



Expte.: R-17/2018

ACUERDO 32/2018, de 10 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.S.V. en representación de la mercantil PRODUCCIONES MIC, S.L. (Editorial MIC), frente al Acuerdo de inadmisión a la licitación, de fecha 13 de marzo de 2018, de la Unidad Gestora nombrada por el Ayuntamiento de Zizur Mayor para el contrato de asistencia para trabajos de redacción y edición de la revista informativa Ardui.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante acuerdo de Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor, de fecha 2 de febrero 2018, se aprueba expediente de licitación para la contratación de la asistencia para “Trabajos de Redacción y Edición de la Revista Informativa Ardui del Ayuntamiento de Zizur Mayor”, disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

Publicado el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra y en el Tablón de anuncios del Ayuntamiento de Zizur Mayor, dos empresas presentaron ofertas en el plazo habilitado al efecto.

SEGUNDO.- En fecha 5 de marzo de 2018 la Unidad Gestora del contrato, procede a la apertura de la documentación administrativa presentada por las dos licitadoras y acuerda requerir a Editorial MIC la subsanación de los requisitos relativos a la solvencia técnica y profesional.

Notificada Editorial MIC de este extremo el día 7 de marzo de 2018, procede a presentar documentación de subsanación el día 8 de marzo.

TERCERO.- El día 13 de marzo de 2018 la Unidad Gestora del contrato analiza la documentación presentada por Editorial MIC en fase de subsanación y acuerda su inadmisión por falta de acreditación de requisitos de solvencia técnica previstos en el pliego; acto notificado con fecha 20 de marzo de 2018.

CUARTO.- En fecha 23 de marzo de 2018, Editorial MIC presenta, frente al citado Acuerdo, reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en base a los siguientes argumentos:

a) La reclamante alega que cumplió con los criterios exigidos en el PCATP, en concreto su cláusula 5ª cuando aportó en un primer momento la relación del personal de la empresa con perfiles profesionales resumidos de algunos de los responsables de los trabajos, la relación de los principales servicios realizados en los últimos años, junto con copias de certificados de buena ejecución de algunos de ellos y relación de medios técnicos

b) Que ante el requerimiento de subsanación por parte de la Unidad Gestora de fecha 7 de marzo de 2018, en orden a acreditar la capacidad académica y profesional del equipo técnico mediante la presentación de las titulaciones académicas y profesionales correspondientes, y la experiencia mínima de 5 años del equipo técnico en la edición de boletines municipales editados por Ayuntamientos mediante justificantes o certificados emitidos por los clientes, la reclamante remitió nuevamente relación del personal destinable para la ejecución del servicio, con copias de titulaciones disponibles y certificados acreditativos de ejecución de diversas revistas municipales, a pesar de lo cual la Unidad Gestora decidió excluir a Editorial MIC de la licitación por no presentar las titulaciones académicas y profesionales de todas las personas que integran el equipo técnico y por considerar que *“falta acreditar que el equipo técnico (...) tenga una experiencia mínima de cinco años en la edición de boletines municipales editados por Ayuntamientos”*.

c) Considera la reclamante excesivamente rigurosa y poco atenta al espíritu de la normativa de contratación y de los propios pliegos la exclusión por razones de

acreditación académica y profesional, alegando que el equipo técnico presentado es meramente disponible para la ejecución del servicio y no necesariamente todos intervendrán en él y que presentaron las copias de las titulaciones que estaban disponibles, ya que algunas por motivos personales o por extravío, no estaban en poder de sus titulares. Indica además que el pliego no establece cantidad mínima por tipo de personal, es decir que aunque no todo el personal acredite la formación, sí considera la reclamante que dispone de personal cualificado suficiente.

d) Lo mismo ocurre respecto a la experiencia mínima de 5 años del personal, acreditada a juicio de la reclamante suficientemente con el curriculum vitae resumido de su personal donde constan tanto la fecha desde la trabajan en la empresa como los certificados de ejecución satisfactoria de diversas revistas municipales realizadas por la misma, ya que si el personal lleva más de cinco años en la empresa, es razonable pensar que ha intervenido en los trabajos que se certifican.

