TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 96/2019

ACUERDO 2/2020, de 8 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña P.L.C., en representación del COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO NAVARRO, frente a la convocatoria del contrato de servicios de "*Asesoramiento Urbanístico para el Ayuntamiento de Marcilla*".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Marcilla publicó el 24 de noviembre de 2019 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de servicios de "*Asesoramiento Urbanístico para el Ayuntamiento de Marcilla*".

SEGUNDO.- Con fecha 4 de diciembre de 2019, doña P.L.C. ha presentado, en representación del COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO NAVARRO, una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la convocatoria de este contrato, alegando tres motivos de impugnación referidos a sus pliegos.

Señala, en primer lugar, que existe una contradicción entre la titulación exigida a los licitadores – la de arquitectos/as superiores – y la tarea o función descrita en el apartado K) de la cláusula 2ª del Pliego de Prescripciones Técnicas (Anexo IV): "*Asesoramiento y asistencia jurídica, incluido la emisión de informes, control y seguimiento de expedientes administrativos referentes al planeamiento, gestión, disciplina urbanística, medio ambiente y patrimonio*". Manifiesta que esta función no es propia de dichos titulados.

En segundo lugar, señala que la cláusula 2.2 del Pliego requiere la acreditación de la siguiente solvencia técnica y profesional: "*Los/as licitadores/as deberán ser arquitectos/as superiores ejercientes con despacho abierto en Navarra*". Alude, a este

respecto, a lo dispuesto en el informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa 9/2009, de 31 de marzo, y a la guía sobre contratación pública y competencia por razones de territorio, concluyendo que "*es clara la postura de la doctrina en cuanto a la vulneración producida con la inclusión en los pliegos de toda cláusula relacionada con la territorialidad, pues de su inclusión implica un riesgo objetivo de vulneración del principio de libre concurrencia e igualdad de los licitadores*".

En tercer lugar, tras reproducir parcialmente los criterios de adjudicación no valorables automáticamente, previstos en la cláusula 8ª de las Condiciones esenciales del contrato, señala que "*del contenido de dicha cláusula se desprende una cierta inconcreción o duplicidad de valoración de elementos cuando menciona la valoración de titulaciones académicas distintas del personal responsable y equipo profesional adscritos a la ejecución del contrato.*

Se desconoce si se refieren a los mismos técnicos a incluir en las dos cláusulas o, por el contra, cada apartado ha de tener sus propios técnicos para ser valorados, es decir, parece que se pueden repetir los técnicos.

Esta falta de claridad en el condicionado haría necesaria una aclaración."

Alude, por último, a la Resolución 143/2015, de 21 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, relativa a la oscuridad o contradicción existentes en los pliegos.

Por ello, solicita que se anule la convocatoria efectuada dejándola sin valor ni efecto legal alguno por infringir el ordenamiento jurídico.

TERCERO.- Con fecha 4 de diciembre de 2019, se requirió al Ayuntamiento de Marcilla la presentación del expediente de contratación, así como las alegaciones que estimase oportunas, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP). Dicho requerimiento se reiteró con fecha 10 de diciembre; cumplimentándose, con fecha 30 de diciembre, la aportación del expediente, sin formular alegación alguna en relación con la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de concurrencia en la licitación del contrato, motivo previsto en el artículo 124.3.c) de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un Colegio Profesional dado que, según el art. 123.1 de la LFCP, tienen legitimación las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados. Así lo pone de relieve, entre otras, la Resolución 889/2019, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando concluye que *"En efecto, la entidad reclamante es un Colegio Profesional que, en su condición de tal, tiene por objetivo velar por la defensa de los intereses profesionales del colectivo que agrupa (Arquitectos), no sólo (según reiterada jurisprudencia) de los intereses de sus colegiados, en particular, sino también los de la profesión, en general, estando, en consecuencia, facultados para actuar en su defensa tanto en vía administrativa como en sede judicial, cuando los intereses de la profesión pueden resultar directamente afectados"*.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2010, de 19 de julio, aborda específicamente la legitimación de este tipo de corporaciones: *"(...) en general, la*

legitimación procesal de las corporaciones, naturaleza de la que participan los colegios profesionales, así como, en particular, la de éstos mismos, están expresamente reconocidas en nuestro ordenamiento en los términos que se precisa en los correspondientes preceptos legales, para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos y los profesionales de sus colegiados (...) En definitiva, las Sentencias recurridas, al haber negado al colegio demandante de amparo legitimación procesal, han llevado a cabo una interpretación de los requisitos procesales y, en particular, del relativo a la existencia de interés legítimo, excesivamente rigorista y desproporcionada, contraria, por lo tanto, al principio pro accione, lesionando de esta forma su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, al haberle privado injustificadamente de una resolución de fondo sobre el asunto debatido en el proceso (...)".

En reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto – este Tribunal se ha pronunciado reconociendo la concurrencia de legitimación activa en un colegio profesional para reclamar frente a aquellos actos de naturaleza contractual que pudieran afectar a sus intereses profesionales, si bien precisando que tan amplia legitimación no puede suponer en ningún caso el reconocimiento de una suerte de acción popular que habilite a las Corporaciones de Derecho Público para intervenir en cualquiera cuestiones sin más interés que el meramente abstracto de defensa de la legalidad supuestamente vulnerada. Siendo esto así, y en el caso concreto que nos ocupa, cabe reconocer al colegio profesional reclamante legitimación activa para recurrir un pliego que, por las razones que luego se expondrán, consideran contrario a los principios de libre concurrencia e igualdad de los licitadores.

QUINTO.- Sostiene la reclamante, como primer motivo de impugnación, la contradicción existente entre la titulación exigida al licitador/a, arquitecto/a superior, y la función que no es propia de dichos titulados de asistencia jurídica y asesoramiento con emisión de informes, control, etc, recogida en el pliego de condiciones técnicas. Motivo de impugnación que impone, en primer término, el examen de las previsiones en tal sentido contenidas en el Pliego Regulador del Contrato.

Así, la cláusula primera del pliego, sobre el objeto del contrato, establece que "*El presente condicionado tiene por objeto fijar las estipulaciones económico-administrativas conforme a las que ha de desarrollarse la contratación del servicio de asesoramiento urbanístico del Ayuntamiento de Macilla.*

Al contrato le corresponde, según la CPV el código: 71 41 0000-5."

Por su parte, el apartado segundo de la cláusula segunda del mismo documento contractual, al regular la capacidad y solvencia de los licitadores, determina que *"(…)*Solvencia económica, financiera, técnica y profesional del empresario:*

Para la ejecución del contrato, deberá disponerse de solvencia económica y financiera suficiente para la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de carácter económico o financiero. Para la ejecución del contrato deberá disponerse, asimismo, de la solvencia técnica o profesional adecuada para la correcta ejecución del mismo. Todo ello se acredita a través de los medios especificados a continuación. La Mesa de Contratación, podrá recabar aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados, o requerirle para la presentación de otros complementarios.

(…)

Acreditación de la solvencia técnica y profesional. Los/as licitadores/as deberán ser arquitectos/as superiores ejercientes con despacho abierto en Navarra. Si se trata de personas jurídicas, deberán cumplir los mismos requisitos, siendo, en todo caso, su objeto social el asesoramiento urbanístico. Deberá presentarse acreditación de la titulación académica de los/las licitadores/as, y en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato que deberá acreditar el título de arquitecto/a superior. Además de lo establecido con anterioridad, la solvencia técnica podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) Relación de las obras ejecutadas como máximo en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución de las más importantes donde conste el importe, la fecha y el lugar de ejecución de las obras, con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término.

b) Indicación del personal técnico u organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos de obras, aquellos de los que disponga la empresa para la ejecución de las obras."

Finalmente, el Anexo IV, que se corresponde con el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su apartado segundo, entre las tareas y funciones que en la fase de ejecución del contrato corresponde realizar al adjudicatario incluye, en lo que ahora interesa, las siguientes: *"B) Informar y dictaminar sobre aquellos asuntos relacionados con sus funciones técnicas, especialmente sobre licencias de todo tipo y de expedientes definidos por la legislación vigente en materia de urbanismo y medioambiental (…).*
K) Asesoramiento y asistencia jurídica, incluido la emisión de informes, control y seguimiento de expedientes administrativos referentes al planeamiento, gestión, disciplina urbanística, medio ambiente y patrimonio".

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

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

De igual modo, el artículo 58 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, dispone que*"1. Los criterios de selección pueden referirse a:*

a) la habilitación para ejercer la actividad profesional;

b) la solvencia económica y financiera;

c) la capacidad técnica y profesional.

Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él.

