

Recurso 228/2024
Resolución 267/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 12 de julio de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADMINISTRATIVANDO LEGAL, S.L.P.**, contra la adjudicación del contrato denominado «Contrato de servicios de representación y defensa en juicio, así como asesoramiento previo del Ayuntamiento de Camas.», (Expte. 8844/2023.), promovido por el Ayuntamiento de Camas (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de junio de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, de igual fecha, por el que se adjudicaba el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución a la entidad ZURBARÁN ABOGADOS SLP. En el anuncio de adjudicación consta que el contrato de servicios se licitó por procedimiento negociado sin publicidad y tramitación ordinaria. El valor estimado del contrato asciende a 132.231,40 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 27 de junio de 2024 se presentó en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ADMINISTRATIVANDO LEGAL, S.L.P., contra la adjudicación del contrato de servicios citado.

El 28 de junio de 2024, la Secretaría del Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición, reclamándole el expediente de contratación, informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 2 de julio de 2024.

Con fecha 3 de julio, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso a las tres entidades licitadoras invitadas el procedimiento de adjudicación, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido para ello las presentadas por la entidad ZURBARÁN ABOGADOS SLP. (en adelante la adjudicataria).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; toda vez que el Ayuntamiento de Camas, no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

El propio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación para recurrir no sólo a los que han participado en la licitación, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o bien puedan resultar afectados.

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, Resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 172/2020, de 1 de junio y 254/2021, de 24 de junio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Pues bien, en el supuesto analizado, el objeto del recurso es la falta de publicidad y transparencia en la licitación del contrato por la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. Así manifiesta la recurrente que, *«dado que la presente licitación se ha tramitado como un procedimiento negociado sin publicidad, no ha tenido conocimiento de la misma hasta la publicación de la resolución de la adjudicación del contrato, una vez publicada en el perfil de contratante»*. De lo que se deriva que la empresa recurrente no tiene la condición de licitadora justamente porque se ha visto impedida a participar en la licitación por el procedimiento de licitación utilizado. Por tanto, sin prejuzgar la cuestión de fondo, ninguna duda plantea el interés legítimo que ostenta la entidad recurrente habida cuenta de la ventaja o utilidad jurídica que, en términos de la doctrina expuesta, le reportaría el que su pretensión prosperase.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el



acto recurrido, en principio, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP. Esta cuestión será objeto de análisis con mayor detalle, en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, al analizar la pretensión de inadmisión del recurso formulada por el órgano de contratación.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el expediente, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartados d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de la Junta de Gobierno Local, de fecha 25 de junio de 2024, por la que se adjudica el contrato, solicitando a este Tribunal que se *«anule el procedimiento de adjudicación, por haber prescindido de las reglas de los artículos 168 y 170 de la LCSP; o, subsidiariamente, anule la totalidad de actuaciones adoptadas tras la decisión de tramitar este expediente por las reglas del negociado sin publicidad, ordenando, en tal caso, la consiguiente retroacción de las actuaciones desde aquel momento para la tramitación del presente procedimiento por la vía procedimental oportuna.»*.

Afirma la entidad recurrente que el procedimiento se ha tramitado como negociado sin publicidad, sin que se justifique la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 168, letra a), apartado segundo, de la LCSP. Considera que teniendo en cuenta la prestación objeto de contrato *«es evidente que existen alternativas razonables en el mercado, máxime tratándose de la contratación de servicios de asesoramiento legal, que se caracterizan no tanto por entrañar el desarrollo de una creación intelectual propia sino por el despliegue de una actividad intelectual.»*

En tal sentido argumenta que el citado artículo 168 de la LCSP *«exige que se demuestre de manera fehaciente que el contrato solo puede ser ejecutado por un empresario específico debido a razones técnicas, artísticas, o de derechos de exclusiva. En el presente caso, no se ha acreditado la existencia de tales razones. La ausencia de esta justificación contraviene los principios de igualdad, transparencia y concurrencia que rigen la contratación pública.»*. Por tanto, continúa esgrimiendo la recurrente, se ha adjudicado un contrato prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto en los artículos 168 y 170 de la LCSP, *«lo que vicia todos los actos del expediente que, en consecuencia, devienen nulos. Y esa nulidad impone la de la totalidad del expediente o, al menos, la de todas las actuaciones adoptadas tras la decisión de tramitar este expediente de contratación por las reglas del negociado sin publicidad.»*

Refiere como apoyo a su pretensión, la Resolución nº 972/2023, de 20 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y de la Resolución nº352/2022, de 1 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del Ayuntamiento se opone a las pretensiones del recurso solicitando su inadmisión al considerar que el presente contrato se encuentra excluido de la aplicación de la LCSP.