Añade que “el cliente” del trabajador es la empresa que lo contrata, no la Administración que contrata a la empresa, por lo tanto será la empresa en su caso quien deba certificar.

Por todo lo anterior, la reclamante solicita que se ordene la inmediata suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el acto recurrido, se revoque la exclusión de la oferta de Editorial MIC, y se la incluya por lo tanto entre las que se deben valorar en la adjudicación del contrato de referencia.

QUINTO.- El día 27 de marzo de 2018, el Ayuntamiento de Zizur Mayor presenta el expediente de contratación junto con escrito de alegaciones en el que expone lo siguiente:

a) Señala el Ayuntamiento de Zizur Mayor que tal y como consta en el expediente, el 5 de marzo de 2018 se reúne la unidad gestora del contrato, procediendo a la apertura de la documentación administrativa requerida.

b) Vista la documentación aportada por Editorial MIC y en aplicación de los criterios de la cláusula 5ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que

señala expresamente a efectos de solvencia técnica y profesional los medios para acreditarla, acuerdan requerir la subsanación de la documentación correspondiente a la solvencia técnica y profesional en lo que respecta a:

*“1- Falta acreditar la capacidad académica y profesional del equipo técnico mediante presentación de titulaciones académicas y profesionales correspondientes*

*2- Falta acreditar del equipo técnico y unidades técnicas participantes una experiencia mínima de 5 años en la edición de boletines municipales editados por ayuntamientos, la experiencia exigida se deberá acreditar mediante justificantes o certificados emitidos por los clientes.”*

c) Notificado el requerimiento, el 8 de marzo y dentro del plazo para ello, la empresa requerida presenta respuesta al mismo y en fecha 13 de marzo de 2018 la Unidad Gestora del contrato analiza la documentación presentada por Editorial MIC en fase de subsanación.

Una vez analizada la documentación se acuerda su inadmisión ya que sigue sin acreditar los requisitos de solvencia técnica previstos en el pliego en lo que respecta a 6 miembros del equipo técnico, en concreto las correspondientes al personal de coordinación, a dos periodistas/editores y a los correctores ortotipográficos y traductores de los que no aporta titulación académica ni profesionales. Igualmente falta acreditar que el equipo técnico tuviera una experiencia mínima de 5 años en la edición de boletines municipales editados por Ayuntamientos.

d) Frente a la alegación de Editorial MIC de que el equipo técnico presentado es una relación de “personal disponible” y que no todos desempeñarán funciones en el contrato y que además el pliego no establece un número mínimo de tipo de personal, indica el Ayuntamiento de Zizur Mayor que si bien el pliego no obligaba a presentar un equipo concreto, una vez presentado por la mercantil, el pliego sí obliga a acreditar su capacidad académica y profesional conforme a los criterios del propio pliego.

e) Respecto a la acreditación de la experiencia mínima de cinco años en la edición de boletines municipales, Editorial MIC en primera instancia presentó una serie

de certificados que en su gran mayoría no se correspondían con trabajos de boletines de Ayuntamientos, y en sede de subsanación presenta certificados en los que se vuelve a constatar que se corresponden con publicaciones no municipales y con plazo de ejecución inferior a los cinco años exigidos.

Además, ninguno de los certificados acredita la intervención del equipo técnico propuesto por la licitadora, ni aparece en sus curriculum vitae a efectos de experiencia laboral.

f) Por último y respecto a la alegación de la mercantil de que acredita la experiencia de su personal aportando CV junto con certificaciones de buena ejecución de la empresa y considerando que si el personal lleva más de cinco años en la empresa se considera razonable pensar que ha ejecutado los trabajos, responde el Ayuntamiento que, en contratación pública, no procede pensar razonablemente cuestiones sino que dichas cuestiones deben ser acreditadas conforme se prescribe en el pliego.

De acuerdo con todo lo anterior, el Ayuntamiento de Zizur Mayor solicita la desestimación de la reclamación, así como la confirmación del acto recurrido y del procedimiento de contratación.

SEXTO.- Atendiendo lo dispuesto en el artículo 213.2, último inciso, de la Ley Foral 6/2006, de 27 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), mediante Acuerdo 29/2018, de 24 de abril, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra advierte a las partes interesadas en la reclamación de la posible existencia de nulidad de pleno derecho y establece un plazo de alegaciones de tres días hábiles para que formulen las que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba necesarios.