2. Con respecto a la habilitación para ejercer la actividad profesional, los poderes adjudicadores podrán exigir a los operadores económicos que estén inscritos en un registro profesional o mercantil en su Estado miembro de establecimiento, según lo descrito en el anexo XI, o que cumplan cualquier otro requisito establecido en dicho anexo.

En los procedimientos de contratación de servicios, cuando los operadores económicos deban poseer una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador podrá exigirles que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización. (…)"

Habilitación profesional que, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 89/2019, de 10 de diciembre, se refiere al requisito legal exigido para el ejercicio de determinadas profesiones o actividades empresariales, y es por tanto un requisito de legalidad y no de solvencia de las empresas que deseen participar en determinadas licitaciones convocadas por los distintos poderes adjudicadores.

Así se pronuncia, igualmente, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 47/2013, de 25 de junio, cuando razona que *"Como bien se deduce de las alegaciones del órgano de contratación, la solicitud del recurrente de que sean suficientes para licitar la titulación y la simple colegiación equivale a exigir que no se solicite solvencia alguna, ya que tales requisitos se refieren a la habilitación profesional, cuestión distinta de la solvencia y previa a ella (artículo 54.2 del TRLCSP)".* Añadiendo en su Resolución

99/2014, de 3 de octubre, que es el licitador quien debe acreditar el cumplimiento de tales requisitos, puesto que *"la habilitación empresarial o profesional es un requisito que afecta a la capacidad de obrar del licitador, entendida ésta como la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces. Lo que pretende el legislador al exigir el requisito de la habilitación es el evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal (Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 de la JCCA)"*.

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 376/2018, de 13 de abril: *"(…) debemos recordar que la necesidad de que el empresario cuente con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para l a realización de la actividad o de la prestación objeto del contrato, procede del artículo 58.1, a), de la Directiva 2014/24/UE, cuyo apartado 2, respecto de la habilitación para ejercer la actividad profesional faculta a los poderes adjudicadores para exigir a los operadores económicos que estén inscritos en un registro profesional o mercantil en su Estado miembro de establecimiento, según lo descrito en el Anexo XI, y que cumplan cualquier otro requisito establecido en dicho Anexo, lo que no se produce. Y en los procedimientos de contratación de servicios, cuando los operadores económicos deban poseer una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador podrá exigirles que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización.*

De esa normativa resulta que esa habilitación profesional o autorización especial se integra en lo que el TRLCSP denomina aptitud para contratar, que se incardina en la materia más amplia de "capacidad y solvencia del empresario", por lo que la habilitación profesional, que se concreta en el inscripción en un Registro mercantil o profesional (Anexo XI de la Directiva), o la autorización especial empresarial o la pertenencia a un a determinada organización son circunstancias atinentes a la persona del profesional o al empresario para poder ejercer la profesión o desarrollar la actividad, pero en modo alguno se refiere a aquellas otras autorizaciones que legalmente sean precisas con carácter sectorial en la ejecución o desarrollo de una concreta actividad económica o productiva, y menos aún, a las autorizaciones de

apertura o de funcionamiento de instalaciones o establecimientos, que solo son exigibles para la ejecución del contrato, lo que es otra cuestión ajena a la que se plantea en este recurso" .

Sobre la capacidad de la persona contratista señalamos en nuestro Acuerdo 29/2017, de 26 de junio, que *"No obstante, como acertadamente manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2013, de 23 de enero:*

La falta de capacidad de obrar se sanciona, en el artículo 32 TRLCSP (en Navarra en el artículo 126.4 de la LFCP), con la nulidad de pleno derecho del contrato. La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos u obligaciones, o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho. Doctrinalmente se distingue entre capacidad jurídica —o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones—, que tiene toda persona por el hecho de existir, y capacidad de obrar —o de realizar con validez y eficacia un concreto acto o negocio—. El régimen jurídico de la capacidad no se aborda directamente por la normativa de contratos del sector público, sino que ésta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico.

(…)

No existe duda alguna doctrinal sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata. Sobre tal necesidad ha sido reiterada la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado (Informes 4/99, 20/00 y 32/03) y también otras Juntas Consultivas. Es decir, debemos entender que la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social. (…).

Habrá que atender, por tanto, a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos de la sociedad."

Sentado lo anterior, cabe advertir que no se cuestiona la exigencia de la concreta titulación contemplada en el pliego, sino la inclusión en el objeto del contrato de la prestación correspondiente al asesoramiento jurídico, emisión de informes de tal carácter y control o seguimiento de expedientes administrativos; y ello por entender -

adelantamos ya, de manera acertada – que exceden de la competencia profesional de la titulación en arquitectura de la que deben disponer las personas licitadoras.