Afirma el órgano de contratación que el recurso es incongruente al combatir hechos que no han tenido lugar en el presente expediente. Así, frente a la falta de motivación de la elección del procedimiento esgrimida en el recurso, aduce que la motivación figura en la memoria justificativa del expediente, así como en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

El informe reproduce en su integridad la citada introducción del PCAP que, a su vez, contiene el de la memoria justificativa del contrato, y de los que interesa destacar el siguiente contenido:

«Justificación General»

(...)

Hasta el año 2023, los posicionamientos de la Junta de Consultiva de del Estado (4/2019 o 52/2020) parecían dejar claro que estos negocios eran auténticamente contratos administrativos de servicios, como resultado de una decisión del legislador español, no necesariamente alineada con el criterio del derecho comunitario y el de otros países de la Unión Europea para los que estaríamos ante negocios excluidos.

(...)

Pero el primer posicionamiento favorable al entendimiento de que estamos ante un negocio excluido sostenido por un órgano con funciones interpretativas en materia de contratación no ha llegado sino hasta principios de 2023 de la mano del Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Aragón, que ha concluido con claridad que “los servicios de asesoría y representación en juicio, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, no tienen la consideración de contrato público. La solución debería ser la misma en el ámbito nacional, dado que como se recuerda en la exposición de motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, su finalidad es la correcta transposición del derecho europeo”. Queda claro que “por ello hay que considerar que los servicios de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales son contrato excluido de la LCSP y su naturaleza será de contrato privado (lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado).

(...)

Este panorama interpretativo ofrece en definitiva dos líneas doctrinales diferentes por las que legítimamente un órgano de contratación puede inclinarse: plantear la construcción de un contrato administrativo de servicios o bien sostener el montaje de un negocio excluido. Y en este punto, las tesis que creemos que mejor se alinean con los intereses públicos que debe custodiar y defender el Ayuntamiento de Camas van en la línea de entender que estamos efectivamente ante un negocio excluido. Evitando repetir innecesariamente los argumentos expuestos en el Informe 1/2023, a los que nos remitimos sin más, diremos simplemente que el entendimiento del concepto de confianza como un elemento especial en estas relaciones contractuales nos aboca a prescindir de los “los principios vinculados a la tensión competitiva en el mercado”.

(...)

El montaje del expediente ha pretendido seguir de la manera más precisa posible las recomendaciones del informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Aragón. Pese a tratarse de un negocio excluido, pero estando ante competencias públicas con financiación pública, se han implementado algunas cuestiones:

•Se define un expediente administrativo, justificándose la necesidad de la prestación y los motivos de la selección.

•Se incorporan de manera analógica algunos principios y elementos de la contratación pública para dar cabida a los principios de transparencia, publicidad y seguridad jurídica: se arbitran pliegos técnicos y de cláusulas administrativas que dotan de un régimen al contrato; se arbitra un marco económico definiendo presupuesto base de licitación (PBL en adelante) y VEC (valor estimado del contrato) y se fija un plazo para el contrato.»