Como se señala en el Acuerdo del Tribunal, la posible nulidad de pleno derecho deriva de que la cláusula 5.2 del PCAP, al regular la solvencia técnica por referencia a la experiencia de los licitadores, únicamente admite, a tales efectos, la adquirida en el ámbito público, concretamente en la redacción y edición de boletines de información

editados por Ayuntamientos o revistas de información de instituciones públicas. Esta previsión puede conculcar lo dispuesto en el artículo 14.2.b) LFCP que sobre este particular no diferencia entre el destinatario público o privado de los servicios; y con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que tras prohibir que en los procedimientos de contratación los entes, organismos y entidades integrantes del sector público otorguen cualquier ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración, sanciona con la nulidad 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.

Dentro del plazo concedido, formulan alegaciones el reclamante y la entidad contratante.

SEPTIMO.- Manifiesta la reclamante en el escrito de alegaciones presentado en el incidente de nulidad sustanciado su conformidad con las consideraciones planteadas al respecto por este Tribunal; añadiendo que no recurrió el extremo planteado en la cuestión incidental por cuanto en el momento de publicación de los pliegos los criterios de solvencia no parecían ser restrictivos, resultando que tras su exclusión del procedimiento, siendo una empresa más que consolidada en el panorama de la edición de publicaciones periódicas, incluyendo especialmente boletines y revistas de información municipal, cuando se la revelado que dichos criterios han actuado como barrera de entrada restrictiva de la competencia antes que para garantizar la capacidad técnica del posible prestador del servicio.

Apunta, asimismo, que se ha omitido en los pliegos la posibilidad de acreditar la solvencia mediante la presentación de contratos realizados para instituciones privadas; extremo que, expone, carece de justificación suficiente, toda vez que el modelo de trabajo de una publicación periódica es prácticamente el mismo independientemente del

contenido, y que la publicación municipal no es una publicación especializada que requiera conocimientos técnicos específicos.

Añade que la formulación de los criterios de solvencia ha sido errónea, indicando que en los pliegos se debería haber dado la oportunidad de que, alternativamente, se hubiera podido acreditar la solvencia mediante la clasificación empresarial y en caso de no estar en posesión de la misma haber exigido muchos menos medios de acreditación de la solvencia técnica y de forma más específica, probablemente sólo mediante una relación de los principales trabajos realizados para entidades públicas o privadas y al menos dos certificados de buena ejecución por importe similar al precio de licitación; estimando conveniente, además, haber incluido, eventualmente y como condición especial de ejecución, aquellos requisitos mínimos e indispensables (por ejemplo un redactor con titulación EGA) para la correcta prestación del servicio, siempre que dichos requisitos estuvieran suficientemente justificados por las especificidades del objeto del contrato.

Por todo ello, solicita de este Tribunal que se declare nulo el procedimiento de licitación, y que eventualmente recomiende la convocatoria de una nueva licitación en la que se exijan criterios de acreditación de la solvencia técnica y profesional menos restrictivos, que busquen realmente garantizar la capacidad técnica de las empresas competidoras y no restringir la entrada de empresas experimentadas y solventes mediante tecnicismos, exceso de requisitos y otras condiciones que no encuentran justificación alguna.

OCTAVO.- La entidad contratante, sobre la eventual concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho apreciada por este Tribunal, señala en su escrito de alegaciones que el artículo 14.2.b) LFCP al utilizar la conjunción “o” al referirse al destinatario, público o privado, de los servicios prestados habilita al órgano de contratación a optar por uno de ellos en lo que a la experiencia en la ejecución de servicios similares se refiere.

Justifica, asimismo, la opción realizada en el hecho de que la revista informativa Ardui es una publicación de información municipal que, debido a la naturaleza de las informaciones, políticamente pactadas y consensuadas, dista mucho de ser considerada como una revista de información general, precisando de un trabajo previo de elección de los temas municipales provenientes de los servicios municipales, a través de las jefaturas, y bajo la supervisión del Coordinador Cultural. Procedimiento que, indica, requiere de una extrema confidencialidad, una labor de campo sobre la localidad y un seguimiento de los proyectos de larga duración; además, de requerir un asesoramiento previo a las publicaciones, a las Corporaciones Locales entrantes y salientes, evitándose la paralización de las publicaciones.

