse por uno o más de los siguientes medios:(...) b) Relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante como máximo los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho. Los poderes adjudicadores podrán, previa justificación de las circunstancias que así lo aconsejen, tener en cuenta las pruebas de los servicios efectuados en periodos anteriores".

Como puede observarse ningún límite cuantitativo establece el precepto citado por encima del cual deba entenderse que tal requisito es desproporcionado; no pudiéndose suplir tal omisión, como pretende la entidad contratante, acudiendo a la aplicación del límite que para la acreditación de la solvencia económica y financiera por medio de la declaración sobre el volumen anual de negocios establece el artículo 16.2.c) LFCP, y ello toda vez que si el legislador hubiera pretendido tal finalidad así lo hubiera previsto expresamente. Así pues, no existiendo el requisito legal invocado respecto del criterio de solvencia técnica exigido, carece del apoyo legal la justificación en tal sentido alegada por la entidad contratante, por lo que ésta no puede prosperar.

Dicho lo anterior, este Tribunal debe dilucidar si la exigencia de haber prestado servicios similares, en los tres últimos años, por un importe prácticamente del doble del valor estimado del contrato resulta, en este caso concreto, desproporcionada.

Como recuerda la Resolución 940/2019, de 1 de agosto, la exigencia de acreditación de la solvencia técnica tiene por finalidad garantizar que el empresario tiene conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad para realizar la prestación que constituye el objeto del contrato, por ello tiene que existir correspondencia entre los medios exigidos y el objeto del contrato.

Sentado lo anterior, indica el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en su Resolución 86/2019, de 28 de febrero, que la condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad, del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal

proporcionalidad. La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Resolución 58/2014, de 1 de octubre, al apuntar que "Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014: «En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato.

Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica.

El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP.

El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada»".

En nuestro caso, el importe mínimo establecido supone exigir prácticamente el doble del contrato a ejecutar, sin justificación alguna de tal exigencia en atención a la complejidad técnica del contrato u otra circunstancia semejante. Circunstancia que determina que debamos estimar que tal requisito puede afectar a la concurrencia y ello

sin perjuicio de que dicho importe sea referido al total de los tres años, toda vez que tal desproporción se aprecia por cuanto el importe exigido no está relacionado con el del contrato.

Así lo pone de relieve la precitada Resolución 86/2019, de 28 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, cuando indica que "(...) Aun cuando como hemos mencionado la cuantía exigible para la relación de los trabajos no se establece en el apartado 1 del Artículo 90 de la LCSP, parece claro que exigir dos veces el valor estimado del contrato supone requerir el doble del contrato a efectuar, lo que cuando menos requeriría una específica justificación por parte del órgano de contratación, que no figura en el expediente de contratación, limitándose a mencionar en el informe al recurso la especial complejidad de la redacción del proyecto de obra por referirse a un hospital, cuestión que por otra parte considera este Tribunal ya se atiende con la exigencia de que los trabajos realizados sean de esta naturaleza.

Asimismo, se ha de señalar que el Artículo 90.2 de la LCSP sí ha establecido una cuantificación para la relación de los principales servicios efectuados, al determinar que, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. Si bien es cierto que el apartado 2 del citado Artículo solo aplica en defecto de especificación en los pliegos, que no es el caso objeto de recurso, no es menos cierto que se puede utilizar analógicamente para considerar lo que el legislador considera proporcionado. En similares términos ya se recogía en el Artículo 11.4.b) del Reglamente General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...).

Es indudable que la exigencia de un plus de solvencia limita la concurrencia por lo que necesariamente requiere una adecuada justificación en atención al objeto del contrato, que no se observa en el expediente de contratación analizado, siendo el respeto al principio de proporcionalidad el límite de la posibilidad concedida al órgano de contratación para elegir los medios de acreditación de solvencia. Aplicar el principio de proporcionalidad expresamente recogido en el Artículo 132.1 de la LCSP es determinante para evitar que la exigencia de unos requisitos excesivos de solvencia

dificulte la licitación de empresarios que estén capacitados para ejecutar el contrato.

Por lo expuesto no se considera justificado por el órgano de contratación la exigencia del criterio de selección de solvencia técnica o profesional de 2 veces el valor estimado del contrato, debiendo estimarse en este punto la alegación de la recurrente de que dicho criterio puede afectar a la concurrencia".