Los requisitos de capacidad exigidos a los licitadores deben, obviamente, estar directamente relacionados con las prestaciones objeto del contrato; de forma que cuando como tal se contempla una determinada titulación académica, las funciones deben estar comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad profesional de que se trate.

Así las cosas, ninguna duda cabe que la titulación de arquitecto/a superior en ningún caso habilita para ejercer la función de asesoramiento jurídico; función que, sin embargo, forma parte del objeto del contrato. Motivo por el cual procede la estimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado por la reclamante, y, por ende la anulación de la cláusula 2.2 del pliego de prescripciones técnicas en lo que al apartado controvertido respecta.

SEXTO.- Cuestiona la reclamante, como segundo motivo de impugnación, que el pliego, al regular la solvencia técnica o profesional de las personas licitadoras exige, además de que sean arquitectos/as superiores ejercientes, que dispongan de despacho abierto en Navarra; previsión, ésta última, que supone, a su juicio, un riesgo objetivo de vulneración del principio de libre concurrencia e igualdad de los licitadores.

Efectivamente, la cláusula segunda del pliego, al regular la acreditación de la solvencia técnica o profesional exige que *"Los/as licitadores/as deberán ser arquitectos/as superiores ejercientes con despacho abierto en Navarra. Si se trata de personas jurídicas, deberán cumplir los mismos requisitos (…)"*. En consecuencia, de la literalidad de la cláusula transcrita ninguna duda cabe que nos encontramos ante una licitación en la que se impone, a las personas licitadoras, como requisito previo de aptitud disponer de un despacho profesional abierto en Navarra; disposición que, contemplado como requisito de solvencia, debe concurrir en el momento de finalización del plazo para la presentación de proposiciones.

Este Tribunal en diversos Acuerdos – por todos, Acuerdo 16/2019, de 21 de febrero - ha tenido ocasión de señalar que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en el pliego en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, niveles mínimos que deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato; así como los medios, de entre los recogidos en los artículos 16 y 17 LFCP, que mejor sirvan para acreditar la solvencia, pudiendo escoger uno o más de ellos. Preceptos que atribuyen al órgano de contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de competencia; principio de proporcionalidad que requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos de quienes estén llamados a concurrir a una licitación pública tienda a la consecución de fines legítimos y sea cuantitativa y cualitativamente adecuada.

Asimismo, como expusimos en nuestro Acuerdo 32/2018, de 10 de mayo, al establecer las exigencias de solvencia técnica en los contratos públicos rige la máxima de abrir la licitación al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias. Esta máxima o principio debe, igualmente, informar y presidir la interpretación de la regulación que, sobre este particular, contiene la normativa de aplicación.

El propio Preámbulo de la LFCP, de incuestionable valor interpretativo, explicativo y justificador de la regulación contenida en el propio texto normativo, señala que *"La Unión Europea considera imprescindible promover un mercado único y más competitivo como medio para alcanzar mejores niveles de eficiencia en el gasto público puesto que entiende que un incremento de la competencia permite la consecución de la mejor relación calidad-precio, concepto que pasa a ser clave en cualquier adjudicación dentro de las nuevas Directivas y de esta ley foral"*. Previsión que se materializa en su

artículo 2, bajo la denominación de principios de la contratación pública, al señalar que *"1. Las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea. Igualmente actuarán de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia.*

2. En la aplicación de esta ley foral se excluirá cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia."

En la aplicación e interpretación de la normativa en materia de contratación pública adquieren especial relevancia los principios rectores, proclamados en el artículo 2 LFCP, que constituyen el fundamento de la misma, caracterizándose por su transversalidad, de manera que se manifiestan y deben ser respetados en todas y cada una de las fases de los distintos contratos públicos, en atención a la función teleológica, interpretativa e integradora derivada de su carácter de principios generales del derecho. Resultando que, entre tales principios se encuentran los de libre concurrencia, que persigue promover la concurrencia amplia, objetiva e imparcial conforme al cual todo procedimiento de adjudicación tiene como finalidad fundamental permitir el acceso a la contratación pública de todas las empresas que estén en condiciones de formular una oferta, y el de no discriminación.