Concluye que, por todo ello, se ha entendido que la capacitación y experiencia en este ámbito público, el municipal y administrativo, es muy relevante, tanto porque el rigor de la información municipal debe ser extremo, con acatamiento de todas las directrices municipales y de las normas municipales en vigor. Afirmando, en consecuencia, que la naturaleza específica de las prestaciones objeto del contrato hace imposibles que se hayan podido desempeñar servicios análogos para el sector privado o para otro sector que no sea el público y municipal; resultando que los requisitos de solvencia fijados en el pliego en todo momento pretenden verificar que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren; motivo por cual solicita que este Tribunal declare la conformidad a derecho del expediente de contratación realizado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Zizur Mayor reúne la condición de poder adjudicador de los previstos en el artículo 2.1.c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) y, en consecuencia, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 210.1 LFCP.



La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP; ostentando el reclamante legitimación para su interposición, con fundamento en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) LFCP; y ha sido presentada, dentro del plazo de diez días naturales establecido por el 210.2.b) LFCP.

SEGUNDO.- La cuestión más trascendente que se plantea en esta reclamación es la existencia de o no de causa de nulidad de pleno derecho en la formulación de los requisitos de solvencia técnica o profesional contenida en el PCAP regulador del contrato, advertida a las partes interesadas por este Tribunal mediante el Acuerdo 29/2018, de 24 de abril, derivada de la circunstancia de que la experiencia a acreditar por los licitadores se restringe a servicios prestados al sector público, concretamente por referencia a la redacción y edición de boletines de información editados por Ayuntamientos o revistas de información de instituciones públicas.

Por ello, entraremos en primer lugar en el análisis de esta cuestión en la medida en que el resultado del mismo incide en el objeto de la reclamación presentada, habida cuenta que una eventual declaración de nulidad de la cláusula correspondiente del PCAP determinará la del procedimiento de adjudicación y, por ello, la improcedencia de analizar los motivos de impugnación esgrimidos por el reclamante frente a su exclusión del procedimiento de licitación.

La cláusula 5.2 del PCAP, en relación con la solvencia técnica indica que “(...) *deberá acreditarse por los siguientes medios:*

a) *Certificado de buena ejecución de, al menos, dos clientes al que el adjudicatario haya realizado, en los cuatro últimos años, un trabajo de elaboración de un boletín de información municipal o revista de información editado por un ayuntamiento o institución pública, de importe igual o superior a 12.000,00 euros anuales (IVA excluido). Indicándose importe, fecha, persona de contacto y descripción general del boletín municipal.*

b) *Una descripción del equipo y unidades técnicas participantes en el contrato, estén o no integradas directamente en la empresa contratista, especialmente del equipo responsable del control de calidad, así como el número de personas y su cualificación a emplear en el servicio, su formación académica (incluyendo al menos un periodista con título EGA de euskera), y experiencia profesional en trabajos de índole similar.*

*La capacitación académica y profesional deberá acreditarse mediante la presentación de las titulaciones académicas y profesionales correspondientes. Siendo necesario que, los profesionales designados para ejecutar el servicio objeto de este contrato, en la maquetación, diseño, traducción, fotografía, comerciales y periodistas, tengan acreditadas una experiencia mínima de 5 años en la edición de boletines municipales editados por ayuntamientos. La experiencia exigida se deberá acreditar mediante justificantes o certificados emitidos por los clientes.*

c) *Una declaración de material, instalaciones y equipo técnico de que disponga la empresa para la realización del contrato”.*

A los efectos de analizar la cuestión controvertida debemos empezar por traer a colación lo dispuesto en el artículo 21 de la LFCP, que como principios rectores de la contratación pública establece los de igualdad de trato y no discriminación; transparencia; exclusión de cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia y máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento. Este mismo artículo, en su apartado primero, señala también que las entidades adjudicadoras interpretarán las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 LFCP *“Podrán celebrar los contratos regulados en la presente Ley Foral las personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada y españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional y no se encuentren incurso en causa de prohibición de contratar, requisitos que deberán concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas”.*

La normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica y técnica o profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Así, las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non”, cuyo incumplimiento justifica la exclusión del licitador del procedimiento. Constituyendo su acreditación 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 diversas Resoluciones 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 13 y 14 de la

LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. 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.