Así pues, el motivo de impugnación alegado ha de ser estimado, pues el importe mínimo de servicios similares ejecutados en los tres últimos años exigido para acreditar la solvencia técnica resulta desproporcionado y carente de justificación desde la óptica de la correcta prestación del contrato que se licita suponiendo, por tanto, una restricción indebida del mercado y de las reglas de la competencia, por lo que existe quiebra del principio de igualdad de trato inherente a toda contratación pública. Motivo por el cual procede declarar la nulidad de tal requisito de solvencia técnica o profesional, conforme a lo dispuesto en los artículos 126.2.a) LFCP y 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

NOVENO.- Respecto al segundo motivo de impugnación antes señalado, considera la reclamante que la limitación de la experiencia a acreditar como requisito de solvencia técnica a trabajos realizados con entidades del sector público resulta restrictiva de la concurrencia y de la competencia y, por tanto, nula de pleno derecho.

De contrario, sostiene la entidad contratante la legalidad de tal requisito por existir una justificación objetiva clara para tal limitación, consistente en que el trabajo a realizar es propio y específico del sector público, dado que el principio de igualdad se incorpora con metodologías diferentes en un sector que en otro, requiriéndose, por tanto, que los licitadores tengan experiencia tanto en materia de igualdad como en el funcionamiento del sector público.

Para resolver esta cuestión, debe recordarse que el contenido de los preceptos de la LFCP que regulan 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 Ley Foral; disponiendo, en lo que ahora interesa, en su artículo 17.2.b), entre tales medios la aportación de la relación de

los principales servicios efectuados durante como máximo los tres últimos años, "en la que se indique el importe, la fecha, el destinatario público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho".

Sobre el alcance e interpretación de este apartado se ha pronunciado este Tribunal en su Acuerdo 32/2018, de 10 de mayo, citado por la reclamante, en el 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: "(...)Así pues, entre tales principios se encuentran los de libre concurrencia, que persigue promover la concurrencia amplia, objetiva e imparcial conforme al cual todo procedimiento de adjudicación tiene como finalidad fundamental permitir el acceso a la contratación pública de todas las empresas que estén en condiciones de formular una oferta, y el de no discriminación; principios conforme a los cuales no es posible dar una interpretación rigorista al 14.2.b) LFCP si con ello se excluye o limita la concurrencia, e impiden acoger la interpretación sostenida por la entidad contratante puesto que si fuera posible, en relación con la experiencia como medio para acreditar la solvencia, elegir entre referir la misma al sector público o al privado, se estaría posibilitando, en la práctica, una clara discriminación sin base objetiva alguna impidiendo el acceso a la contratación pública con el único fundamento de la opción realizada por el órgano de contratación, desvirtuando el proceder que éste debe observar, que no es otro que la búsqueda de fórmulas que, a la par que satisfagan la acreditación de la solvencia, permitan abrir la contratación a otros licitadores.

En consecuencia, y en contra de lo sostenido por la entidad contraste, la única interpretación posible del citado artículo 14.2.b) LFCP es que, con carácter general, la experiencia en contratos anteriores, como medio de acreditación de la solvencia técnica, debe ir referida, a ambos sectores, público y privado. Dicho en otros términos, una interpretación contraria al hecho de que los contratos ejecutados por los licitadores a aportar como medio de solvencia deban y puedan ser, indistintamente, prestados en el ámbito público o privado no resulta ajustada a derecho, y ello por resultar contraria a los principios rectores antes citados.

 (\ldots) .

En este sentido, cabe concluir que cuando el artículo 14.2.b) LFCP regula como medio de acreditación de solvencia el consistente en una relación de servicios o

trabajos realizados por el licitador, esta relación debe comprender, sin excepción o restricción alguna, cualquier tipo de destinatario, público o privado; debiendo por ello declararse nulas aquellas exigencia relativas a que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público, salvedad hecha de aquéllos servicios cuya prestación esté reservada a las entidades del sector público; circunstancia que, obviamente, no concurre en el supuesto que nos ocupa".

En sentido similar, en nuestro Acuerdo 9/2017, de 23 de febrero, señalamos que "(...) lo cierto es que el propio precepto no diferencia, en tal sentido, entre el destinatario público o privado de los servicios; de manera que la cláusula del pliego cuestionada introduce ya una primera restricción, toda vez que únicamente admite la experiencia de los licitadores adquirida en el ámbito público. Y dentro de dicha restricción todavía limita más, puesto que sólo sirve para tal acreditación haber prestado servicios en ayuntamientos.

Así las cosas, la cuestión suscitada requiere examinar si dicha restricción resulta adecuada para la correcta ejecución del contrato; extremo que, por otro lado, debe justificarse en el propio expediente de contratación. Dicho de otro modo, debe examinarse si el asesoramiento técnico de arquitecto superior al ayuntamiento presenta por tal motivo (es decir, por el ámbito territorial de la administración) una especificidad y singularidad que justifique que las funciones a realizar por el adjudicatario precisan de esta concreta experiencia en aras de una mayor garantía en su ejecución."

Así las cosas, podemos ya concluir que lo único decisivo, por lo tanto, debe ser que los trabajos o servicios anteriores sean análogos o similares a los que son objeto de licitación, sin consideración a si sus destinatarios han sido entidades del sector público o del privado. De este modo, con carácter general, en aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo el pliego, debe acreditarse la existencia de los contratos en los términos expuestos, de modo indiferente entre el destinatario público o privado de aquéllos previos servicios, 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.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración". Precepto que, como apunta la Resolución 266/2014, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, tiene como finalidad no sólo evitar la posición de ventaja del licitador anterior en la prestación de los concretos servicios objeto del contrato, sino que el legislador busca con tal medida fomentar la apertura de la contratación del sector público a nuevos licitadores.

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 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 habrán, necesariamente, de ir referidos al sector público.

Así lo indica también la Resolución 191/2017, de 28 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, "Procede traer a colación la reciente Resolución 113/2017, de 5 de abril por su similitud al caso en la que se manifestaba que "En aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo los pliegos, debe acreditarse la existencia de la misma en los términos expuestos siendo, en principio, indiferente si el destinatario de aquéllos servicios previos es público o privado, 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. Ahora bien, esto será así en aquellos supuestos en

los que el objeto del contrato tenga la posibilidad de poder ser contratado en el sector público y en el sector privado, por ejemplo, servicios de limpieza de edificios, mantenimiento de instalaciones, jardinería, etc. Pero existen contratos cuyo objeto es, por esencia, propio del sector público, sin que pueda el sector privado desempeñar tal actividad. En estos casos, la solvencia técnica acreditada por servicios previos, estos habrán, necesariamente de ir referidos al sector público. Tal es lo que ocurre en el presente supuesto, al consistir el objeto del contrato la colaboración para la recaudación voluntaria y ejecutiva, al ser dicha actividad propia del sector público, singularmente de las Administraciones públicas, y no del sector privado."

Siendo esto así, procede analizar si en el caso concreto concurre tal especificidad, es decir, si el objeto del contrato es, por esencia, propio del sector público, puesto que si ello es así la limitación introducida en el pliego no podrá ser calificada de discriminatoria.

Pues bien, el objeto del contrato consiste, conforme indica la cláusula primera del pliego regulador en la elaboración del Plan Estratégico de Igualdad entre mujeres y hombres de Navarra conforme a lo dispuesto en la Ley Foral 17/2019, 4 de abril, de igualdad entre mujeres y hombres; siendo la clasificación del contrato Código CPV 79419000-4 Servicios de Consultoría en evaluación; actividad que no cabe calificar como propia del sector público. Sin que pueda extraerse la conclusión contraria del hecho de que los planes estratégicos de igualdad corresponden al ámbito de las administraciones públicas, pues no cabe confundir el carácter público del destinatario de tales planes con las prestaciones que son objeto del contrato que, como a continuación veremos, no dejan de ser funciones de consultoría.

Tampoco las prescripciones técnicas que definen las prestaciones objeto del contrato, ponen de relieve tal especificidad, pues conforme a lo detallado en el apartado segundo "funciones y tareas", la ejecución del contrato se divide en la fase de "reflexión, principales conclusiones y elaboración del primer borrador" - cuyo objeto es, partiendo de un trabajo de revisión documental, generar un espacio de reflexión y debate que permita identificar los principales retos de las políticas de igualdad en Navarra con personal con funciones específicas en materia de igualdad de nuestra comunidad, el Consejo Navarro de Igualdad y personas expertas de reconocido prestigio

en la materia, dando lugar a un "Documento borrador con aspectos clave tras las sesiones mantenidas en las que se incluirán actas de las mismas" -; fase de "información, contraste y validación – cuyo objetivo es informar, contrastar y validar los ejes fundamentales y principales actuaciones recogidos en el Documento Base Borrador con los principales agentes implicados (departamentos, entidades locales, agentes sociales y económicos y entidades, asociaciones y colectivos para la promoción de la igualdad y la defensa de los derechos de las mujeres), recogiendo las principales conclusiones de este proceso en un "Documento de síntesis con las principales aportaciones recibidas tras la fase de información y contraste" que servirá de base para la elaboración del "Documento Base del Plan Estratégico para la Igualdad entre mujeres y hombres de Navarra" -; fase de exposición pública, consistente en la exposición pública del Documento Base del Plan y recoger e incorporar las aportaciones de la ciudadanía y otros agentes interesados, elaborando el "Documento de síntesis con las principales aportaciones recibidas tras la exposición pública" y, tras su análisis, el "Documento Base del Plan Estratégico para la igualdad entre hombres y mujeres de Navarra tras el proceso de exposición pública"; y, finalmente, la fase correspondiente a "Elaboración final del Plan Estratégico para la Igualdad entre mujeres y hombres de Navarra conforme a la Ley Foral 17/2019", que consiste en un proceso de cierre del documento de planificación que deberá concluir con la elaboración del Plan Estratégico como tal. Funciones de revisión documental, diagnóstico y planificación inherentes a un contrato de consultoría como el que nos ocupa que también habrán de desarrollarse en la redacción de planes de igualdad en el sector privado. No pudiéndose sostener que la dimensión institucional del plan a elaborar lo convierta en propio y específico del sector público a los efectos que nos ocupan, puesto que partiendo de la formación específica en materia de igualdad cuya necesidad resulta pacífica para las partes, lo cierto es que los conocimientos necesarios para llevar a cabo la metodología descrita no requieren, de manera inexcusable de experiencia adquirida en el ámbito público.

Iguales consideraciones nos llevan a rechazar la justificación alegada por la entidad contratante en relación con la necesidad de experiencia en el funcionamiento del sector público por ser necesario conocer su organización y funcionamiento, así como en atención al procedimiento de aprobación del plan; máxime cuando entre las prestaciones del contrato, obviamente, no se incluye función alguna relacionada con la fase de

aprobación del plan redactado por parte de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Pero es que además, este Tribunal debe advertir que la cláusula novena prevé, de forma acumulativa, la aportación de varios medios para acreditar la solvencia técnica o profesional, exigiéndose que "La persona que lidere el equipo de trabajo deberá contar con experiencia acreditada en la elaboración, impulso, coordinación y/o seguimiento de planes para la igualdad de mujeres y hombres para las Administraciones Públicas". Requisito no cuestionado por la reclamante con el que, precisamente, se alcanza el objetivo con el que ahora la entidad contratante pretende justificar la limitación introducida en la experiencia exigida también como solvencia técnica.

Por lo tanto, es claro que cuando el artículo 17.2.b) LFCP regula como medio de acreditación de solvencia el consistente en una relación de servicios o trabajos realizados por el licitador, esta relación debe comprender, con carácter general, sin excepción o restricción alguna, cualquier tipo de destinatario, público o privado; no concurriendo en este caso base objetiva y razonable que justifique la limitación introducida. Debiéndose concluir que la previsión contenida en la cláusula novena del pliego regulador produce un efecto de distorsión en la competencia al restringirla mediante el veto a quien no haya resultado adjudicatario de un contrato similar al servicio de una entidad del sector público; lo que constituye una vulneración del derecho a la igualdad, contemplado en el art. 14 CE, debiendo por ello declararse nula la exigencia que contiene el Pliego de que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público. Debe, pues, estimarse también esta segunda alegación.

Así pues, procede declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula novena del pliego regulador en lo que se refiere a la acreditación de la solvencia técnica mediante la declaración responsable de haber efectuado, en la suma de los últimos tres años, servicios o trabajos en el ámbito de la igualdad de mujeres y hombres cuyo importe total sea igual o superior a 100.000 euros (IVA excluido), cuya destinataria sea una entidad del sector público, y ello conforme a lo dispuesto en los artículos 126.2.a) LFCP y 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por infracción de los principios rectores en materia de

contratación pública que exigen un tratamiento igualitario y no discriminatorio y prohíben cualquier medida que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia; motivo por el cual procede la estimación parcial de la reclamación interpuesta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

- 1°. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don L. C. A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA, frente a los pliegos reguladores del "Contrato de Servicios para la Elaboración del plan Estratégico para la Igualdad entre Mujeres y Hombres conforme a la Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre mujeres y hombres", promovido por el Instituto Navarro para la Igualdad, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula novena del pliego regulador, relativa a la solvencia técnica y profesional, en lo relativo a la declaración responsable de haber efectuado, en la suma de los últimos tres años, servicios o trabajos en el ámbito de la igualdad de mujeres y hombres cuyo importe total sea igual o superior a 100.000 euros (IVA excluido), cuya destinataria sea una entidad del sector público; y, por ende la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.
- 2º. Notificar este acuerdo a don L. C. A., en calidad de representante de la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA, y al Instituto Navarro para la Igualdad, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.
- 3°. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 29 de septiembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.