Asimismo, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado, al establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado para crear un entorno mucho más favorable a la competencia, desarrolla los principios generales necesarios para garantizar la unidad de mercado; en concreto, los principios de no discriminación, de cooperación y confianza mutua, el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, el principio de eficacia de las mismas en todo el territorio nacional, el principio de simplificación de cargas, el principio de transparencia y la garantía de las libertades de los operadores económicos en aplicación de estos principios.

Así, sobre el principio de no discriminación, dispone en su artículo 3 que *"1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.*

2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico". Añadiendo en su artículo 5, en relación con el principio de necesidad y proporcionalidad, que *"1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica."

A su vez, el artículo 9 del mismo cuerpo legal, en relación con la garantía de las libertades de los operadores económicos, dispone que *"1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.*

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior: (…) c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos. (…)".

Finalmente, en su artículo 18.2 establece que "*Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:*

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:

1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio. (….)."

Como bien señala la reclamante, la doctrina de los distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, coincidente con la de la Junta Consultiva Contratación Administrativa del Estado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – por todas, Sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03 - interpretan la normativa sobre contratación pública en el sentido de entender que ésta prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación; disponiéndose, como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 359/2017, de 21 de abril, la nulidad de las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones.

Empero, lo cierto es que, a priori, no puede afirmarse con carácter general que exigencias de tales características constituyan una restricción a la libre competencia, sino que habrán se examinarse caso por caso; no siendo posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora sino que debe acudirse a las prestaciones propias de cada contrato, tal y como pone de relieve la citada Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03 que en su párrafo 35 dispone que "*procede recordar, como han hecho las partes, que, según una jurisprudencia*

reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (…)".

En un sentido análogo, la Resolución 1197/2019, de 28 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que *"Pues bien, la doctrina de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea proscribe las cláusulas de arraigo territorial que se apliquen como criterios de solvencia o criterios de valoración de las ofertas. En definitiva, se sanciona que el arraigo territorial coloque a unos licitadores en una posición de ventaja sobre otros, ya sea como criterio de solvencia para concurrir a la licitación, ya sea por colocarles en una posición de ventaja al obtener de salida una mayor puntuación que los licitadores que no encuentren ubicados en el territorio señalado por los Pliegos. Sin embargo, este tipo de cláusulas –a juicio de este Tribunal, y admitido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– no deben considerarse discriminatorias de forma automática, sino que debe valorarse su vinculación al objeto del contrato. (…). Los elementos a considerar para apreciar si la cláusula controvertida vulnera los principios de libre concurrencia y, por ende, no se ajusta a las disposiciones de la LCSP, son el respeto al principio de proporcionalidad, esto es, relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública"*.

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, debemos advertir que la exigencia de que los licitadores sean arquitectos ejercientes "con despacho abierto en Navarra", viene a exigir, como requisito de admisión a la licitación, el establecimiento profesional de éstos en nuestra Comunidad Foral; previsión que, a la vista de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, carece de justificación objetiva alguna, favoreciendo a aquellos licitadores ya arraigados territorialmente en el entorno indicado. Ninguna justificación de esta medida restrictiva de la concurrencia se aprecia en el expediente administrativo; justificación que en este caso tampoco puede

derivar de la naturaleza del objeto del contrato - la prestación de un servicio de asesoramiento urbanístico -, y que la entidad contratante ha declinado realizar en el seno del procedimiento de reclamación al no formular alegaciones en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación.

Así pues, la cláusula controvertida supone una clarísima infracción del principio de igualdad y no discriminación y una barrera a la libre competencia y, por ende, constitutiva de un vicio de nulidad de pleno derecho conforme a lo dispuesto en los artículos 116.2.a) LFCP y 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que advierten tal causa de invalidez en aquellos actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y en el elenco de estos derechos susceptibles de amparo constitucional se encuentra el de igualdad (artículo 14 de la Constitución).

SÉPTIMO.- Manifiesta la reclamante, como último motivo de impugnación, la existencia de duplicidad o inconcreción en relación con dos de los criterios de adjudicación, por un lado las titulaciones académicas del personal responsable de la ejecución del contrato distintas a la de arquitecto superior al que se atribuye una valoración máxima 10 puntos y, por otro, la del concreto equipo profesional adscrito valorado con 20 puntos.

La cláusula octava del Pliego Regulador, en relación con los criterios de adjudicación, determina que "*Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, en relación al precio – calidad se atenderá a varios criterios de adjudicación. Serán los siguientes que se valorarán con un máximo de 100 puntos. (…)*

II.- CRITERIOS NO VALORABLES AUTOMÁTICAMENTE (Hasta 50 puntos).

El reparto de puntos se efectuará de conformidad con los siguientes criterios de adjudicación:

● *Titulaciones académicas y profesionales distintas del personal responsable de la ejecución del contrato diferentes a la Arquitecto Superior, y que estén relacionados con la naturaleza del contrato. Hasta 10 puntos.*

● *Metodología de trabajo y organización del servicio. Hasta 10 puntos.*

1. Periodicidad y horario de atención, siempre respetando el mínimo indicado en el presente pliego. Hasta 5 puntos.

2.Medios técnicos y materiales adscritos a la prestación del servicio. Hasta 5 puntos

● *Equipo profesional o profesionales adscritos a la ejecución del contrato. Hasta 20 puntos.*

-Asesor jurídico/a. Hasta 10 puntos.

-Ingeniero/a Industrial. Hasta 7 puntos.

-Técnico/Medioambiental (titulado/a universitario/a de rango superior con especialidad de Biología, Ingeniería Agrónoma o Forestal, Ciencias Ambientales o similar. Hasta 3 puntos

● *Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos 10 años que incluya el importe, fecha y beneficiarios públicos o privados en los mismos. Se otorgarán 2 puntos por cada 100 horas de formación y/o año de experiencia que superen a la exigencia como solvencia."*

Planteada en estos términos la cuestión objeto de debate, debemos traer a colación la consolidada doctrina - por todos, Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre - sobre la discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de escoger y determinar los criterios de valoración que va a aplicar en orden a la adjudicación del contrato; si bien dicha facultad discrecional encuentra su límite en la observancia de los requisitos exigidos, a tales efectos, por el artículo 64 LFCP.

En este sentido, el apartado primero del precepto citado dispone que "*Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos:*

a) Estarán vinculados al objeto del contrato.

b) Serán formulados de manera precisa y objetiva.

c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva".

De los requisitos citados, el relativo a la formulación clara y precisa, exige que ésta se realice de forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma; así como que tal formulación debe realizarse con pleno respeto a los principios de concurrencia, igualdad, no discriminación, libre prestación de servicios, transparencia y proporcionalidad (por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, C-368/2010).

Así las cosas, lo cierto es que la simple lectura de la cláusula del pliego transcrita pone de relieve la existencia de una duplicidad entre los criterios de adjudicación alegados, puesto que mientras uno de tales criterios valora las titulaciones del personal adscrito al contrato distinto del arquitecto superior, otro de los aspectos de valoración es precisamente el equipo o profesionales adscritos a la ejecución del contrato; valoración ésta última que el pliego prevé realizar, precisamente, en atención a las titulaciones académicas de los profesionales a adscribir. Resultando, en consecuencia, que nos encontramos con dos criterios de adjudicación de igual contenido o, dicho en otros términos, que valoran idéntico aspecto de las ofertas. Ello situaría en mejor condición a aquellas personas licitadoras que estuvieran en condiciones de adscribir al contrato a los profesionales indicados en el criterio correspondiente al equipo técnico, que verían doblemente valorado este aspecto, con contradicción del principio de igualdad en la concurrencia que constituye uno de los fundamentos esenciales de nuestro Derecho de contratación pública, como recoge el artículo 2 LFCP. Principio de igualdad de trato que implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), y cuyo respeto implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Como pone de relieve la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009, Comisión/Francia C-299/08, el principio de igualdad de trato como la obligación de transparencia derivada de éste exigen que el objeto y los criterios de adjudicación de los contratos públicos estén claramente definidos desde el inicio de su procedimiento de adjudicación; exigencia que conlleva a calificar como no ajustadas a derecho duplicidades de los criterios de adjudicación como las que se aprecian en el pliego objeto de impugnación.

En consecuencia, no cabe que el primer apartado correspondiente a los criterios de adjudicación no valorables automáticamente valore las titulaciones académicas del personal a adscribir a la ejecución del contrato y a su vez valore idéntico aspecto en relación con el equipo de profesionales adscritos. Motivo por el cual procede la estimación del motivo de impugnación alegado y, en consecuencia, la anulación de tales criterios de adjudicación.

La declaración de nulidad de dichos criterios de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación pues tal y como razona la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01) *"los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión"*; concluyendo que "*la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) 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"*. Siendo esto así, la estimación del motivo de impugnación determina la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

OCTAVO.- Sin perjuicio de la estimación íntegra de la reclamación formulada, este Tribunal, considera oportuno realizar, siquiera a efectos dialécticos, una advertencia sobre el objeto del contrato, a fin de que pueda ser considerada por la entidad contratante en el supuesto de que proceda a la convocatoria de nueva licitación para la contratación de los servicios citados.

Así, en relación con supuestos de contrataciones de servicios similares al que nos ocupa, hemos puesto de manifiesto la necesidad de determinación de su objeto en orden a evitar que a través de las mismas se esté encubriendo una relación estatutaria o laboral. Concluyendo que la falta de determinación de las prestaciones del contrato que componen el contenido obligacional que vincula a las partes, a nuestro entender constituye una infracción de las normas de procedimiento del contrato, además de limitar la participación de los licitadores y vulnerar los principios de concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, determinante de un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con el art. 116. 2.a) LFCP en relación con el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, por cuanto dicho objeto es la base que delimita su presupuesto, valor estimado y derechos y obligaciones de los licitadores, vulneración manifiesta no únicamente en el momento de confeccionar sus ofertas sino en el mismo momento de su valoración, toda vez que resulta imposible la valoración de ofertas que en modo alguno pueden ser homogéneas.

En este sentido, en nuestro Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, pusimos de relieve cómo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de enero de 2018, apreciaba tal falta de concreción del objeto del contrato por ser las tareas encomendadas de carácter permanente, recordando que *"Reiterada jurisprudencia, partiendo del axioma que los contratos son lo que son, independientemente de la denominación que las partes les den, destaca como rasgos característicos de los contratos administrativos, y singularmente los contratos de servicios:*

- Su fin es obtener un concreto resultado o logro, sin que baste el mero despliegue de actividad por parte del contratista para su consecución.

- Tienen por objeto, a diferencia de los contratos laborales, actividades excepcionales, no habituales de la Administración.

- Son excepcionales. En ningún caso pueden implicar el ejercicio de la autoridad ni suponer el desarrollo de cometidos habituales que atiendan las necesidades permanentes de la Administración.

Los tribunales convienen a modo de presunciones judiciales indicativas de fraude en el uso del contrato administrativo de servicios, las cuales pueden enervarse mediante prueba en contrario teniendo presente el juego de las reglas sobre facilidad y proximidad probatoria que disciplina el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que:

- Su objeto recaiga sobre un conjunto difuso de actividades, sin concreción de las tareas a efectuar.

- Suponga la realización de actividades habituales para atender necesidades permanentes del ente contratante. El exclusivo fin de la contratación temporal es cubrir necesidades ocasionales. (…)".

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada al caso concreto que nos ocupa, debemos advertir que se aprecia falta de determinación del objeto del contrato, no sólo en atención a que las prestaciones constituyen una enumeración abierta sino también en la medida en que, por ejemplo, en la prestación correspondiente a la emisión de informes y dictámenes se incluyen, de forma genérica, todos aquellos relacionados con sus funciones técnicas sobre licencias de todo tipo y de aquellos expedientes urbanísticos definidos por la legislación vigente en materia de urbanismo y ambiental; indicación que nos lleva a presumir que el objeto del contrato no es sino la actividad de asesoramiento en si misma –el asesoramiento de carácter ordinario en el marco de los servicios competencia de la entidad local en materia urbanística y ambiental- puesto que de lo contrario debieran especificarse los concretos expedientes en tramitación, o cuyo procedimiento esté previsto iniciar, para los que se contrata el servicio de asesoramiento técnico a través de la emisión del correspondiente informe. Abundan en ello las funciones correspondientes a elaboración de memorias valoradas y planos que sean necesarios, asesoramiento a órganos municipales en todo aspecto técnico y urbanístico y en la inspección de cualesquier obra que se realice en el municipio; quedando en manos

de la entidad local, y durante la ejecución del contrato, la concreción de los informes o dictámenes a elaborar por el adjudicatario.

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña P.L.C., en representación del COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO NAVARRO, frente a la convocatoria del contrato de servicios de "*Asesoramiento Urbanístico para el Ayuntamiento de Marcilla*"; disponiéndose la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

2º. Notificar este Acuerdo a doña P.L.C., en calidad de representante del COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO NAVARRO, y al Ayuntamiento de Marcilla, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 8 de enero de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.