Los preceptos citados atribuyen al órgano de 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 competencia.

Así pues, corresponde a la entidad adjudicadora definir, fijar y modular en los Pliegos los medios y requisitos mínimos para acreditar la solvencia por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer a través de la correspondiente contratación. 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, adecuación al objeto de contrato y 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 corresponderse con alguno de los medios de acreditación de la solvencia establecidos en la LFCP.

En relación con los concretos medios de acreditación de la solvencia técnica, tiene declarado el Tribunal Supremo – por todas, Sentencia de 12 de enero de 2012 - que su determinación corresponde al órgano de contratación, no al licitador, en el bien entendido de que es obligación del órgano de contratación precisar cual o cuales de dichos medios resulta procedente exigir en cada contrato, atendiendo a sus

características, concretando cómo debe acreditarse esa solvencia para los supuestos seleccionados.

En consecuencia, 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. Motivo por el cual no pueden ser acogidas las alegaciones realizadas por la reclamante proponiendo una alternativa de formulación de los criterios de solvencia para el caso concreto que nos ocupa.

TERCERO.- La Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 58.4 dispone: *“Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.*

*Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado. Los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato.”*

La LFCP recoge la experiencia como una de las formas de acreditación, entre otras, de esta solvencia técnica que, en todo caso, tienen carácter tasado. Así, el artículo 14.1 de la LFC señala que *“Los licitadores deberán acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato, entendiéndose por ella la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, 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 al importe económico del contrato”*. En particular, el artículo 14.2.b) de la LFCP ahonda en la posibilidad de incorporar en el PCAP la experiencia como criterio de solvencia técnica en los contratos

de asistencia, contemplando como modo de acreditarla la *“relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante 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”*.

Asimismo, al establecer las exigencias de solvencia técnica en los contratos públicos rige la máxima de abrir la licitación al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias. Esta máxima o principio debe, igualmente, informar y presidir la interpretación de la regulación que, sobre este particular, contiene la normativa de aplicación.

Pues bien, la entidad contratante alega, en defensa de la legalidad de la controvertida cláusula del PCAP, que el artículo 14.2.b) LFCP al utilizar la conjunción “o”, al referirse al destinatario público o privado de los servicios prestados con anterioridad, habilita al órgano de contratación a elegir entre el sector público o privado a la hora de definir qué contratos o servicios resultan admisibles para acreditar tal requisito de solvencia técnica. Nada más lejos de la realidad.

En la aplicación e interpretación de la normativa en materia de contratación pública adquieren especial relevancia los principios rectores, proclamados en el artículo 21 LFCP, que constituyen el fundamento de la misma, caracterizándose por su transversalidad, de manera que se manifiestan y deben ser respetados en todas y cada una de las fases de los distintos contratos públicos, en atención a la función teleológica, interpretativa e integradora derivada de su carácter de principios generales del derecho.

Ciertamente, de conformidad con el Considerando 1 de la Directiva 2014/24 las legislaciones nacionales deben de asegurar que estos principios, primero, tengan un efecto práctico, y segundo, perseguir como finalidad que la contratación pública se abra a la competencia. Añadiendo el artículo 18.1 de la misma, que *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”*.

*La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.”*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 138/2012, de 20 de junio, recuerda que “...*las prácticas de libertad de concurrencia y libre competencia que son esenciales en la legislación europea...Abunda en la interpretación aplicada por este Tribunal que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de dichos contratos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca en primer lugar la garantía de la libre de concurrencia”*.

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.

