EB 2021/108

Resolución 148/2021, de 16 de septiembre, de la 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 el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco – Navarro frente a los pliegos del contrato de "Asesoramiento y redacción del PGOU y documentos relativos al procedimiento de EAE de Galdames", tramitado por el Ayuntamiento de Galdames.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de junio de 2021 ha tenido entrada 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO (en adelante, COAVN), frente a los pliegos del contrato de "Asesoramiento y redacción del PGOU y documentos relativos al procedimiento de EAE de Galdames", tramitado por el Ayuntamiento de Galdames.

SEGUNDO: En mismo día 16 de junio el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador al que se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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). El expediente administrativo se recibió el día 17 de junio; sin embargo, no consta que el informe del poder adjudicador haya sido enviado.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T32BV-N3PK bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T32BV-N3PK en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Con fecha 24 de junio de 2021, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 22/2021, acordando la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de F.J.C.S.M. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Galdames tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

En síntesis, los argumentos del recurso son los siguientes:

a) La falta de desglose del presupuesto de licitación contraviene lo establecido en los artículos 116, 100, 101 y 102 de la LCSP. Asimismo, la propia Ley promueve el mecanismo de las consultas preliminares del mercado a los efectos de conocer la situación del mismo y adecuar el presupuesto base de licitación.

b) Respecto a la solvencia económica del empresario, la recurrente considera que es suficiente para su acreditación la presentación del correspondiente seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños que pudieran producirse, sin la obligación de presentar también la declaración sobre el volumen anual de negocios por importe igual o superior como exige el PCAP.

c) Se alegan dos cuestiones respecto de los criterios de adjudicación: por un lado, se achaca el incumplimiento del artículo 145. 7 de la LCSP debido a que el criterio mejoras supera el máximo del 2,5 por ciento; por otro lado, se considera que el criterio relativo a la realización de una evaluación de impacto de género conforme a lo establecido en la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco dota de un elemento de territorialidad al procedimiento que es contrario a los principios esenciales de la contratación pública

d) Finalmente, se solicita la modificación de los pliegos impugnados y la anulación de la convocatoria.

SÉPTIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las cláusulas impugnadas son las siguientes:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(…)

CLÁUSULA CUARTA. - PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN, PRECIO DE ADJUDICACIÓN Y VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO.

4.1.- Teniendo en cuenta que la duración del presente contrato es de treinta meses, el presupuesto base de licitación del mismo asciende a la cantidad de 205.700,00 euros. Dicho presupuesto queda desglosado en una cantidad de 170.000,00 euros, más un IVA (21%) de 35.700,00 euros.

4.2.- El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación del mismo y deberá indicar como partida independiente el importe del IVA correspondiente. En el precio del contrato se considerarán incluidos los tributos, tasas y cánones de cualquier índole que sean de aplicación, así como todos los gastos que se originen para el adjudicatario como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el presente Pliego y en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

4.3.- El valor estimado del presente contrato será de 170.000,00 euros. En este valor estimado no se incluye el IVA.

(…)

CLÁUSULA OCTAVA. - ACREDITACIÓN DE LA APTITUD PARA CONTRATAR.

(…)

8.5.- La solvencia del empresario:

A. La **solvencia económica y financiera** del empresario deberá acreditarse por los medios siguientes*:*

a) Declaración sobre el volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en los pliegos del presente contrato.

b) Justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales y accidentes de trabajo por un importe mínimo de 200.000,00 euros.

(…)

CLÁUSULA DÉCIMA. - CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE COMITÉ DE EXPERTOS.

(…)

B. Criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor:

Criterio 5: Mejoras: Hasta 15 puntos.

- Se valorará en 8 puntos la realización de un catálogo en el que incluyan:

Memoria descriptiva y justificativa

Planos de Información

Fichas de los elementos catalogados

Plano y fotografías de cada elemento.

Normativa y Ordenanzas.

En este apartado se valorará la calidad y metodología de la propuesta presentada.

- Se valorará con 7 puntos la elaboración del planeamiento en un Sistema de Información Geográfica (SIG).

Criterio 5: Realización de una evaluación de impacto de género conforme a lo establecido en el artículo 19 y siguientes de la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco: Hasta 5 puntos.

En este apartado se tendrá en cuenta la calidad de la propuesta y se valorará especialmente la metodología en la realización de la misma, así como las propuestas de medidas tendentes a corregir las desigualdades existentes en el municipio.

