



EB 2015/131

EB 2015/134

Resolución 133/2015, de 27 de noviembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO – NAVARRO y por dos concejales del Ayuntamiento de Beasain, contra el anuncio y los pliegos del contrato de “Servicio de asistencia técnica y jurídica en materia de urbanismo y de defensa procesal”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han interpuesto los siguientes recursos especiales en materia de contratación contra el anuncio y los pliegos del contrato de “Servicio de asistencia técnica y jurídica en materia de urbanismo y de defensa procesal”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain:

a) Recurso EB 2015/131, interpuesto en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO – NAVARRO (en adelante, COAVN) con fecha 22 de octubre de 2015.

b) Recurso EB 2015/134, interpuesto por dos concejales del Ayuntamiento de Beasain en el registro del citado Ayuntamiento con fecha 21 de octubre de 2015 y recibido en este OARC / KEAO el día 26 de octubre de 2015.



SEGUNDO: Solicitado el expediente con fecha 22 de octubre, el mismo fue recibido el día 26 de octubre, acompañado del informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

TERCERO: Mediante Resolución B-BN 25/2015, de 4 de noviembre, el OARC / KEAO acordó estimar la petición de medida cautelar de suspensión del procedimiento, solicitada por el COAVN.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos de los recurrentes y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del COAVN y la representación de quien actúa en nombre, con la matización que se señalará en el Fundamento de Derecho Noveno, letra A.

El Ayuntamiento de Beasain niega la legitimación de los dos concejales. La razón es que uno de ellos es miembro de la Comisión informativa de urbanismo y cuando se debatió en ella el pliego ahora recurrido no puso objeciones a los criterios de adjudicación que son objeto de su recurso especial, y la otra no forma parte de dicha comisión, pero se entiende que mantiene la misma línea de actuación que el grupo al que pertenece y que un compañero de grupo la representa.

El pliego fue aprobado por la Junta de Gobierno, órgano del que los concejales recurrentes no son miembros. De acuerdo con el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, aplicable también al recurso especial, la legitimación corresponde a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. Debe entenderse que ello no implica falta de legitimación de los concejales que no han participado en la adopción del acto o acuerdo impugnado y que no han



podido mostrar su disconformidad al mismo, como establecen las sentencias 173/2004, de 18 de octubre, 8/2006, de 3 de abril y 210/2009, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional, pues «no tiene sentido admitir la legitimación de un miembro de la Corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad» (en este sentido se expresa la Resolución 62/2015 del OARC / KEAO).

Por lo que se refiere a la Comisión informativa, y sin entrar a analizar si la inexistencia de un voto contrario en un órgano colegiado sin funciones ejecutivas hubiera o no invalidado la legitimación, lo cierto es que el acta de 14 de septiembre de 2015 señala literalmente que “la propuesta no se vota”, por lo que es plenamente aplicable la doctrina citada en el párrafo anterior. Además, el reproche de falta de legitimación en ningún caso podría alcanzar a la concejala que no es miembro de la Comisión por mucho que su grupo sí esté representado en ella, pues la legitimación y, en su caso, la carga de votar en contra para obtenerla, es de cada una de las personas que ocupan el cargo de concejal y no de los grupos municipales.

Por todo ello, debe considerarse que los dos concejales recurrentes tienen legitimación suficiente, habida cuenta de que el objeto del recurso y su potencial estimación están claramente ligados a su ámbito de actuación y al interés municipal.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.



CUARTO: El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Beasain tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de administración pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: El artículo 73 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ – PAC) establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión; en este caso, se trata de recursos que impugnan el mismo acto (incluso en algún caso las mismas cláusulas y por razones similares).