Así lo pone de relieve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 241/2012, de 31 de octubre, cuando dice que *“El medio de acreditar la solvencia es la relación de los servicios o trabajos realizados en los tres últimos años, a la que hay que acompañar la mención de su importe, fecha y destinatario, que puede ser público o privado. El precepto, pues, debe leerse desde la perspectiva del licitador que debe acreditar su solvencia, y que puede esgrimir la realización de trabajos en el sector público o en el privado. Se aprecia así, en suma, que la interpretación mantenida por el órgano de contratación no es respetuosa con lo dispuesto en el artículo parcialmente transcrito”*.

CUARTO.- Sentado lo anterior, y entrando al análisis de la solvencia exigida, la reclamante sostiene su nulidad de pleno derecho y estima que la imposibilidad de acreditar la solvencia mediante la presentación de contratos realizados para instituciones privadas carece de justificación, toda vez que el modelo de trabajo de una publicación periódica es prácticamente el mismo independientemente del contenido, no siendo la publicación municipal una publicación especializada que requiera conocimientos específicos.

La entidad contratante sostiene, de contrario, que al tratarse de una publicación de información municipal tanto la naturaleza de las informaciones como la extrema confidencialidad, la necesidad del seguimiento de los proyectos de larga duración, la relación con los distintitos servicios municipales y el cumplimiento de las directrices y normas municipales la diferencian de una revista de información general; y ello además por cuanto se requiere un asesoramiento previo a las Corporaciones Locales entrantes y salientes evitándose la paralización de las publicaciones; resultando, por tales motivos,



muy relevante la capacitación y experiencia en el ámbito municipal y administrativo. Así pues, apela a que la naturaleza específica de las prestaciones objeto del contrato hacen imposible que se hayan podido desempeñar servicios análogos en el sector privado.

Tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 29/2018, de 24 de abril, partiendo de la posibilidad de aplicar la experiencia como requisito de solvencia técnica al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.2.b) LFCP, 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 resulta restrictiva, en la medida en que únicamente admite la experiencia de los licitadores adquirida en el ámbito público, concretamente en la redacción y edición de boletines de información editados por Ayuntamientos o revistas de información de instituciones públicas.

En la línea de lo expuesto anteriormente, en aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo los pliegos, 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. Lo determinante es haber prestado servicios o trabajos análogos y, si se quiere, su importancia cuantitativa –dentro de límites proporcionados- y el tiempo por el que se han prestado, pero nada añade a la solvencia su prestación para entidades del sector público en detrimento del privado.

Este criterio se ha reafirmado con la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que en su artículo 45 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".*

Sobre la prohibición declarada en el precepto transcrito, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 28/2014, de 12 de mayo, razona que *“Este Tribunal, en su Acuerdo 9/2014, de 11 de febrero, ya tuvo ocasión de manifestar que este precepto (art. 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), pese a la compleja redacción y técnica normativa del mismo, parece claro que prohíbe toda ventaja que se otorgue a un contratista por haber celebrado contratos con el sector público. El precepto, es de difícil lectura e interpretación, porque alude a los entes, organismos y entidades integrantes del sector público en su inicio, mientras que el sentido de la prohibición es que no pueden otorgar ventajas directas o indirectas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración —de manera que, de la dicción literal del precepto, cabría deducir, que en el caso de que se otorguen dichas ventajas, no por haber contratado con la Administración, sino con otros entes, organismo y entidades del sector público, no se estaría contrariando la prohibición—; y no parece razonable que se limite la prohibición respecto de aquellas empresas que hubieran contratado con la Administración, máxime si tenemos en cuenta el triple ámbito subjetivo de sujeción al TRLCSP. Pero, en cualquier caso, el art. 45 de la Ley 14/2013, que no se ha incorporado al TRLCSP —a excepción de la causa de nulidad de su núm. 2, que se incorpora en el art. 32 d) TRLCSP—, conlleva que el requisito señalado en el apartado 6.1. a) —La acreditación de haber suscrito al menos dos contratos con entidades locales—, incurre en nulidad de pleno derecho; en la medida en que implica una discriminación objetiva —por su limitación a unas determinadas entidades del sector público—; y supone otorgar una ventaja directa o indirecta a quien ha contratado con la Administración (en este caso entidades locales); pues es evidente que dicha experiencia se ha obtenido a través de un contrato previo con la Administración (en este caso entidades locales). La misma conclusión se alcanza respecto de la exigencia contenida en el apartado 6.1 b), que requiere un importe acumulado de 1.000.000 euros en determinadas experiencias, avalados con certificados*