El informe defiende que, tal y como queda expuesto en la introducción del PCAP, estamos ante una cuestión controvertida, con distintas posiciones doctrinales y con posicionamiento contradictorios de los órganos consultivos en materia de contratación pública. Insiste que el Ayuntamiento ha seguido, para la tramitación de esta contratación, la línea doctrinal recogida en el Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Aragón, y mediante la que justifica igualmente el empleo del procedimiento negociado sin publicidad, sobre el que afirma que: *«En cuanto a las cuestiones de fondo, la elección del procedimiento negociado sin publicidad se enmarca dentro del montaje general de un negocio excluido, siguiendo con precisión las directrices del Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Aragón. Se concluye en este informe que “los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, están formalmente excluidos de la contratación pública y no tienen la consideración de contrato público. Por su naturaleza y función y también porque en la elección de abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de competencia.»*

Por lo que considera que en la documentación del expediente se motiva correctamente, por parte del órgano de contratación, la elección del procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 168 de la LCSP. Además, defiende que la recurrente pudo acceder a la documentación del expediente a través de los códigos seguros de verificación, y la URL donde verificarlos contenidos en el certificado del Acuerdo de la Junta de Gobierno de 25 de juicio de 2024, mediante el que se adjudicó el contrato.

Tras todo lo expuesto concluye que *«la correcta definición del objeto contractual como negocio excluido determina que el recurso deba ser inadmitido sin más.»*. Cita como apoyo de su afirmación la Resolución nº18/2023 de 18 de mayo de la Comisión Jurídica de Extremadura.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

Por último, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

Las alegaciones recogen una argumentación similar a la esgrimida por el órgano de contratación en su informe al recurso. Así, defiende que el artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, excluye expresamente a los servicios jurídicos del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública. Considera que la tramitación de la presente licitación, mediante procedimiento negociado sin publicidad, sin estar obligado a ello por ser un negocio excluido, resulta un procedimiento suficientemente garantista. Refiere igualmente la doctrina contenida en el Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, como apoyo de la actuación del órgano de contratación y el procedimiento de licitación utilizado.

Por último, frente a la afirmación de la recurrente relativa a que la utilización del procedimiento negociado sin publicidad permitiría al Ayuntamiento adjudicar el contrato a la entidad que venía prestando sus servicios con anterioridad, afirma la adjudicataria que *«ZURBARÁN, no ha sido nunca adjudicataria de los servicios que se han licitado en el procedimiento que nos ocupa.»*

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1.- Sobre la sujeción de los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio de las Administraciones Públicas a la LCSP.



El órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso al considerar que el objeto del contrato se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la LCSP. Apoya su pretensión en la doctrina del Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo criterio se comparte tanto en la memoria justificativa del contrato como en el PCAP.

El objeto del contrato de la presente licitación viene definido en la cláusula 1.1 del PCAP, en los siguientes términos: *«El contrato tiene por objeto la prestación de servicios de representación y asistencia jurídica profesional en todos los procedimientos judiciales, presentes o futuros, durante la vigencia del contrato, en los que sea parte el Ayuntamiento de Camas, así como su personal, todo ello en los siguientes términos:*

1.La representación y defensa en juicio del Ayuntamiento y de los miembros de la corporación y empleados municipales por hechos acaecidos en el ejercicio de sus funciones, tanto en la jurisdicción penal como la social, civil, contencioso-administrativo y cualquier otra Jurisdicción. Forma parte del presente contrato la redacción de cuantos documentos que resulten procedentes en función del tipo de procedimiento, tales como demandas, contestaciones a demandas, solicitud de medidas cautelares, escritos de proposición de prueba, conclusiones, preparación e interposición de recursos frente a sentencias dictadas en procedimientos en que le Ayuntamiento ostente la condición de parte demandada o bien de aquellos recursos o demandas en los que el Ayuntamiento ostente la condición de demandante.

El objeto del contrato comprenderá la totalidad de los procedimientos vivos hasta la fecha, así como aquellos que se sustancien durante la vigencia del contrato.

2.El asesoramiento jurídico y la elaboración de informes de cualquiera materia en la que esté interesado el Ayuntamiento, tales como procedimiento administrativo general, urbanismo, personal, expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, Hacienda Local, procedimientos sancionadores, disciplinarios, asesoramiento fiscal referido a Impuestos, Tasas y Precios Públicos Locales, etc. Este asesoramiento deberá entenderse como preparativo o previo respecto de las posteriores actuaciones judiciales o al menos tener lugar en un contexto de altas probabilidades de que éstas últimas se produzcan.»

En el apartado calificación y régimen jurídico, de la referida cláusula 1.1 del PCAP se establece:

«El contrato que regula el presente pliego es un contrato de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1544 Código Civil de la siguiente forma: “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.”

Dicha modalidad contractual está formalmente excluida del ámbito de la contratación pública y no tiene, por tanto, la consideración de contrato público. Se regirá, en cuanto a su preparación y adjudicación, efectos, modificación y extinción, por el derecho privado (artículo 1544 y Libro Cuarto “De las Obligaciones y Contratos” del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil), así como por la legislación vigente que le sea de aplicación al ejercicio de la actividad específica (Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española y Código Deontológico), con sometimiento a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.

La Junta consultiva de contratación administrativa de Aragón, en su Informe 1/2023, de 14 de febrero de 2023, ha concluido que la contratación de los servicios de un abogado para la defensa en un proceso jurisdiccional es un negocio excluido de la Directiva 2014/24 y, por ello, no se somete a las previsiones de la LCSP, en los siguientes términos:

“En consecuencia, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, están formalmente excluidos del ámbito de la contratación pública y no tienen la consideración de contrato público. Por su propia naturaleza y



función y también porque que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia».

No obstante, en aras a proporcionar una mayor transparencia a la licitación y, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la LCSP, “se aplicarán los Principios Generales que regulan la Contratación Administrativa para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”, tramitándose el correspondiente expediente administrativo.»

Por su parte la cláusula 1.3 del PCAP establece: *«Códigos de identificación de las prestaciones objeto del contrato El objeto del contrato se identifica con los códigos siguientes:*

79100000 - Servicios jurídicos (principal).

79111000 - Servicios de asesoría jurídica.

79112000 - Servicios de representación jurídica.

79112100 - Servicios de representación de las partes interesadas.

79140000 - Servicios de asesoría e información jurídica.»

Pues bien, sobre si los servicios jurídicos y de asesoría y representación en juicio que liciten las Administraciones Públicas están o no sujetos a la LCSP, ha tenido ocasión de pronunciarse la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía (en adelante, CCCPA) en su informe 7/2024, de 14 de marzo, y en el que concluye en los siguientes términos:

«1. Si bien la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública excluye claramente en el artículo 10 de su aplicación a los servicios jurídicos de representación y defensa en juicio, así como el asesoramiento previo, prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, no lo hace así el legislador español, que no se encuentra obligado a esta exclusión, como ha señalado el TJUE en la sentencia de 6 de junio de 2019. Corresponde a los legisladores nacionales determinar si los servicios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva se deben someter a las normas de adjudicación de contratos públicos, y el legislador español, al transponer la Directiva a la LCSP, ha decidido excluir de la Ley unos determinados servicios, como son los servicios de arbitraje y conciliación, pero respecto al resto de prestaciones de servicios jurídicos, únicamente ha determinado que no están sujetas a regulación armonizada.

2. Teniendo en cuenta el ámbito estricto de nuestras competencias como órgano consultivo específico en materia de contratación pública al que corresponde la interpretación de la normativa en dicha materia, debe concluirse que queda sujeta a la LCSP la contratación de los servicios de representación y defensa en juicio, así como el asesoramiento previo, prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente:

Los servicios jurídicos de representación legal de un cliente por un abogado o procurador en un procedimiento judicial, ante un órgano, institución, instancia o autoridad pública de un estado o internacional, así como los que tengan por objeto el asesoramiento jurídico por parte de un abogado para preparar uno de estos procedimientos, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora sea objeto de estos procedimientos (ex artículo 19.2.e de la LCSP), están sujetos a la LCSP y en ningún caso tienen la consideración de sujetos a regulación armonizada.

Los servicios de asesoramiento jurídico y representación legal por un abogado que no se refieran a procedimientos judiciales, que son los servicios jurídicos del Anexo IV (CPV de 79100000-5 a 79140000-7 y 75231100-5), también están sujetos a la LCSP y, si el valor estimado del contrato es igual o superior a 750.000 €, están sujetos a regulación armonizada, si bien se prevé un régimen simplificado de contratación pública.»