SÉPTIMO: La argumentación de los recursos es, en síntesis, la siguiente:

A) Recurso EB 2015/131 (COAVN)

a) En lo correspondiente a la valoración económica de la parte fija relativa al asesoramiento técnico y jurídico, los pliegos fijan la dedicación mínima profesional del arquitecto pero no la del jurista creando incertidumbre en la dedicación del segundo y gran dificultad para elaborar la oferta. A este respecto, se observa la valoración otorgada a la proposición económica, de 50 puntos, divididos en 35 para la parte fija y 15 para la variable, cuando el artículo 150 TRLCSP permite la aplicación de muchos criterios. Sin restar importancia a la valoración económica, no debería entorpecerse la buena ejecución de los trabajos, la cual se relaciona con la remuneración que se vaya a percibir. Por todo ello, el COAVN aboga por unas valoraciones más repartidas sin dar tanta ponderación al precio.

b) Se considera que el criterio de adjudicación “Mejoras” carece de precisión y deja al arbitrio del órgano de contratación la asignación de la puntuación al no



haber criterios previamente determinados, en infracción del principio de igualdad y del artículo 147 TRLCSP.

c) Los requerimientos de solvencia incluyen experiencia en trabajos con administraciones públicas locales durante los tres últimos años, cuando el artículo 78.1 TRLCSP permite que los servicios anteriores se hayan realizado en los últimos cinco años. Ello limita la competencia porque en los últimos años se han llevado a cabo escasas actuaciones en materia arquitectónica y urbanística, tanto por el sector público como por el privado, y es contrario a la obligación de que la solvencia esté vinculada al contrato y sea proporcional al mismo, y porque se excluye la experiencia adquirida en el sector privado o en otras administraciones.

d) Finalmente, solicita la modificación de los pliegos, la anulación de la convocatoria y el inicio de una nueva que recoja los criterios del recurso.

B) Recurso EB 2015/134 (Concejales)

El criterio “Oferta metodológica” únicamente exige la presentación de un documento cuyo contenido no se describe y cuya evaluación no se concreta; se trata de un criterio de adjudicación vago y genérico que no vincula al órgano de contratación y facilita su actuación arbitraria, dificultando la elaboración de la oferta. Finalmente, solicita dejar sin efecto los pliegos y el anuncio impugnados.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente para solicitar la desestimación de los recursos:

a) Los criterios “Oferta metodológica” y “Mejoras” intentan conocer la propuesta de los licitadores sobre el modo de prestar el servicio; se trata de asegurar la mejor relación calidad / precio, y las ofertas se prevén similares en este apartado, quedando a la Mesa un margen de discrecionalidad pequeño, que en todo caso habrá de justificar. El hecho de que no se concreten los aspectos a valorar no implica desigualdad entre los licitadores.



b) El artículo 150.2 TRLCSP da preferencia a los criterios que se aplican mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos, y se ha optado por buscar la mejor relación calidad / precio, sin atender exclusivamente al precio más bajo.

c) El artículo 78.1 TRLCSP, en su versión modificada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público, solo entra en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo del TRLCSP. Consecuentemente, es lícito limitar las labores de asesoría a los tres últimos años.

d) Finalmente, no se considera discriminatorio que la experiencia deba ser precisamente con las administraciones públicas locales, habida cuenta de las competencias municipales en materia urbanística, distintas de las que ostentan otras administraciones.

NOVENO: La apreciación del OARC / KEAO sobre los motivos de recurso es la siguiente:

A) Fijación del precio y valoración del precio como criterio de adjudicación

El COAVN propone, sin concretarla, una valoración de los criterios de adjudicación diferente, disminuyendo la ponderación atribuida al precio. Sin embargo, no especifica cuál es la norma infringida ni ningún motivo de invalidez, e incluso reconoce que la valoración económica es fundamental para el Ayuntamiento, por lo que, más que un motivo de impugnación, la alegación parece una reflexión sobre el acierto de establecer unos u otros criterios y su ponderación. Dado que el recurso especial pretende garantizar la legalidad del procedimiento de adjudicación, pero no es un cauce para valorar la actuación



de los poderes adjudicadores, desde el punto de vista de la oportunidad, el recurso debe rechazarse en este apartado.

Por lo que se refiere al reproche relativo a la forma de fijación del precio de los servicios jurídicos, este OARC / KEAO estima que debe inadmitirse, ya que no afecta a la defensa de los intereses de los profesionales de la arquitectura, únicos que justifican la legitimación del recurrente.

B) Criterios de adjudicación: oferta metodológica y mejoras

Los criterios de adjudicación impugnados, recogidos en la cláusula 12 del Pliego son los siguientes:

«Criterio 2: Oferta metodológica: 40 puntos.

Criterio 3: Mejoras: 10 puntos.

Mejoras ofertadas que afecten a la eficacia del servicio, tengan una relación directa con el objeto del contrato, supongan un valor añadido al mismo, sin coste adicional para el Ayuntamiento de Beasain, y que resulten de interés para la entidad municipal.»

Procede recordar el criterio de este Órgano sobre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor; en concreto, en la Resolución 99/2015 del OARC / KEAO se contenían las siguientes apreciaciones, plenamente aplicable a los criterios impugnados:

«(...) los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, y la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO). El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio.»



En el caso analizado, el criterio “Oferta metodológica” no sirve como criterio de adjudicación, pues en nada se indica qué contenido ha de tener dicha oferta para merecer una consideración positiva del poder adjudicador, y ni siquiera se especifica qué documentación debe presentarse para evaluarlo –de hecho, no hay un pliego de prescripciones técnicas que detalle las tareas que deben realizarse, como pide el artículo 109.3 TRLCSP–. Debe matizarse que es perfectamente posible, en principio, valorar la metodología ofertada, pero para ello ha de establecerse, aunque sea brevemente, qué aspectos de la misma van a ser merecedores de una alta puntuación, es decir, debe indicarse qué características de la metodología van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, el informe 30/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado), requisito que aquí no se cumple (Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

El mismo reproche puede hacerse al criterio “Mejoras”. El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación del principio general señalado en el párrafo anterior, el cual establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato. Contrastando todo ello con el criterio de adjudicación “Mejoras” que figura en el apartado 12 del Pliego, se observa que las especificaciones que contiene no aportan aclaración alguna, pues se trata de menciones que van implícitas en el mismo concepto de criterio de adjudicación y que son comunes a todos ellos, pues todos ellos buscan determinar características de la oferta que den valor añadido al contrato, aumenten la eficacia y sean interesantes para el poder adjudicador.

Consecuentemente, ambos criterios deben ser anulados.



C) Solvencia

Por lo que se refiere a la solvencia, la cláusula 12 del Pliego establece, entre otros, los siguientes requisitos, que deben reunirse “en la fecha de publicación del anuncio en el BOG”:

- «Tener experiencia en el asesoramiento urbanístico de administraciones públicas locales, durante los últimos tres años anteriores a la fecha de publicación del anuncio.
- Tener experiencia en la realización de valoraciones urbanísticas e inmobiliarias y en la realización de estudios económico financieros y de sostenibilidad ambiental, durante los últimos tres años anteriores a la fecha de publicación del anuncio.»

Con carácter previo, y aunque la cuestión no figura entre los argumentos alegados por el recurrente para oponerse a las cláusulas impugnadas, se observa que la obligación de que los requisitos de solvencia deban reunirse en la fecha de publicación del anuncio de licitación es contraria al artículo 146.5 TRLCSP, que establece que «el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones». Debe señalarse que la congruencia de la Resolución se mide en relación con la pretensión del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), y no con los concretos argumentos jurídicos alegados.

Dado que las partes discrepan sobre la versión del artículo 78 TRLCSP que es aplicable al contrato, procede determinar este tema. El Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), se publicó en el BOE del 5 de septiembre y según su Disposición Final Única entró en vigor el 5 de noviembre de 2015; y de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP, esa última fecha es la de entrada en vigor de las normas sobre solvencia y clasificación contenidas en dicha ley, entre las que figura, entre otras, una nueva redacción del artículo 78 TRLCSP.



Habida cuenta de que la aprobación de los pliegos impugnados y su publicación es anterior al citado 5 de noviembre de 2015, no es aplicable esta nueva redacción sino la previa, que establece lo siguiente:

«En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.»

Partiendo de esa base, es claro que no cabe exigir al poder adjudicador que amplíe los tres años consignados en el pliego, que son también el margen más amplio fijado por el TRLCSP, hasta los cinco años. Es cierto que dicho plazo de tres años tiene el carácter de mínimo, y que podía haberse ampliado si el órgano de contratación hubiera considerado que ello era necesario para garantizar una concurrencia suficiente, motivándolo adecuadamente en el expediente (ver el informe 17/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón), pero no hay que olvidar que la determinación de la solvencia se fija discrecionalmente por el poder adjudicador garantizando que se cumplan los requisitos de proporcionalidad y vinculación al objeto y el respeto a los principios básicos del TRLCSP, sin que en el presente caso se haya acreditado claramente una infracción al respecto. Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

El recurso alega también que la exigencia de que el asesoramiento urbanístico sea precisamente con las administraciones locales es discriminatoria. En este sentido, la cláusula 1 de los pliegos, “Objeto del contrato” establece lo siguiente:



«Asistencia técnica en materia de urbanismo:

1. Asesoramiento a órganos municipales en materia de urbanismo y obras.
2. Emisión de informes técnicos en materia de planeamiento, gestión y disciplina urbanística, licencias, contratación, valoración de bienes inmuebles, análisis de la ponencia de valores.
3. Inspección de obras en los lugares donde se ejecuten.
4. Supervisión de proyectos y memorias técnicas municipales.
5. Representación facultativa del Ayuntamiento en la ejecución y recepción de todo tipo de obras de competencia municipal mediante gestión directa e indirecta o que hayan de ser entregadas al mismo.
6. Asistencia a las comisiones informativas de urbanismo y asistencia al Alcalde en las reuniones de contenido urbanístico y en las gestiones a efectuar en esta materia, en dependencias municipales o fuera de ellas, sin coste adicional para el Ayuntamiento de Beasain ni por dedicación ni por otros conceptos (dietas, gastos de desplazamiento, etc.).»

Del contenido descrito no se deduce que haya prestaciones para cuya ejecución correcta sea necesaria una experiencia previa que no pueda adquirirse en el ámbito privado o en Administraciones distintas de la local; por el contrario, se trata de actuaciones propias y típicas del ejercicio habitual de la profesión de arquitecto. La normativa objeto del asesoramiento y los conocimientos y destrezas técnicas requeridos son globalmente las mismas para todas las administraciones competentes y también, desde la perspectiva del interesado, para el sector privado, en el que se incluyen los promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las citadas competencias y que pueden requerir también ayuda profesional en materia urbanística. Por otro lado, la diversidad normativa ligada a la Administración actuante o al territorio es consustancial al derecho urbanístico, por lo que el argumento empleado por el poder adjudicador llevaría, por



reducción al absurdo, a solicitar experiencia precisamente en el municipio contratante, cuya normativa urbanística es, por definición, única (ver las Resoluciones 35/2013 y 27/2014 del OARC / KEAO); lo mismo puede decirse cuando, como aquí, la experiencia válida se reduce a un nivel administrativo concreto, elevando desproporcionadamente las peculiaridades de la gestión o el planeamiento urbanístico municipal –que, por cierto, el objeto del contrato definido en el pliego apenas refleja– a categoría esencial. Si además se añade que el artículo 78 TRLCSP no distingue entre los servicios prestados para destinatarios públicos o privados, es claro que el motivo debe ser aceptado, lo que implica la nulidad de la cláusula afectada, de acuerdo con el artículo 32 d) TRLCSP, que establece esta sanción para «todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.» En conclusión, el motivo de impugnación debe estimarse.

DÉCIMO: La anulación de los criterios de adjudicación implica la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, cuyo criterio puede extenderse también a los criterios de solvencia, también afectados por la presente Resolución). Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tenga en consideración lo expuesto en esta Resolución.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente los recursos interpuestos por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO – NAVARRO y por dos concejales del Ayuntamiento de Beasain contra el anuncio y los pliegos del contrato “Servicio de asistencia técnica y jurídica en materia de urbanismo y de defensa procesal”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain, en los siguientes términos:

1) Anular los siguientes apartados del pliego:

a) Los criterios de adjudicación “Oferta metodológica” y “Mejoras”.

b) El criterio de solvencia “Tener experiencia en el asesoramiento urbanístico de administraciones públicas locales, durante los últimos tres años anteriores a la fecha de publicación del anuncio.”

c) El inciso “anteriores a la fecha de publicación del anuncio” del criterio “Tener experiencia en la realización de valoraciones urbanísticas e inmobiliarias y en la realización de estudios económico financieros y de sostenibilidad ambiental, durante los últimos tres años anteriores a la fecha de publicación del anuncio” y menciones concordantes con dicho inciso.

2) Cancelar la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 25/2015, de 4 de noviembre.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1



Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko azaroaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de noviembre de 2015