*de buena ejecución expedidos «por las Administraciones». De manera que, aunque sea ajustado a Derecho exigir la solvencia técnica de dos contratos que contengan las prestaciones obligatorias P-1, P-2, P-3 y P-4 (excluida red semafórica) que constituyen el objeto del contrato mixto que se licita, en los tres últimos años; o exigir un importe acumulado de experiencias, no lo es que la experiencia se haya adquirido únicamente en contratos para las entidades locales, en un caso, o con la Administración, en el otro. En consecuencia, la Mesa de contratación, a la vista de lo dispuesto en art. 45 de la Ley 14/2013, debió considerar nulas de pleno derecho dichas exigencias, y tenerlas por no puestas. Y, a su vista, o bien interpretar este requisito de la solvencia técnica de forma que se entendiera cumplido con la acreditación de dos contratos que contuvieran las prestaciones obligatorias P-1, P-2, P-3 y P-4 —que constituyen el objeto del contrato mixto que se licita, en los tres últimos años—, celebrados en el sector público o en el sector privado, en atención al principio de conservación de los actos válidos; o bien considerar, si la nulidad de esta cláusula del PCAP era causa necesaria de un nuevo procedimiento de licitación”.*

En esta fase del procedimiento de contratación, que se corresponde con la admisión de licitadores, donde, como hemos apuntado, rige la máxima de abrir la licitación al mayor número de interesados posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias, resulta obvio, que la limitación incluida en la cláusula del pliego que nos ocupa implica una discriminación objetiva, en relación a la experiencia en la redacción y edición de boletines o revistas de información de otras entidades o empresas privadas, otorgando una ventaja directa o indirecta a quien ha contratado tales servicios con un Ayuntamiento. Circunstancia que únicamente resultaría admisible si la naturaleza específica de las prestaciones objeto del contrato hace imposible que se hayan podido desempeñar servicios análogos para el sector privado.

Así lo pone de manifiesto la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 25/2016, de 15 de enero, al indicar que “(...) Pues bien, entendemos que, contra lo que pretende el órgano de contratación, el art. 45 precitado no se aplica solo a la fase de valoración de ofertas, pues también supone otorgar ventaja a un licitador o

*licitadores, la exclusión, por falta de solvencia, de otros licitadores. Ahora bien, entendemos que dicho artículo debe interpretarse conjuntamente con lo dispuesto en el TRLCSP, para observar si las pretendidas ventajas otorgadas no son tales, sino necesaria consecuencia del establecimiento de unas exigencias de capacidad técnica inexcusables en atención al objeto del contrato.*

*En este contexto, este Tribunal tiene declarado que el art. 78 del TRLCSP implica que las empresas pueden acudir a trabajos públicos o privados para acreditar su solvencia profesional o técnica, haciendo una interpretación conjunta con los artículos 76 a) y 77 a) del mismo texto, como en la Resolución 241/2012. En la misma concluíamos que “En definitiva, este Tribunal concluye que la previsión del pliego que exige que el contrato se haya celebrado con una Administración Pública no es ajustada a Derecho”; Y para ello, razonábamos que “la inclusión en el pliego de una cláusula como la expuesta supone una restricción inasumible e injustificada de la libre concurrencia que debe presidir la actuación contractual de los sujetos sometidos al TRLCSP (cfr.: artículos 1 TRLCSP y 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo), en tanto en cuanto circunscribe el acceso a los procedimientos de licitación sólo a aquellas empresas que previamente hayan contratado con una Administración Pública, cercenando, en perjuicio incluso de ésta, la posibilidad de que empresas con experiencia en el sector privado, puedan extender su actuación al público. Es fácil imaginar el círculo vicioso a que ello conduce, puesto que, sin dejar acceder a los procedimientos de licitación pública, es imposible obtener la experiencia que cláusulas como la referida exigen. Lo único decisivo, por lo tanto, debe ser que los trabajos o servicios anteriores sean análogos a los que son objeto de licitación, sin consideración a si sus destinatarios han sido Administraciones Públicas o sujetos particulares. Si se prefiere, bien podemos afirmar que el órgano de contratación puede exigir una experiencia previa al amparo del artículo 78 a) TRLCSP concretada en “servicios o trabajos realizados en los últimos tres años”, pero no imponer que los mismos hayan sido realizados para el sector público.”*