En cuanto al posicionamiento doctrinal contradictorio que el órgano de contratación defiende que existe sobre la presente cuestión, cabe concluir que conforme se recoge en el Informe de la CCCPA, frente al criterio de Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón se encuentran los pronunciamientos de la Junta Consultiva



de Contratación Administrativa de Cataluña, Informe 21/2023 de 19 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, Informe 5/2022, de 31 de mayo, así como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que se ha pronunciado sobre esta cuestión en diversos informes. En concreto en el Informe 27/2023, de 18 de julio de 2023, concluye en los siguientes términos: «- Los contratos de servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio prestados por abogados están incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP.

- Aunque estos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, el legislador español ha considerado aplicarles el régimen jurídico de los contratos no sometidos a regulación armonizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la citada LCSP.

- Las normas de la LCSP permiten acomodar los pliegos de los contratos de servicios jurídicos a las peculiaridades propias de la relación “intuitu personae” que se entabla entre el abogado y el cliente.»

Cabe igualmente señalar que en el PCAP de la presente licitación se hace expresa referencia “al art. 7.1 de la Ley de Foral de Navarra 2/2018 de Contratos Públicos de Navarra sobre negocios jurídicos excluidos”; como precedente y apoyo de la tesis defendida por el órgano de contratación.

Al respecto interesa señalar que esta cuestión ha quedado zanjada tras el reciente pronunciamiento realizado por el Pleno del Tribunal Constitucional, en Sentencia 65/2024, de 11 abril, en el recurso de inconstitucionalidad número 5671-2022, interpuesto por el presidente del Gobierno, contra varios preceptos de la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra, y en el que estima la inconstitucionalidad de la letra l) del art. 7.1 porque vulnera el orden constitucional de distribución de competencias, al excluir del ámbito de la contratación pública los negocios que tienen por objeto determinados servicios jurídicos, de manera contraria a lo establecido en LCSP.

La sentencia alcanza el fallo de inconstitucionalidad del referido precepto tras el siguiente enjuiciamiento: «El precepto impugnado añade, entre otras, la letra l) al art. 7.1 de la Ley Foral de contratos públicos —que establece los negocios excluidos de la aplicación de la Ley Foral de contratos públicos “por razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica”—, en virtud de la cual, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley foral determinados servicios jurídicos. En concreto, se excluyen (i) la representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del art. 1 de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, en un arbitraje o una conciliación celebrada en Estados miembros o terceros países, o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o bien en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de esos Estados o países o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales; (ii) el asesoramiento jurídico prestado por abogado (también en el sentido de la Directiva 77/249/CEE) como preparación de los anteriores procedimientos, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sea objeto de dichos procedimientos; (iii) los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario.

En relación con esta modificación, el preámbulo de la Ley Foral 17/2021 tan solo aclara que “se trasponen de forma más precisa algunos supuestos de exclusión de la aplicación de la Ley Foral de contratos públicos”; toda vez que los servicios referidos no se encontraban excluidos de esta originariamente. Son las representaciones del Parlamento y de la comunidad foral las que han especificado que la exclusión obedece a la transposición de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, invocando en este caso el art. 10 d) de dicha directiva.

Es cierto que el art. 10 d) de la Directiva 2014/24/UE excluye de su ámbito de aplicación los mismos servicios jurídicos que el art. 7.1 l) de la Ley Foral de contratos públicos excluye, en idénticos términos, de la aplicación de la Ley Foral de contratos públicos. Sin embargo, esta constatación no permite, sin más, dar por buena la exclusión que realiza la norma foral, puesto que la controversia ha de ser resuelta de acuerdo con la doctrina que hemos expuesto en el apartado precedente, sobre la sujeción a las normas de Derecho interno a la hora de dar respuesta a los



conflictos que surjan en relación con la incorporación a nuestro ordenamiento interno de las directivas europeas, ya que el Derecho comunitario no es, en sí mismo, parámetro directo de constitucionalidad. Ratifica la anterior aseveración, en este caso, la STJUE de 6 de junio de 2019 (asunto C-264/18, P.M. y otros c. Ministerraad), que, al enjuiciar la conformidad del art. 10 d) de la Directiva 2014/24/UE con el principio de subsidiariedad, afirmó que, del hecho de que el legislador de la Unión excluyese del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 los servicios contemplados en dicho precepto, “se desprende necesariamente que consideró que correspondía a los legisladores nacionales determinar si esos servicios debían someterse a las normas de adjudicación de contratos públicos” (§ 21). No es, por tanto, determinante, a los efectos que aquí nos interesan, la exclusión de tales servicios del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE, porque, en último término, es facultad del legislador nacional decidir si deben quedar sometidos a las normas de contratación pública.

En este sentido, la Ley de contratos del sector público se refiere a los contratos que tienen por objeto la prestación de tales servicios jurídicos en su art. 19.2 e), pero lo hace a los solos efectos de excluirlos de los contratos sujetos a la regulación armonizada (que implica la mayor sujeción al Derecho público). No los menciona, en cambio, entre los negocios excluidos que se especifican en los arts. 4 a 11, y, particularmente, en este último. De todo ello se sigue que la Ley de contratos del sector público incluye los contratos relativos a esos negocios jurídicos dentro de su ámbito de aplicación, a diferencia de lo que hace, actualmente, la Ley Foral de contratos públicos. No basta, sin embargo, esa contraposición entre las normas estatal y foral para llegar a la conclusión de que la impugnación debe ser estimada. Se ha de determinar, en primer lugar, si la normativa de la Ley de contratos del sector público en esta materia tiene carácter básico, y, a continuación, en el caso de que la respuesta sea afirmativa, si esa norma básica debe ser considerada o no un principio esencial, en los términos del art. 49.1 d) LORAFNA.

Para responder a ambas cuestiones podemos acudir al fundamento jurídico 6 A) de la STC 68/2021, que, al resolver una tacha que criticaba la realización, a través del art. 11 LCSP, de una trasposición defectuosa de las directivas europeas, al no excluir y regular los contratos que tengan por objeto servicios jurídicos [art. 19.2 e) LCSP], concluyó: “El Tribunal considera que los arts. 9.2 y 11 tienen un carácter materialmente básico en cuanto su objeto es delimitar el ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público [STC 84/2015, FJ 5 a)]; en este caso, negativamente, determinando las reglas o condiciones mínimas y comunes para que la exclusión opere”. Siendo esas reglas de exclusión básicas, resta por determinar si, además, se trata de un principio esencial de la normativa básica que deba ser respetado por la Comunidad Foral de Navarra. Y la respuesta no puede sino ser afirmativa, porque, como la misma sentencia añadió a renglón seguido, “[l]a concreción del elemento objetivo de la ley es esencial para garantizar la igualdad y el tratamiento común ante las administraciones”. Ya hemos señalado anteriormente que deben considerarse esenciales las reglas en las que se plasmen una serie de principios cardinales de la contratación pública, entre los que mencionábamos, por remisión a la STC 141/1993, FJ 5, las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las administraciones públicas, principios que resultarían ilusorios si, frente a un mismo negocio jurídico, los operadores económicos se encontraran ante respuestas normativas diversas en función del poder adjudicador de que se trate.

En definitiva, concurren los dos presupuestos que son necesarios para que la Comunidad Foral de Navarra quede sujeta a las previsiones de la legislación contractual del Estado, ex art. 49.1 d) LORAFNA, pues la determinación de los negocios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público no solo tiene carácter básico, sino que, además, ha de ser considerada un principio esencial de la legislación básica estatal. No ajustándose a esas reglas el art. 7.1 l) de la Ley Foral de contratos públicos, introducido por el artículo único, apartado 2 de la Ley Foral 17/2021, que excluye del ámbito de aplicación ciertos servicios jurídicos no excluidos de la Ley de contratos del sector público, debemos estimar la impugnación y declararlo inconstitucional y nulo.»



Por tanto, conforme a lo expuesto se concluye, sin género de dudas, que el objeto del presente contrato de servicios de representación, defensa en juicio y asesoramiento jurídico, se encuentra dentro del ámbito de la LCSP, y por consiguiente se ha desestimar la pretensión de inadmisión del recurso esgrimida por el órgano de contratación.

Además, de las consideraciones realizadas se deduce que la presente licitación se ha tramitado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, como lo demuestra la errónea calificación del contrato y el régimen jurídico previsto en el clausulado del PCAP. De todo ello se deriva la nulidad de los pliegos y por ende, de todo el procedimiento de licitación, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 39 de la LCSP.

2.- Sobre la tramitación del expediente como negociado sin publicidad

Aun cuando con la anulación del procedimiento ha quedado también anulada la adjudicación del contrato, en virtud del principio de congruencia que exige un pronunciamiento sobre todas las cuestiones suscitadas en el recurso, consideramos conveniente analizar la cuestión que plantea la entidad recurrente y que se centra en la indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad para su licitación, y ello, al no haberse justificado la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 168 de la LCSP.

Hay que señalar, con carácter previo, que analizado el contenido de la resolución de adjudicación del contrato se advierte que en el texto de la misma no se ha encontrado referencia acerca del régimen jurídico del contrato en cuanto a su exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP o de su calificación como arrendamiento de servicios, por el contrario, la denominación utilizada en todo momento en la resolución de adjudicación es la de contrato de servicios. Por lo que carece de fundamento la pretendida falta de congruencia del recurso, esgrimida por el órgano de contratación, dado que, conforme a los términos del acto recurrido, único acto del procedimiento publicado en la plataforma, los términos del recurso devienen coherentes con el contenido del mismo, que pone de manifiesto la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, lo que a juicio de la recurrente supone la vulneración en la presente licitación de los principios los principios de igualdad, transparencia y concurrencia que rigen la contratación pública, motivos por lo que pretende la nulidad del procedimiento de contratación.

Pues bien habiéndose descartado la tesis del órgano de contratación relativa a la no sujeción de servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio de las Administraciones Públicas a la LCSP, la elección del negociado sin publicidad como procedimiento de adjudicación no es una cuestión que pueda quedar al libre criterio del órgano de contratación, como se defiende en el presente expediente, sino que por el contrario habrá de atenerse a algunos de los supuestos que el artículo 168 de la LCSP contempla al efecto.

El informe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, al exponer la opción del procedimiento como negociado refiere como fundamento legal el supuesto contemplado en la LCSP, en el artículo 168 a) 2º: *«Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte única no integrante del Patrimonio Histórico español o actuación artística única; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos ,incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial».*

Ha de tenerse en cuenta que el procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento excepcional en la medida que supone una quiebra a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de publicidad de los procedimientos que consagra el artículo 1 de la LCSP. En este sentido, el artículo 131.2 del citado texto legal



dispone que “La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; (...).”

Sobre la justificación de la elección del procedimiento negociado sin publicación previa, dispone el apartado 4.a) del artículo 116 de la LCSP, que «4. En el expediente se justificará adecuadamente:

a) La elección del procedimiento de licitación».

En este sentido, en la memoria justificativa de 27 de febrero de 2024, en su apartado 2 relativo a la justificación del procedimiento de adjudicación elegido, en lo que aquí concierne se indica lo siguiente:

«2. Definición del procedimiento negociado sin publicidad

Una de las primeras cuestiones que debe plantearse es la del procedimiento de selección que debe implementarse si estamos ante un negocio excluido. Desde luego por razón de las normas que aplicamos nada nos obliga a ajustarnos a un procedimiento concreto. Pero la propia Junta Consultiva de Aragón consciente de la importancia del principio de transparencia dedica una parte de su texto a señalar la viabilidad de la implementación de dos procedimientos previstos en la LCSP que operarían analógicamente.

Así, siguiendo el criterio del Informe 1/2023 se ha definido un procedimiento negociado sin publicidad. El propio informe abre la puerta a emplear un procedimiento abierto, pero esta posibilidad parece considerarse como una opción secundaria. Se ha entendido que la confianza nos habilita para construir un procedimiento negociado sin publicidad invitando a aquellos despachos que por su trayectoria profesional o su experiencia previa en esta Administración pueden ser objeto de esta confianza.

Al plantearse un sistema de invitaciones a varios candidatos, se mantiene una cierta regulación de solvencia, menos exigente que la que se definió en la anterior licitación, sustanciada hace 4 años. Efectivamente la exigencia de unos niveles de solvencia relevantes cobra importancia en los casos en los que se enfoca un procedimiento abierto, porque precisamente ahí la solvencia puede operar como barrera ante candidatos que no resulten idóneos para defender a la Administración.

Por lo demás el montaje de la negociación sigue las directrices de la recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la JCC Aragón que hemos tomado como referencia.»

Asimismo, en la cláusula segunda del PCAP, regula el procedimiento de selección y adjudicación en los siguientes términos: «En aplicación del principio de transparencia la presente contratación, pese a ser un negocio excluido articulará un procedimiento de contratación. De acuerdo con el criterio fijado en el Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Aragón, la forma de adjudicación del contrato será el procedimiento negociado sin publicidad, en el que la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos.

La justificación de la aplicación de este procedimiento queda remitida a los argumentos expuestos en Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Aragón (página 15 y siguientes).

Se cursarán invitaciones por medios electrónicos al menos a CUATRO empresas que reúnan los requisitos de capacidad, solvencia y habilitación previstos en este pliego.»

En el supuesto examinado, de las razones contenidas tanto en la memoria justificativa como en el PCAP del presente expediente de contratación, con constantes remisiones a los argumentos esgrimidos en el referido Informe 1/2023 de la Junta Consultiva de Aragón, en modo alguno se infiere que se haya justificado la



conurrencia de ninguno de los supuestos previstos en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, que habilite la elección del procedimiento de licitación.

En igual sentido se ha pronunciado este Tribunal en anteriores ocasiones, así en la Resolución 196/2019, de 19 de junio, en su fundamento de derecho sexto tras citar y reproducir en parte o en su totalidad, el apartado a).2º del artículo 168 de la LCSP, el artículo 32.2.b) y el considerando 50, ambos de la Directiva 2014/24, y las Resoluciones 104/2018, de 20 de abril, de este Tribunal y la 574/2018, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirmaba que *«la utilización de este procedimiento es excepcional, de forma que las causas que lo legitiman son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente, de manera que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas.»*.

Y en la Resolución 605/2023, de 15 de diciembre, en la que se decía: *«Asimismo, el considerando 50 de la mencionada Directiva 2014/24 señala en lo que aquí concierne que:*

“En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Por último, un procedimiento de contratación no resulta útil cuando los suministros son adquiridos directamente en un mercado de productos básicos, incluidas las plataformas para productos básicos como los productos agrícolas, las materias primas y los intercambios energéticos, siempre que la estructura comercial multilateral regulada y supervisada garantice de forma natural los precios de mercado.”

En definitiva, en el supuesto examinado, a juicio de este Tribunal, el actual apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP debe interpretarse en el sentido de que el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no haya competencia por razones técnicas, siempre que no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación; entre



estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico, o incluso que dichas razones técnicas pueden derivarse de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.»

Por tanto hemos de concluir que la adjudicación del presente contrato se ha licitado mediante un procedimiento negociado sin publicidad sin justificar la concurrencia de ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 168 de la LCSP para ello, lo que ha supuesto una vulneración de los principios de libertad de acceso a la licitación, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores consagrados en el artículo 1.1 de la LCSP.

En definitiva, cuanto se ha expuesto abunda en la concurrencia de causa de nulidad de pleno Derecho en el presente procedimiento, dado que la adjudicación del contrato se ha llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido –abierto o restringido conforme al artículo 131.2 de la LCSP- e incurre en un vicio de nulidad conforme a lo estipulado en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 39 de la LCSP.

Por todo ello se estima por este Tribunal el recurso.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida debe llevarse a cabo declarando la nulidad de todo el procedimiento de licitación, desde la memoria justificativa y los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su adjudicación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Finalmente, ha de advertirse que el inicio de un nuevo procedimiento para la adjudicación del contrato debe respetar los principios consagrados en el artículo 1 de la LCSP de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y acomodarse a lo estipulado en el artículo 131.2 de la LCSP en cuanto establece los procedimientos abierto y restringido como procedimientos ordinarios de adjudicación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADMINISTRATIVANDO LEGAL, S.L.P.**, contra la adjudicación del contrato denominado «Contrato de servicios de representación y defensa en juicio, así como asesoramiento previo del Ayuntamiento de Camas.», (Expte. 8844/2023.), promovido por el Ayuntamiento de Camas (Sevilla), y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en los fundamentos de derecho sexto y séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.



TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