(…)

A la vista de todo ello, y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión.

a) Sobre la falta de desglose del presupuesto base de licitación (PBL)

El desglose del PBL indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP busca asegurar el mandato legal de que éste sea adecuado a los precios del mercado, como muestra el empleo de la expresión “a tal efecto”. Por ello, este Órgano ya ha establecido que no cabe impugnar los defectos de dicho desglose si, además, no se aportan argumentos y datos que puedan desmentir que el PBL incumple el citado mandato, de tal modo que, con el importe establecido por el poder adjudicador, no quede garantizada la viabilidad de la

ejecución de la prestación o no pueda esperarse una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 49/2020 y 160/2020). El COAVN no alega ni acredita que el importe consignado sea insuficiente, sino que su reproche se refiere a la omisión del desglose. Debe tenerse en cuenta que, una vez que no se ha puesto en duda el citado importe, el contenido del desglose es irrelevante para el recurrente, pues es precisamente él quien mejor conoce o debe conocer los costes directos, indirectos o de otro tipo que repercuten en el servicio que presta; cuestión diferente es que se pusiera en duda la adecuación del PBL y, para ello, se alegara la incorrección o la omisión del desglose previsto en el artículo 100 de la LCSP, lo que, en este caso, no se ha hecho. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

b) Sobre la solvencia económica y financiera del empresario

El recurrente impugna la cláusula específica 8 del PCAP transcrita más arriba en lo que se refiere a la solvencia económica y financiera. Concretamente, la petición es que la cláusula se sustituya por otra en la que la acreditación de dicha solvencia se realice exclusivamente mediante un justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales.

La fijación de los requisitos mínimos de solvencia económica y de los medios que deben aportarse para acreditarla es competencia del poder adjudicador, la cual debe ejercerse con los límites propios de cualquier facultad discrecional. En primer lugar, debe respetarse su fondo parcialmente reglado, conformado en este caso especialmente por el mandato de vinculación al objeto y proporcionalidad al mismo (artículo 74.2 de la LCSP) y por lo establecido en los artículos 86 y 87 de la LCSP. Además, deben respetarse los principios generales de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato y no discriminación, de modo que la solvencia o los medios para acreditarla no se fijen de modo que se perjudique o beneficie sin razón proporcionada y adecuada a un operador económico o tipo de ellos (ver, por ejemplo, la Resolución

061/2020 de este OARC/KEAO). La alegación del COAVN no cuestiona que se haya traspasado ninguno de estos límites, y fundamenta su solicitud en que es práctica habitual en este tipo de servicios que el modo de acreditación de esta solvencia se haga únicamente mediante la presentación del correspondiente seguro. Este motivo impugnatorio no puede prosperar, pues, además de lo indicado anteriormente, el artículo 87.1 de la LCSP establece que la elección de uno o varios de los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera a los que se refiere corresponde al órgano de contratación, sin que los operadores económicos puedan imponer los que consideren más adecuados a su parecer.

c) Sobre los criterios de adjudicación

Dos son los criterios de adjudicación impugnados: (i) mejoras y (ii) realización de una evaluación de impacto de género conforme a lo establecido en la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombre del País Vasco.

c.1) Sobre el criterio “mejoras”

La recurrente impugna dicho criterio al encontrarse sobrevalorado, infringiendo el artículo 145.7 de la LCSP. Este artículo dispone, en lo que al presente recurso interesa, lo siguiente: 7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. (…)
En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento. Y la letra a) del artículo 146 dice: En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada. Dado que en la presente licitación se establece una ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor de un 70%, la ponderación del 15% otorgado al criterio impugnado supone una infracción

flagrante del artículo referido que conlleva la anulación del criterio y, consecuentemente, la estimación del motivo impugnatorio.

c.2) Sobre el arraigo territorial del criterio relativo a la evaluación del impacto de género

Considera la recurrente que el criterio de adjudicación por el que se valorará la realización de una evaluación del impacto de genero conforme a la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres aprobada por el Parlamento Vasco implica una condición de arraigo territorial contraria a los principios rectores de la contratación pública. Este OARC/KEAO no comparte la interpretación del Colegio recurrente, pues no advierte qué ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas por este concreto criterio puede obtener un licitador cuyo origen o domicilio social radique en el País Vasco respecto de otros que no residan en este territorio, ya que todos deberán aplicar la misma normativa. En este sentido, el hecho de que la evaluación del impacto de género haya de realizarse conforme a una Ley Vasca (cuestión que, además, ni siquiera depende de una decisión del órgano de contratación), cuyo ámbito de aplicación comprende al poder adjudicador, no puede entenderse como un indicio de arraigo territorial ilegitimo o discriminatorio, sino como el cumplimiento estricto de la normativa aplicable (al igual que, por ejemplo, a la hora de elaborar el PGOU habrá de estarse a la Ley 2/2006 del Parlamento Vasco, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo). Por ello, el motivo impugnatorio debe ser desestimado.

d) Conclusión

Procede la anulación del criterio de adjudicación “5 - Mejoras” por infracción del artículo 145.7 de la LCSP por superar el límite de ponderación establecido. La anulación del criterio de adjudicación conlleva la de la licitación. Debe tenerse en cuenta que la normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del

Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso (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 C448/01).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco – Navarro frente a los pliegos del contrato de “Asesoramiento y redacción del PGOU y documentos relativos al procedimiento de EAE de Galdames”, tramitado por el Ayuntamiento de Galdames, anulando el criterio de adjudicación “5 - Mejoras” y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko irailaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de septiembre de 2021