*Esta doctrina, unida al tenor del art. 45 de la Ley 14/2013, llevaría a estimar los recursos que nos ocupan, salvo si la naturaleza específica de las prestaciones objeto del contrato hace imposible que se hayan podido desempeñar servicios análogos para*

*el sector privado, o incluso para otros entes públicos que no sean Ayuntamientos, a los que se restringe la cláusula (...)*”.

Ciertamente, el objeto del contrato es la ejecución de los trabajos de redacción y edición de la revista informativa “ARDUI” del Ayuntamiento de Zizur Mayor. Disponiendo la cláusula primera del Pliego de Prescripciones Técnicas, que *“El adjudicatario deberá aportar el personal y los medios materiales precisos para atender las siguientes tareas:*

- *Elaborar textos, entrevistas, reportajes y cuantos artículos vayan a ser publicados en el Boletín o Revista Informativa.*
- *Redacción del boletín o revista informativa. Participación en el Consejo de Redacción.*
- *Gestión y coordinación del soporte fotográfico e ilustraciones.*
- *Diseño y maquetación del Boletín o Revista Informativa.*
- *Gestión y coordinación de la fotocomposición e impresión.*
- *Entrega al Ayuntamiento de la publicación lista para su publicación”.*

Nada más añade el citado pliego en relación con las condiciones técnicas de las prestaciones a realizar, más allá de la definición en su cláusula segunda del formato de la publicación, número de ejemplares por número, periodicidad, tintas, inclusión de un resumen en euskera de los artículos, entrevistas, etc, realizados en castellano y a la inversa, y la obligación de utilizar imágenes y lenguaje no sexista y no discriminatorio. Finalmente, la tercera y última cláusula del PPT se refiere al porcentaje máximo de publicidad a incluir en la publicación.

Así las cosas, y la vista de las propias prescripciones técnicas que definen las prestaciones objeto del contrato, ninguna especificidad cabe apreciar que impida que la necesaria experiencia se haya adquirido en la redacción revistas y publicaciones editadas en el ámbito del sector privado; no pudiéndose sostener que el contenido de las noticias, artículos y entrevistas por el mero hecho de referirse al ámbito de la actividad y gestión municipal requieran de manera inexcusable una experiencia adquirida en tal ámbito público, puesto que tales conocimientos no son, en modo alguno, necesarios

para la labor de divulgación a realizar, resultando, por ello y a estos efectos, indiferente el ámbito público o privado de la actividad sobre la que versa la publicación.

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 exigencias 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.

Por ello, cabe concluir que la cláusula del PCAP, en estos términos, cierra la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que persigue. Es decir, reconociendo que la finalidad buscada por la cláusula es ajustar la solvencia del empresario con las necesidades definidas por el órgano de contratación, su concreta formulación 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, toda vez que depara un trato desigual carente de base objetiva y razonable para supuestos de hecho sustancialmente coincidentes, discriminando a los contratistas que, acreditando experiencia en el sector privado, no hayan celebrado previamente un contrato con la Administración Pública.

En consecuencia, la cláusula citada del PCAP adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho, 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 de la reclamación interpuesta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

**ACUERDA:**

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.S.V., en representación de la mercantil PRODUCCIONES MIC, S.L. (Editorial MIC), frente al Acuerdo de inadmisión a la licitación, de fecha 13 de marzo de 2018, de la Unidad Gestora nombrada por el Ayuntamiento de Zizur Mayor para el contrato de asistencia para trabajos de redacción y edición de la revista informativa Ardui, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula 5.2.a) del pliego de cláusulas administrativas particulares, relativa a la solvencia técnica y profesional exigida, y la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a PRODUCCIONES MIC, S.L, al Ayuntamiento de Zizur Mayor, así como al resto de interesados que figuren en el expediente y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. 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, a 10 de mayo de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.  
LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos