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: 067/2019

ACUERDO 70/2019, de 13 de agosto, 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 calidad de representante de la Corporación de Derecho Público "Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro", frente al Pliego del contrato de servicios "*Asesoramiento Urbanístico y Expedientes de actividad del Ayuntamiento de Galar*".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Galar publicó el día 13 de junio de 2019 en el Portal de contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de servicios "*Asesoramiento Urbanístico y Expedientes de actividad del Ayuntamiento de Galar*", mediante procedimiento simplificado de adjudicación.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de junio de 2019, doña P. L. C., en calidad de representante de la Corporación de Derecho Público "Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro", presenta reclamación especial en materia de contratación pública frente al Pliego del contrato de servicios "*Asesoramiento Urbanístico y Expedientes de actividad del Ayuntamiento de Galar*", que articula en tres motivos de impugnación.

En primer lugar, respecto a la descripción del objeto del contrato contenida en la cláusula primera del Pliego, si bien no expresa el concreto motivo de impugnación, lo cierto es que se refiere a la falta de determinación del objeto del contrato, toda vez que, con cita el Acuerdo 65/2016, de 28 de diciembre de este Tribunal, apunta que el contrato examinado no se configura sobre una lista tasada y exhaustiva de necesidades o actividades ya que el Ayuntamiento ha recurrido a licitar un elenco abierto de tareas y servicios sin otra delimitación que el que pudiera resultar del criterio unilateral de la

propia entidad contratante, a través de la encomienda de funciones a la que potencialmente puede recurrir en cualquier momento, y de su presumible relación con la titulación exigida, de lo que se deduce no sólo que estamos en presencia de un contrato aleatorio, en el que no sólo su propio objeto y contenido, sino la misma validez y cumplimiento del contrato, queda al arbitrio de la entidad local contratante, prohibido, como se ha anticipado, por el artículo 1256 Código Civil.

En segundo lugar, respecto a la Condición Particular sexta "*Capacidad para contratar y umbrales de solvencia*", indica que permite participar a las personas físicas y jurídicas "*que tengan capacidad de obrar así como la solvencia técnica y económica que justifique la capacidad legal para llevar a efecto el trabajo citado*", entendiendo que está abierta a los técnicos titulados con facultades expresas para ejecutar el objeto de la convocatoria, como son los Arquitectos Superiores.

Sin embargo, la condición señala más adelante que la solvencia técnica o profesional "*se acreditará a través del título de Arquitecto Técnico*", lo que genera la duda de si los Arquitectos Superiores pueden o no presentarse a la licitación ya que de ser así considera que se vulneraría el principio de igualdad al discriminar a dichos profesionales en el acceso a la participación en el procedimiento de licitación.

En tercer lugar, respecto a los criterios de adjudicación del apartado 8, cuestiona la formulación del criterio de carácter social B.2 "*% de participación de la mujer en el contrato. Se asignarán 10 puntos al mejor % de participación de la mujer en el contrato y al resto de forma directamente proporcional*", por entender que si se trata de puntuar la mejor participación de la mujer en el contrato en tanto por ciento, debería indicarse "*mayor % de mujeres que vayan a intervenir en el mismo*", y sobre esto alega que resulta discriminatorio en favor de los licitadores personas físicas en perjuicio de los licitadores personas jurídicas ya que los segundos tienen mayor facilidad de tener personas de ambos géneros en su organización.

Además, señala que este criterio social tampoco guarda relación, directa o indirecta, con el objeto del contrato. Se apoya en la Resolución nº 667/2016 TACRC,

aduciendo que indica además que el porcentaje de 10 puntos supone un peso importante respecto al total de puntos, sin encontrarse debidamente motivado, y en el Acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, de este Tribunal, que resuelve sobre la legalidad de un criterio de adjudicación que puntuaba la presencia de mujeres en el equipo técnico ofertado, destacando del Acuerdo el reclamante que "*no se justifica en el expediente que la contratación de mujeres para la prestación del servicio suponga una mejora en la prestación del servicio, ni su incidencia en el objeto del contrato, cuando es un criterio que supone 25 puntos sobre un total de 100*".

Por ello, solicita que se declare la nulidad de la convocatoria objeto de la presente reclamación especial, por infracción de los principios de libre concurrencia e igualdad.

TERCERO.- El día 24 de junio de 2019, el Ayuntamiento de Galar, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP, aporta el expediente de contratación, junto con el informe de alegaciones en defensa de la legalidad del acto impugnado.

Opone en primer lugar la inadmisibilidad de la reclamación por falta de legitimación activa del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro, por considerar que su capacidad para ejercitar acciones en defensa de sus colegiados debe interpretarse en el procedimiento específico en que se ejercita. Cita las SSTC 52/2007 y 358/2006, que establecen que "*el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético")*", y que debe existir un vínculo especial y concreto entre la organización y el acto impugnado.

De esta forma, considera que el reclamante no ostenta legitimación activa en este procedimiento de licitación por ser un procedimiento simplificado en el que se han cursado invitaciones a cinco licitadores, de modo que de la eventual estimación de la

reclamación interpuesta no se derivaría ningún beneficio a sus colegiados, ya que podría publicarse de nuevo el anuncio con el pliego corregido e invitarse a los mismos cinco licitadores.

En segundo lugar, respecto a la falta de concreción del objeto del contrato, considera que se encuentra correctamente identificado en la cláusula 1.A) del Pliego. Esta cláusula prevé el contenido de la prestación (asesorar al Ayuntamiento, el control de obras, expedientes de actividad y de apertura y resolver consultas de los ciudadanos), de modo que no queda abierta sino tasada, el horario del servicio (dentro del horario de trabajo del personal, asistencia presencial un día a la semana y a las Juntas de Gobierno Local), la dedicación prevista (950 horas) y la autoorganización por quien resulte adjudicatario, pues el resto de trabajo no presencial queda a disposición de la organización interna del adjudicatario.

En tercer lugar, respecto a la existencia de una limitación a los Arquitectos Superiores para presentar oferta, indica que si bien es requisito de solvencia la existencia en el equipo de, al menos, un Arquitecto Técnico, esto no excluye la participación en la licitación de equipos en los que formen parte los Arquitectos Superiores. Señala, además, que esta exigencia viene impuesta por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 13 impide que el control de la ejecución de las obras (prestación objeto del contrato) sea realizado por un Arquitecto Superior.

En cuarto lugar, respecto al criterio social que pondera el porcentaje de participación de la mujer, señala que la Exposición de Motivos de la LFCP indica que "*La utilización de la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación cobra ahora mayor relevancia puesto que se ha entendido que las mismas tienen relación directa con el interés general y suponen una forma adecuada de utilizar los fondos públicos*". Asimismo, su artículo 12 exige que las entidades locales incorporen la perspectiva de género en sus actuaciones, y refiere también el II Plan de Acción para la Igualdad entre mujeres y hombres de la Mancomunidad de la Zona de Noáin, que aporta al expediente y que

prevé la inclusión de cláusulas para la igualdad en contrataciones. De este modo, el órgano de contratación se considera obligado a incorporar este tipo de criterios, que no entiende como discriminatorios sino como valorativos de la incorporación de la mujer al mundo laboral.

En consecuencia, solicita la inadmisión de la reclamación planteada, y subsidiariamente su desestimación.

CUARTO.- En fecha 25 de junio, al amparo del artículo 126.5 de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, se notifica a los interesados la existencia de la reclamación para que en el plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación de este escrito, puedan presentar las alegaciones a la reclamación y aportar y solicitar las pruebas que consideren oportunas, no aportándose alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), las decisiones que adopten las Entidades Locales de Navarra en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 124.3 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.b) y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La primera cuestión a abordar en orden a la resolución de la reclamación interpuesta es la casusa de inadmisión de la misma por ausencia de legitimación activa de el colegio profesional reclamante, alegada de contrario por la entidad contratante; quien entiende que, tratándose de un procedimiento simplificado, ningún beneficio puede derivarse de una eventual estimación de la reclamación para sus colegiados, toda vez que el Ayuntamiento conservaría la facultad de invitar exactamente a las mismas personas físicas y/o jurídicas a las que ha invitado, objeción procesal que, adelantamos ya, no puede ser acogida.

La legitimación activa como facultad de promover un proceso es definida por la Sentencia Tribunal Supremo de 20 mayo de 2005 en los siguientes términos: *"La legitimación es una figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, ya que se trata de un "instituto" que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo ("legitimatio ad causam") como adjetivo ("legitimatio ad processum") constituyen una especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho adjetivo) y la claramente real y efectiva de "disposición" o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta".*

El artículo 123.1 LFCP, en relación con legitimación activa para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, determina que *"La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por 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.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación".

La legitimación para interponer la reclamación en materia de contratación va más allá del interés directo, bastando con que se funde en la existencia de un derecho o interés legítimo, entendido éste como cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4), de manera que para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4).

Tal y como ha declarado este Tribunal , entre otros, en su Acuerdo 35/2016, de 5 de julio, *"esta legitimación activa se extiende, conforme a reiterada jurisprudencia, a aquellas entidades representativas de los intereses de las personas que las conforman como asociados o miembros, de manera que no es necesario que la entidad tenga interés directo en participar en la licitación para considerarla legitimada, siendo suficiente que reclame en defensa de los intereses de sus miembros o asociados que sí puedan estar interesados".*

Por su parte, la Sentencia de 5 septiembre 2011 del Tribunal Supremo señala lo siguiente: *"(…) la legitimación sostenida por el Colegio recurrente se ve claramente apoyada por esta declaración de esa STC 45/2004, de 23 de marzo de 2004. "(...) De los preceptos transcritos se deriva que, entre de las funciones propias de los colegios profesionales, se encuentran la representación y defensa de la profesión, función diferenciada de la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. Y así, a la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pueden concurrir tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la*

profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa, ante los poderes públicos, se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio (art. 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales). Desde esta perspectiva, la defensa del ámbito competencial de la profesión, constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales. Cuando la Sentencia impugnada construye la noción de profesión, a los efectos de su representación y defensa ante los poderes públicos por los colegios profesionales, ciñéndola a su dimensión privada o de libre ejercicio, está introduciendo una restricción no justificada desde la perspectiva constitucional. Y, por ello, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, fundada en la falta de legitimación activa del colegio profesional demandante, se revela desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva".

Al hilo de lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012, argumenta que *"las funciones públicas relacionadas con la ordenación de la correspondiente profesión, en unión de funciones generales de gestión y defensa de los intereses inherentes al ejercicio profesional y al estatuto de los profesionales, que tienen encomendadas por ley este tipo de corporaciones, no es suficiente para reconocerles legitimación para recurrir contra cualquier acto administrativo o disposición general que pueda tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación, ni sobre los derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de las cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales, si no se aprecia una conexión específica entre el acto o disposición impugnado y la actuación o el estatuto de la profesión. Sostener la existencia a favor de los colegios profesionales de legitimación para impugnar cualquier acto administrativo o disposición general por la relación existente entre el ámbito de la actuación de la profesión o los derechos o intereses de los beneficiarios de la actuación profesional y el sector político, social, económico o educativo sobre el que produce efectos aquel acto o disposición general, equivaldría a reconocerles acción para impugnar los actos administrativos o disposiciones dictados en sectores muy amplios del ordenamiento y, por ende, a reconocerles facultades de impugnación con una amplitud sólo reservada a la acción popular."*

El mismo Tribunal, en Sentencia de 30 de abril de 2012 expone que *"En cuanto a la legitimación (…). Defender los intereses de sus miembros es una función propia de los colegios profesionales, intereses que se ven afectados si no se les admite para desempeñar puestos de trabajo de la Administración que, por su contenido, se corresponden con la formación que supone su titulación. Por eso, fue admitido el recurso al igual que se admiten otros semejantes. En este sentido nuestras recientes sentencias de 22 de diciembre (casación 1022/2009), 12 de diciembre (casación 4945/2008), 21 de noviembre (casación 3387/2009), 27 de octubre (casación 6503/2008) y 26 de septiembre (casación 3025/2008), todas de 2011."*

Así las cosas, frente a la "legitimatio ad processum" existe la legitimación "ad causam" que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor; consiste en la legitimación propiamente dicha e implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito; añadiendo la doctrina científica, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de septiembre de 2004, que *"esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente Procesal". Con la misma sentencia la legitimación se encuentra en conexión con la relación jurídico material debatida, estando vinculada al fondo del asunto, siendo, es más, una cuestión de fondo, al estar vinculada a la titularidad del derecho material inscrito en dicha relación. Por lo mismo, el interés legitimador ha de ser personal, y el beneficio que ha de reportar la anulación del acto ha de ser en favor de la persona que concretamente actúa como demandante, debiendo existir una relación inmediata o mediata del acto administrativo contra el que se recurre, en la esfera de quien insta una respuesta jurisdiccional, exigiendo, por ello, que tal repercusión no sea ajena, derivada o indirecta sino que sea consecuencia o secuela del acto (sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero 1985)".*

Aplicando la doctrina al supuesto que nos ocupa, el Colegio Oficial Vasco Navarro interpone la reclamación en defensa del interés colectivo que representa; resultando que los profesionales que ostentan la titulación de arquitecto superior tienen en abstracto un evidente interés profesional en la estimación de la reclamación, a la vez que obtendrían un beneficio o utilidad debido a que la pretensión ejercitada se fundamenta, entre otros motivos, en la exigencia, como requisito de solvencia técnica o profesional, de estar en posesión de la titulación de arquitecto técnico; requisito de capacitación que parece excluir a los titulados en arquitectura superior a quienes dicho colegio representa.

Así pues, y en la medida en que el colegio actúa en defensa del interés profesional de los colegiados en el desarrollo y ejercicio de las funciones de asesoramiento objeto de contratación, debe reconocérsele legitimación para la interposición de la reclamación con tal finalidad formulada; debiendo rechazarse la causa de inadmisión en tal sentido alegada y ello en la medida en que, en contra de lo sostenido por la entidad contratante, de una eventual estimación de la reclamación interpuesta podría derivar la modificación del requisito de solvencia técnica o profesional previsto en el pliego regulador, cuya incidencia directa en las invitaciones a cursar en el seno del procedimiento simplificado de adjudicación queda fuera de toda duda.

QUINTO.- En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas en el escrito de reclamación, alega la reclamante, como primer motivo de impugnación, la imprecisión del objeto del contrato definido en la cláusula primera del Pliego regulador, oponiendo la entidad contratante que el contenido de la prestación se encuentra claramente tasado y delimitado, sin que la contraprestación quede al arbitrio de una sola de las partes.

Expuestas las posiciones de las partes, y a los efectos de resolver la cuestión objeto de la litis, deben analizarse las concretas funciones que constituyen el objeto del contrato de servicios que nos ocupa; motivo por el cual procede examinar la cláusula primera del Pliego regulador, que establece que *"El objeto del presente condicionado es fijar las estipulaciones económicos-administrativas conforme a las que ha desarrollarse*

la contratación de la servicios de asesoría urbanística y expedientes de actividad clasificada correspondiente al código CPV 71410000-5.

El servicio engloba todas las tareas correspondientes al área que, de modo indicativo, son las siguientes:

Incluye el asesoramiento a los órganos de gobierno municipales y a los funcionarios y personal del Ayuntamiento de Galar, en el horario de trabajo y cuando así le sea requerido, incluyendo la asistencia presencial a las sesiones de la Junta de Gobierno Local, el control de obras, expedientes de actividad y apertura y la resolución de consultas mediante informe y mediante atención presencial al ciudadano al menos un día a la semana, así como la redacción de informes técnicos previos a la concesión de licencias y en su caso, visita de obras que se consideren necesarias". Esta previsión se reitera en el apartado primero de la cláusula vigesimotercera de dicho documento contractual al regular el alcance de la prestación a contratar.

Este Tribunal en diversos Acuerdos - Acuerdos 65/2016, de 28 de diciembre, 9/2017, de 23 de febrero y 53/2017, de 7 de septiembre - ha puesto de manifiesto la necesidad de que el objeto de los contratos sea determinado, y ha analizado las consecuencias del incumplimiento de dicho requisito, en atención a su carácter esencial, razonando que *"(…) procede tener en cuenta el artículo 22.2 LFCP, que, bajo la rúbrica de "Objeto del contrato" establece la exigencia de que el contrato sea determinado, el artículo 34 LFCP, que regula como requisitos necesarios para la celebración de los contratos, entre otros, la determinación del objeto del contrato y la fijación del precio, y el artículo 35, que exige que todos los contratos tengan un precio cierto y adecuado al mercado, en función de la prestación realmente efectuada, de acuerdo con lo convenido.*

En todo caso, el artículo 1261 Código Civil, ubicado en sede de "Requisitos Esenciales para la Validez de los Contratos", señala que "no hay contrato sino cuando concurren los requisitos" de consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, y los artículos 1271 a 1273, bajo la rúbrica "Del objeto de los contratos", establecen que "El objeto del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en cuanto en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato siempre de que

sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio de las partes", especificándose, en todo caso, que pueden ser objeto del contrato "todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres", supuesto que entraría bajo el ámbito de aplicación del artículo 6.3 del mismo texto, que se sanciona el incumplimiento de las normas imperativas y prohibitivas con la sanción de nulidad de pleno derecho.

Por tanto, en primer lugar, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 1261.2º; 1271 y 1272 del Código Civil el objeto del contrato debe ser determinado o determinable, es decir, debe tener la identificación suficiente sin necesidad de sujetarse como único criterio de determinación al mero arbitrio de una de las partes contratantes, lo que significaría hacer depender del pleno arbitrio de la parte contratante la validez y el cumplimiento del contrato, prohibido por el artículo 1256 Código Civil. Así, la falta de determinabilidad del contrato supone la falta de objeto y, en definitiva, la falta de contrato, y su imposibilidad o ilicitud acarrean su nulidad, considerando por licitud el conjunto de prestaciones excluidas por ley del contrato.

CUARTO.- El objeto del contrato designa la prestación o prestaciones que se constituyen en obligaciones del contrato y en torno a las cuáles se configura el acuerdo de voluntades entre las partes del contrato.

En este sentido, el Acuerdo 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, señala que "El objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su objeto del contrato y el objeto social del licitador.

En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las

prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas. Y es por ello que el objeto del contrato, conforme al artículo 115.2 TRLCSP, debe contenerse en el PCAP, como recuerda el Informe 35/08, de 25 de abril de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —«Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos».

De esta manera, siendo también un principio básico de la contratación administrativa que el objeto de los contratos del sector público debe ser determinado, los PCAP deben definir con precisión el objeto cierto del contrato, permitiendo su general conocimiento por parte de los posibles licitadores, en condiciones de igualdad, así como la formulación con garantía de sus respectivas proposiciones.

Por tanto, la falta de determinación de las prestaciones del contrato que componen el contenido obligacional que vinculan a las partes, a nuestro entender, según lo señalado, en línea con lo también manifestado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 098/2013, de 6 de marzo de 2013, constituye una infracción de las normas de procedimiento del contrato, por aplicación del art. 22 LFCP en relación con el 34 del mismo texto legal, determinante, no ya de la nulidad del contrato, sino de la propia inexistencia del contrato licitado.

Pero además, tal defecto de un elemento esencial del contrato supone limitar la participación de los licitadores y vulnerar los principios de concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, causante de un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con el art. 126. 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 (…)".

La determinación del objeto del contrato adquiere mayor relevancia, si cabe, en supuestos de servicios como el que nos ocupa, donde –tal y como advierte, entre otras,

la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 16 de febrero de 2007- en ocasiones la decisión de acudir a tal tipología contractual para su prestación puede no resultar ajustada a derecho por encubrir una relación estatutaria o laboral que no cabe satisfacer a través de la formalización de un contrato público de servicios. Esta circunstancia debe ser examinada caso por caso, y para dicho enjuiciamiento deviene esencial, como no puede ser de otro modo, la definición del objeto del contrato de que se trate.

Cabe citar, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de enero de 2018, que resuelve la anulación de contratos menores celebrados por el Ayuntamiento de Campofrío para la realización de labores de asesoramiento jurídico, asesoría urbanística y de dirección de obras y de apoyo técnico contable en el consistorio por apreciar, entre otros motivos, que se observa la falta de concreción del objeto del contrato siendo las tareas encomendadas de carácter permanente. La resolución judicial dice así: *"(…) TERCERO.- Los contratos administrativos de servicios deben reputarse fraudulentos cuando encubran verdaderas relaciones laborales que lesionen los derechos de los trabajadores o supongan el desempeño de funciones reservadas al personal funcionario, que infringiría los principios rectores de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.*

Nuestra normativa se hace eco de esos riesgos. Sentado que el artículo 1.3 a) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), excluye de su ámbito de aplicación "...la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias." , merecen cita:

** Los arts. 275.1 y 301 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que prohíben a las Administraciones públicas contratar con terceros para realizar funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad.*

** El art. 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP), reserva a los funcionarios las tareas que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades administrativas.*

** La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, cuyo art. 92.3 declara: "Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función" . Añade su art. 92.bis: "Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional:*

a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación...". (…)

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.

Sobre los comentados particulares y de reserva funcionarial de puestos en la Administración Local, la reciente sentencia de esta misma Sección de 30 de noviembre de 2017, apelación 691/2017 , que parcialmente transcribimos, sintetiza el sentir de la Sala:

"... TERCERO .- Por otra parte, se alega la infracción de los artículos 15.1 de la Ley 30/, 12.2 de la Ley 6/1985 de Andalucía , 92.2 de la Ley de bases de régimen local y 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

El art. 9.2. de la Ley 7/07, Estatuto Básico del Empleado Público (el mismo precepto en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), dispone "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca ".

La Ley 30/84 dispone en su art. 15.c) establece " Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos ", salvo las excepciones que recoge. Dicho precepto resulta aplicable a las Corporaciones Locales en virtud del art. 132 del Real Decreto Legislativo 781/1986, Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que señala "Corresponde a los funcionarios de carrera el

desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (hoy disposición adicional 2ª Ley 7/07), así como las que en su desarrollo y en orden a la clasificación de puestos, se determinen en las normas estatales sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo-tipo " .

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) en sentencia de 19 de octubre de 2005 , recoge los patrones interpretativos que para ese segundo inciso del artículo 92.2 de la LRBRL se derivan de la jurisprudencia constitucional: "(...)

1) Aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización), y en la por ello sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcionarial.

2) Corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes esas notas que han sido enunciadas.

3) Consiguientemente, la validez de los puestos de trabajo laborales estará condicionada inexcusablemente a que, en el acto que los haya creado con ese expreso carácter contractual y no estatutario, esté bien visible y justificado que los cometidos y funciones profesionales asignados a los titulares de tales puestos, por sus específicas características, hacen indiferente esas nota de que se viene hablando". (...).

CUARTO.- En nuestro caso, los contratos menores de servicio, todos ellos de fecha 01/03/2016 y con duración de doce meses, no detallan suficientemente las concretas actividades a desarrollar por los adjudicatarios. En efecto:

** Contrato suscrito por Dº. Jose Ramón - folios 5 y 6 expte.-.*

Se limita a decir en su Cláusula Primera que el Sr. Jose Ramón "se compromete a realizar el asesoramiento jurídico y legal del Excmo. Ayuntamiento de Campofrío y apoyo a la gestión administrativa del mismo" ; y en la Tercera que "El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo, de acuerdo con las reglas del buen hacer profesional y bajo la supervisión directa de los responsables que el Excmo. Ayuntamiento de Campofrío determine a tal efecto. El contratista será responsable de la calidad de los trabajos realizados" .

A la parca y vaga descripción del objeto contractual debe añadirse lo manifestado por el testigo/perito Sr. Félix , que Dº. Jose Ramón era consultado por la Alcaldesa "cuando había un reintegro o alguna notificación del juzgado" , tareas estas propias del asesoramiento legal preceptivo que se reservan a la Secretaría, contando el Ayuntamiento demandado con Secretario-Interventor al que corresponde el asesoramiento legal preceptivo y la intervención de gastos de contabilidad en todas sus vertientes.

Por ello, aunque se afirme que era necesaria la colaboración del nombrado al no disponer el Ayuntamiento de medios humanos para dar cumplimiento a las justificaciones de subvenciones; que aquél carecía de vacaciones; ser puntual su intervención; gozar de cierta libertad de horario y de elección del centro en la prestación de servicios profesionales; y descarte el indicado testigo/perito la existencia de relación laboral, lo cierto es que ninguna evidencia documenta el proceso que detalle cuales eran los específicos cometidos de asesoramiento legal del contratado, Dº. Jose Ramón, excluidos de la preceptiva intervención con arreglo al art. 92 bis LRBRL del Secretario Interventor del Ayuntamiento de Montefrío.

Y tal déficit probatorio debe en méritos de facilidad y proximidad probatoria perjudicar a la Administración demandada, más si cabe actuando la Administración recurrente la acción anulatoria, previo requerimiento a la Corporación Local ex art. 56.2 LRBRL, en estricta defensa de la legalidad, cuya preeminencia no puede soslayarse pretextando la insuficiencia de medios del Ayuntamiento.

Llegados a este punto, reputamos errónea, de acuerdo con la comentada doctrina, la apreciación probatoria del juez de la instancia.

** Contrato suscrito por Dº. Clemente - folios 11 y 12 expte.-.*

La Cláusula Primera establecía que el Sr. Clemente "se compromete a realizar el asesoramiento técnico en materia urbanística del Excmo. Ayuntamiento de Campofrío. Y la Tercera: "El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo, de acuerdo con las reglas del buen hacer profesional y bajo la supervisión directa de los responsables que el Excmo. Ayuntamiento de Campofrío determine a tal efecto. El contratista será responsable de la calidad de los trabajos realizados" .

Por su parte, el testigo/perito Sr. Félix refirió en relación con este contrato que las funciones consistían en informar sobre la adecuación de licencias al planeamiento y

normativa urbanística, es decir, acerca de aspectos reservados al ejercicio de funciones públicas.

Como se advierte, la situación es similar al caso anterior ya que la actividad de asesoría urbanística estaba afectada por el art. 90 LRBRL, y a ella aludía el informe de 28/04/2016 de la Sra. Josefina , que contaba con el V.B. de la Sra. Alcaldesa, cuando significaba que "...En materia urbanística el Excmo. Ayuntamiento de Campofrío solicita habitualmente la asistencia a la Diputación de Huelva, al no contar con funcionario que desempeñe dicha funciones..." .

Damos pues por reproducidas las anteriores reflexiones que llevan a reputar errada la valoración probatoria del juzgador a quo.

** Contrato suscrito con Dª. Clemencia - folios 17 y 18 expte.-.*

La Cláusula Primera establecía que la Sra. Clemencia "se compromete a realizar el asesoramiento técnico en materia de dirección de obras del Excmo. Ayuntamiento de Campofrío . Y la Tercera que "El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo, de acuerdo con las reglas del buen hacer profesional y bajo la supervisión directa de los responsables que el Excmo. Ayuntamiento de Campofrío determine a tal efecto. El contratista será responsable de la calidad de los trabajos realizados" .

La testigo Dª. Clemencia manifestó que en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento "como Arquitecta en planes subvencionados" se encargaba de justificar las distintas subvenciones que se concedían al Ayuntamiento.

Sus actuaciones pues, lejos ya de ser puntuales, se extendían a todas las obras y subvenciones relacionadas con la arquitectura, igualmente afectas al art. 90 LBRL.

En suma, a la falta de concreción del objeto del contrato, se añade el carácter permanente de las tareas encomendadas, que recalcan la pertinencia del requerimiento efectuado por la Delegación del Gobierno por posible relación laboral encubierta, ensombreciendo la valoración probatoria de la instancia.

** Contrato suscrito con Dª. Estibaliz - folios 23 y 24 expte.-.*

La Cláusula Primera establecía que la Sra. Estibaliz "se compromete a realizar el apoyo técnico en materia de dirección de contabilidad municipal del Excmo. Ayuntamiento de Campofrío . Y la Tercera que "El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo, de acuerdo con las reglas del buen hacer profesional y bajo la

supervisión directa de los responsables que el Excmo. Ayuntamiento de Campofrío determine a tal efecto. El contratista será responsable de la calidad de los trabajos realizados" .

La testigo Dª. Estibaliz refirió que prestaba apoyo cuando había que justificar algún tipo de subvención, ayudando en la elaboración de los presupuestos y delimitando partidas.

Luego, su actuación, vinculada a la reserva de actividad por funcionarios con habilitación de carácter nacional que proclama el art. 6 RD 1174/1987, de 18 de septiembre, no tenía carácter meramente puntual de apoyo en la introducción de datos contables (sistema SICALWIN), abarcando otros cometidos que atendían necesidades permanentes del Ayuntamiento, encontrándonos nuevamente, por las razones dichas, ante una errónea valoración de la prueba.

Lo expuesto lleva a estimar el recurso de apelación".

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada al caso concreto que nos ocupa, debe concluirse –al igual que los supuestos analizados en los Acuerdos de este Tribunal anteriormente referidos- que asiste razón a la entidad reclamante en lo que a la indeterminación del objeto se refiere, y ello a la vista de la generalidad con la que están fijadas las prestaciones a contratar, tanto en cantidad como en lo que a su contenido se refiere. Así lo pone de manifiesto la afirmación contenida en el pliego relativa a que *"El servicio engloba todas las tareas correspondientes al área que, de modo indicativo, son las siguientes (…)"*. Es más, en relación con la prestación correspondiente a emisión de informes, se incluyen, de forma genérica, todos aquellos informes técnicos previos a la concesión de licencias de obras, actividad y apertura, y resolución de consultas. La indicación 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; presunción, por otro lado, avalada por el propio informe razonado de la unidad gestora que al justificar la necesidad de contratar indica que *"Es necesario contar con un servicio técnico que*

informe los expedientes de actividad clasificada y ciertos expedientes urbanísticos. No existiendo personal técnico en plantilla, tras la aprobación de la modificación de la Ley Foral 6/1990 de Administración Local en la que se contempla la creación de las comarcas, referida al mapa local ha paralizado su actividad, no parece adecuado incrementar aquélla, motivo por el que se considera necesario seguir cubriendo el servicio técnico acudiendo a la legislación de contratos, mediante un contrato de servicios". Quedando, además, en manos de la entidad local, y durante la ejecución del contrato, la concreción de los informes o dictámenes a elaborar por el adjudicatario. Iguales consideraciones debemos efectuar en relación con la prestación relativa al control de obras, cuyo alcance ni siquiera está definido en el pliego regulador.

En consecuencia, apreciada, según lo señalado, la falta de determinación de las prestaciones del contrato procede la estimación del motivo de impugnación alegado.

SEXTO.- Como segundo motivo de impugnación alega la reclamante, en relación con la solvencia técnica o profesional exigida en el pliego regulador, que debe estar abierta a todos aquellos técnicos titulados, como los arquitectos superiores, que tienen reconocidas facultades expresas competenciales para poder llevar a cabo el objeto del contrato; resultando que la exigencia como requisito de solvencia de la titulación de arquitecto técnico puede ser constitutiva de una infracción del principio de igualdad dada la evidente discriminación que dicha exigencia lleva consigo.

Opone la entidad contratante que la cláusula sexta del pliego, efectivamente, exige como requisito de solvencia la existencia en el equipo de, al menos, un arquitecto técnico, si bien ello no excluye la posibilidad de participación en la licitación de equipos en los que formen parte arquitectos superiores. Indica, asimismo, que dicha exigencia de titulación resulta conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en cuya virtud el control de la ejecución material de las obras sólo puede ser llevado a cabo por un arquitecto técnico.

Expuestas las posiciones de las partes, la resolución de la controversia planteada impone el examen de las previsiones contenidas al efecto en el Pliego regulador

y que no son otras que las referidas a los requisitos de solvencia técnica o profesional exigidos para participar en la licitación de referencia.

Así, la cláusula sexta del citado documento contractual, relativa a la capacidad para contratar y umbrales de solvencia, establece que "*Podrán participar en este procedimiento las personas físicas individuales, las personas jurídicas, así como personas físicas y/o jurídicas con intención de constituir una Unión Temporal de Empresas, requiriendo que todas ellas tengan capacidad de obrar así como la solvencia técnica y económica que justifique la capacidad legal para llevar a efecto el trabajo citado en los términos que se especifican en estas condiciones esenciales y que no estén incursas en causas de exclusión para contratar con la administración pública conforme al art.22 de la LFCP. (…)*

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.

Asimismo, podrán optar a la presente licitación Uniones Temporales de Empresas o personas que participen conjuntamente.(…)

La solvencia económica se acreditará a través de Declaración formulada por entidades financieras y, en el caso de profesionales, un justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

Sin embargo, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que se acreditará a través del título de Arquitecto Técnico".

Al hilo de lo anterior, 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".

Por su parte, el artículo 17.1 del mismo texto legal establece que "*Quien licite deberá acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato. Se entiende por solvencia técnica o profesional la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada"*; añadiendo en su apartado segundo los distintos medios para acreditar la capacidad técnica, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de suministros o servicios, entre los cuales el apartado g) contempla la *"Aportación de las titulaciones académicas y profesionales del personal responsable de la ejecución del contrato siempre que no se evalúe como criterio de adjudicación."*

La acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, constituye el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren; finalidad que la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 marzo 2014 concreta en los siguientes términos: "*Dado que los contratos de las administraciones públicas guarda relación con los intereses públicos, el legislador ha establecido una serie de controles previos que tratan de garantizar que los agentes económicos que operan en el sector reúnan las condiciones de solvencia precisas que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con Administración. El contratista debe acreditar, por lo tanto, su solvencia económica y financiera, y además la solvencia técnica o profesional que prevé su capacidad técnica expresada en medios materiales (maquinaria y tecnología) y humanos (titulación académica y profesional de sus cuadros técnicos, promedio de plantilla de personal en los tres años anteriores) y*

experiencia profesional (trabajos anteriores realizados) en relación con el tipo de contrato cuya adjudicación pretende".

Este Tribunal en diversos Acuerdos –por todos, Acuerdo 35/2016, de 5 de julio- ha tenido ocasión de señalar que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 16 y 17 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios que se pretenda contratar. Por tanto, corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Así pues, los preceptos citados atribuyen al órgano 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. De este modo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 36/2007, de 5 de julio, señala que los criterios de solvencia *"han de cumplir cinco condiciones:*

- *Que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato,*
- *Que sean criterios determinados,*
- *Que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato,*
- *Que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate,*
- *Y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio".*

En este sentido, y conforme a los principios proclamados en el artículo 2 LFCP, ha de partirse del principio general de libre concurrencia que impera en la contratación pública, donde -teniendo en cuenta que garantizar la libertad de concurrencia constituye una de las finalidades a salvaguardar (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 1994)-, la licitación de los contratos, en principio, debe estar abierta a todas las empresas que, por razón de su actividad, puedan realizar la prestación que constituya el objeto del mismo. Razones de eficacia, sin embargo, exigen garantizar que las empresas que concurren a una licitación reúnan los requisitos que les permitan ejecutar el contrato, lo que justifica la exigencia de cumplimiento de los requisitos jurídicos que afectan a la personalidad y capacidad de obrar a que se refieren los artículos 12 y ss del mismo cuerpo legal; resultando que dentro de estos requisitos de solvencia técnica se engloba, precisamente, la posibilidad de exigir determinadas titulaciones en los medios personales que deben intervenir en la ejecución del contrato.

Conviene recordar en este punto, como hicimos en nuestro Acuerdo 16/2019, de 21 de febrero, la consolidada jurisprudencia de los Tribunales así como la doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales sobre la limitación de las licitaciones a determinadas titulaciones oficiales. Así, como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales trayendo a colación la jurisprudencia

del Tribunal Supremo, entre otras Resoluciones, la 160/2011 de 8 de junio, y la 112/2012, de 16 de mayo *"(...) frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de "libertad con idoneidad" (por todas, STS de 21 de octubre de1987 (RJ 1987,8685), de 27 de mayo de 1998 (1998,4196), o de 20 de febrero de 2012 (JUR 2012,81268)), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de1999), debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007,6693))".*

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2009 se afirma lo siguiente: *"(...) Con carácter general la jurisprudencia de esta Sala vienen manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues (...) la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido".*

La doctrina es reiterada por el mismo Tribunal en Sentencia de 25 de julio de 2017, donde recoge el criterio jurisprudencial que rechaza el monopolio competencial a

favor de una específica profesión técnica, siempre que el titulo facultativo en cuestión integre un nivel de conocimientos técnicos adecuados a la actuación a realizar.

Es importante destacar que no se trata del reconocimiento de un derecho a la igualdad de todos los profesionales, sino de aquéllos que tienen "la capacidad técnica real para el desempeño de las respectivas funciones", elemento éste que, a falta de previsión normativa, debe ser objeto de un análisis casuístico. Señalando, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2012, que la competencia, en cada caso concreto, debe determinarse, además de por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate. En definitiva, la jurisprudencia rechaza el monopolio de competencias a favor de una profesión técnica determinada, al mantener la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un determinado nivel de conocimientos técnicos. Por ello, la reserva competencial a una titulación o profesión debe ser objeto de interpretación restrictiva, debiendo estar convenientemente justificada la restricción que impida la libre concurrencia; si bien tal competencia deberá examinarse caso por caso atendiendo al objeto del cada contrato, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de febrero de 2013*:"(...) La Sala conoce la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita la Sentencia apelada relativa a las competencias de las profesiones tituladas, que señala la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial, sin otra limitación que la que se desprende de la formación y conocimientos propios de cada una de ellas en función del tipo de obra a realizar, por lo que la doctrina del Tribunal Supremo no impide que la competencia de los técnicos deba de examinarse caso por caso y teniendo en cuenta el objeto del contrato, puesto que la competencia de cada rama de la Ingeniería depende de la capacidad técnica real para el desempeño de las funciones propias de la misma y tratándose de materias eminentemente casuísticas, la interpretación y aplicación del derecho viene particularmente apegada a las circunstancias del caso concreto, viniendo determinada la habilitación profesional por la capacidad técnica necesaria para ello, por lo que la determinación de la concreta titulación exigible*

para acreditar la solvencia técnica en el procedimiento de licitación vendrá dada por las características de las obras a que el contrato se refiere (...).”

Expuesta la doctrina jurisprudencial aplicable, debemos advertir que, en el caso concreto que nos ocupa, la redacción de la cláusula sexta del Pliego es clara en lo que al requisito de solvencia técnica o profesional se refiere, exigiendo, a tales efectos, que la persona contratista se halle en posesión de la titulación de arquitecto técnico; sin contener referencia alguna, siquiera de forma residual, a otras titulaciones que pudieran estar habilitadas para la prestación de los servicios a contratar. De esta exigencia no cabe sino colegir que, como apunta la reclamante, se excluye la posibilidad de que profesionales titulados en arquitectura superior participen como licitadores; máxime cuando, en contra de lo manifestado por el Ayuntamiento en su informe de alegaciones, ninguna referencia a adscripción de medios personales mínimos o equipos se contiene en el Pliego regulador, circunstancia que determina que debamos analizar si la restricción en tal sentido contemplada en el Pliego resulta ajustada a derecho; análisis que abordamos a continuación.

Expone la entidad contratante que la prestación a contratar tiene por objeto el control de las obras que se realicen en el municipio; control que sostiene no puede ser realizado por un arquitecto superior por estar reservado a los arquitectos técnicos en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Empero, lo cierto es que el precepto en tal sentido alegado regula las titulaciones habilitantes para desempeñar la función de dirección de la ejecución de la obra, que no es sino parte de la dirección de obra que, regulada en el artículo 12 del mismo cuerpo normativo, puede ser desempeñada indistintamente por, entre otras, ambas titulaciones profesionales; condición que difiere, y mucho, del control que de las obras realiza directamente la entidad local a través del contrato que nos ocupa. Dicho de otro modo, de la propia denominación del contrato “*asesoramiento urbanístico y expedientes de actividad del Ayuntamiento de Galar*” no cabe sino concluir que la prestación a que nos referimos no es, en ningún caso, la dirección facultativa de las obras que pudiera

promover dicha entidad, sino las funciones de control de las obras para las que otorgue la correspondiente licencia o autorización, que forma parte de la actividad administrativa en materia de urbanismo que como función pública tiene atribuida y que pretende realizar, precisamente, a través del profesional contratado. Y ello, además, sin perjuicio de que la prestación objeto del contrato no se ciñe a las funciones de control indicadas sino que comprende la emisión de informes previos al otorgamiento de licencias y resolución de consultas que pudieran plantearse; prestación ésta que, generalmente, tiene mayor relevancia cuantitativa y cualitativa en el ámbito del asesoramiento en materia urbanística y medioambiental de las entidades locales, para la que están habilitados los arquitectos superiores y que constituye la justificación de la propia contratación.

Así las cosas, no existiendo reserva de competencia alguna en favor de la titulación exigida en el pliego en relación con las prestaciones objeto del contrato y no disponiéndose equipo mínimo alguno donde pudieran tener cabida, además del exigido en el pliego, otros profesionales habilitados, debemos concluir que la restricción en tal sentido prevista impide la participación en el procedimiento de profesionales con capacidad suficiente como son los arquitectos superiores, vulnerándose con ello los principios de igualdad y no discriminación; procediendo, en consecuencia, la estimación del motivo de impugnación en tal sentido formulado.

SEPTIMO.- Cuestiona la entidad reclamante, como tercer y último motivo de impugnación, que el criterio de adjudicación de carácter social previsto en el pliego -% de participación de la mujer en el contrato– resulta discriminatorio para los licitadores personas físicas frente a las jurídicas; indicando, a mayor abundamiento, que no guarda relación con el objeto del contrato, puesto que no se deriva de tal exigencia una mejor prestación del servicio.

Estas consideraciones son negadas por la entidad contratante con fundamento en que la valoración de la participación de la mujer el contrato es acorde con el espíritu de la LFCP, resultando, además, que el II Plan de Acción para la igualdad de mujeres y

hombres de la Mancomunidad de la Zona de Noain obliga a la inclusión de esta cláusula en las contrataciones.

La Directiva 2014/24 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su Considerando 90 señala que *"La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato"*.

Son diversas las referencias que dicha norma jurídica contiene a los criterios sociales y su introducción en las distintas fases de los contratos y, en particular, como criterio de adjudicación. Así, su Considerando 40 indica que *"El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado"*.

A su vez, el Considerando 99 indica que *"Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a*

favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios".

Añade en su artículo 67 "Criterios de adjudicación del contrato", que: *"3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.*

4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que

esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios".

Sobre la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos, el Preámbulo de la LFCP pone de manifiesto que *"De acuerdo con la "Estrategia Europa 2020", la contratación pública desempeña un papel muy relevante como instrumento que debe colaborar a que emerja un modelo de desarrollo económico que genere altos niveles de empleo, productividad y cohesión social, al tiempo que se garantiza un uso eficiente de los fondos públicos. En este marco, las Directivas contemplan objetivos tendentes a alcanzar esta finalidad, como son promover un mercado más competitivo, facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y proporcionar herramientas para la utilización de la contratación pública como un instrumento en las políticas sociales, ambientales o de investigación, todo ello con afán de modernización teniendo en cuenta el contexto de globalización económica. Estos son por tanto, los objetivos que comparte esta ley foral y que pretende adaptar al ordenamiento jurídico navarro, de forma que resulten plenamente aplicables. (...) La utilización de la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación cobra ahora mayor relevancia puesto que se ha entendido que las mismas tienen relación directa con el interés general y suponen una forma adecuada de utilizar los fondos públicos más allá de la concreta finalidad que pretenda satisfacer cada contrato. Por ello, se establecen en esta ley foral lo que pueden denominarse "cláusulas horizontales" en estos ámbitos: el cumplimiento de la normativa de igualdad de género entre mujeres y hombres, social, laboral y medioambiental debe ser vigilada y exigida en todas las fases del contrato, desde la selección de licitadores hasta la ejecución del mismo y los incumplimientos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión de un procedimiento como el rechazo de una oferta o la resolución de un contrato ya adjudicado.(...)".*

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 2.3 LFCP, al regular los principios de la contratación pública, dispone que "*En la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social. Para materializar dicho principio de manera efectiva, los contratos públicos deberán incluir de manera preceptiva criterios de adjudicación, así como requerimientos de ejecución de carácter social o medioambiental*".

Por su parte, el artículo 64.1 del mismo cuerpo legal determina 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.

2. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) En el proceso específico de su producción, prestación o comercialización.

b) En un proceso específico de cualquier otra etapa de su ciclo de vida.(…)

6. Los criterios de adjudicación de carácter social deberán tener una ponderación de al menos el 10% del total de puntos, y a tal efecto se valorarán cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, tales como la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la igualdad de mujeres y hombres; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la participación de profesionales jóvenes y de entidades o sociedades de profesionales de dimensiones reducidas; la subcontratación

con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; criterios éticos y de responsabilidad social aplicada a la prestación contractual; la formación, la protección de la salud o la participación de las trabajadoras y los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante".

Como puede observarse, el apartado sexto del precepto transcrito reitera el mandato legal relativo a que los criterios sociales valorarán, de forma imperativa, cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, y tras indicar la ponderación mínima de los mismos, contiene un listado no exhaustivo de aspectos de carácter social que pueden ser objeto de valoración, cuya concreción deberá efectuarse caso por caso, en función del objeto del contrato correspondiente; comprendiendo en tal enumeración ejemplificativa la valoración como tal criterio de adjudicación de carácter social de aspectos relativos a la igualdad de hombres y mujeres, posibilidad ya apuntada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012, cuyo fundamento de derecho sexto razona que *"SEXTO.- La respuesta a la tercera cuestión de las que antes fueron han enunciadas aconseja realizar las consideraciones previas que continúan.*

· La primera es que la igualdad de mujeres y hombres es una aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo que proclama el artículo 14 CE; y, en relación con ese derecho, el texto constitucional (artículo 9.3) dirige a los Poderes Públicos este enérgico mandato: "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social ".

· La segunda es que, según resulta de su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, viene a cumplir el mandato constitucional a que acaba de hacerse referencia.

Lo hace desde la siguiente constatación de la realidad, también expresada en esa Exposición de Motivos:

" El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor

desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo".

· La tercera es la dimensión transversal de la igualdad, expresamente afirmada en esa Exposición de Motivos y definida así en el artículo 15:

" El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades".

La cual pone de manifiesto que, por lo que hace a las Administraciones públicas, el objetivo o meta de la igualdad de hombres y mujeres podrá ser perseguido en la totalidad de sus actividades, esto es, cualquiera que sea el instrumento formal en que estas se manifiesten (procedimiento, acto o contrato), cualquiera que sea su contenido (regulador, de servicio público, fomento, policía, etc. y cualquiera que sea la materia sectorial a que esté referida.

· La cuarta y última consideración es que, según deriva de todo lo anterior, circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, contrario a esa transversalidad que con tanta amplitud se define en la LO 3/2007 [LOI]; pues lo que dicha transversalidad demanda es que, dentro de ese ámbito de la

contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula".

No obstante, debemos advertir que tal regulación en modo alguno habilita que el criterio en tal sentido previsto no reúna los requisitos que, con carácter general, se exigen de los criterios de adjudicación a utilizar en los contratos públicos. Y ello toda vez que resulta obvio que ésta no es, en ningún caso, la finalidad perseguida por el legislador al introducir lo que se ha venido denominando "cláusulas sociales" en la contratación pública. Así lo indicamos en nuestro Acuerdo 119/2018, de 21 de octubre, donde razonamos que *"(…) en cualquier caso, la inclusión de dicha tipología de criterios entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, obviamente, respetar las condiciones y limitaciones que, con carácter general se aplican a los criterios de adjudicación – recogidas en el artículo 64.1 LFCP y que nuestra doctrina y Jurisprudencia proclaman de forma reiterada -, a saber, la exigencia de vinculación del criterio con el objeto del contrato, garantizar la transparencia el procedimiento dando publicidad a los criterios de valoración mediante su incorporación a los pliegos, su formulación objetiva, concreta y clara, de forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma, y garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva comprendiendo especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación establecidos (…)"*.

En consecuencia, no podemos obviar que la normativa de contratación pública contempla una serie de requisitos de obligada observancia en la elección, formulación y aplicación de cualesquier criterio de adjudicación; requisitos también exigibles en lo que a los criterios sociales de adjudicación se refiere.

Así, la doctrina sostiene que en los criterios de adjudicación que en cada caso se determinen para la valoración de las ofertas deben concurrir los siguientes requisitos: a) ser objetivos, en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no

subjetiva de os licitadores y estar vinculados al objeto del contrato; b) no otorgar al poder de adjudicación una libertad de elección ilimitada, debiendo estar formulados sobre una base objetiva; c) estar expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato, debiendo ser específicos, objetivos y cuantificables; y d) atenerse a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios jurídicos que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

OCTAVO.- Expuestos los parámetros interpretativos, procede analizar si el criterio social cuestionado respeta, en los términos en que está contemplado en el Pliego, los requisitos y consideraciones referidos en el fundamento de derecho precedente.

De los requisitos mencionados cuestiona la reclamante, en primer término, que el criterio social fijado en el Pliego incumple el indicado como apartado d), en la medida en que resulta discriminatorio; objeción que, comparte este Tribunal habida cuenta que, en atención al concreto procedimiento de adjudicación elegido (simplificado) y a la vista de las invitaciones cursadas a los distintos licitadores, la aplicación del citado criterio de adjudicación resulta discriminatoria.

Efectivamente, tal y como apunta el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 16/2016, de 3 de febrero, la inclusión de criterios sociales de adjudicación debe respetar el principio de igualdad y no discriminación entre las empresas licitadoras como ya determinó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-225/98, en el que afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que esta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes. Finalmente, refiriéndose a la aplicación de un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo, el Tribunal precisa que este no debe tener una incidencia

directa o indirecta en los licitadores procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad y ha de mencionarse expresamente en el anuncio de contrato, con el objeto de que los contratistas puedan tener conocimiento de la existencia de tal condición. En igual sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, asunto C-31/87.

Así las cosas, tal y como hemos avanzado, este Tribunal aprecia que el criterio impugnado, que evalúa el porcentaje de participación de la mujer en el contrato, ha generado, de manera real y efectiva, desigualdades entre los licitadores, por cuanto resulta obvio que el efecto del criterio de adjudicación discutido sería muy perjudicial para los licitadores que ejercieran la profesión relativa a la titulación exigida de forma autónoma y sin personal contratado por cuenta ajena bajo su dependencia o para aquellos que no actuasen a través de formas de asociación que contasen con la participación de diversas personas físicas; lo que, por otro lado, es más que habitual en el marco de la prestación de los servicios que constituyen el objeto del contrato al que se contrae la presente reclamación.

Así, no podemos olvidar que el Pliego, posibilitando la participación en la licitación de personas físicas y jurídicas, en ningún caso exige medios personales mínimos a adscribir a la ejecución del contrato, de forma que si bien es posible la participación de licitadores personas físicas lo cierto es que, a través de la valoración de este concreto aspecto, se está primando específicamente a aquellos licitadores que o bien sean mujeres o bien conformen un equipo en el que éstas participen.

Pero es que además, debe repararse en que el contrato se adjudica mediante la tramitación de un procedimiento simplificado, en cuyo seno y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.2 LFCP, el órgano de contratación debe solicitar, siempre que sea posible, ofertas al menos a cinco empresas o profesionales que puedan ejecutar el contrato. Siendo esto así, consta en el expediente remitido a este Tribunal que la Junta de Gobierno Local en Sesión celebrada con fecha 23 de mayo de 2019 resuelve cursar invitación a licitar a cinco profesionales del sector, de los cuales siendo tres personas físicas sólo una de ellas es mujer, circunstancia que evidencia el efecto discriminatorio

del criterio de adjudicación controvertido puesto que no sólo establece una ventaja a favor de aquellas licitadoras invitadas a participar a las que sólo por tal motivo se les asignará algún punto en este aspecto, sino también una desventaja, de inicio, para aquellos licitadores invitados específicamente por la entidad contratante que, como se ha dicho, no reúnan tal condición o no cuenten con asociadas o contratadas en el equipo profesional de que se trate; motivo por el cual el citado criterio debe ser anulado.

A mayor abundamiento, cuestiona la reclamante que el citado criterio social de adjudicación no guarda relación directa ni indirecta con el objeto del contrato, en la medida en que no redunda en una mejor prestación del servicio.

Sobre la necesidad de que los criterios sociales respetasen el requisito de vinculación al objeto del contrato se ha pronunciado este Tribunal en el citado Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, donde indicamos que *"(…) una interpretación conjunta e integradora de los preceptos transcritos nos lleva a concluir que el cumplimiento de las previsiones legales citadas en orden a la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, efectivamente, materializarse respetando las exigencias previstas en el apartado primero del artículo 64 LFCP, entre las que destaca la relativa a que los criterios sociales escogidos guarden vinculación con el concreto objeto del contrato; de forma que han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución, y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 64.2 LFCP que especifica que se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. (…)*

El órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de escoger y determinar los criterios de adjudicación que va a aplicar en orden a la adjudicación del contrato, siendo la enumeración de los criterios de adjudicación de carácter social contenida en el artículo 64.6 LFCP de carácter ejemplificativo, tal y como se desprende de la expresión de cierre del citado precepto cuando apunta a "otros de carácter semejante" a los enumerados. Si bien dicha facultad discrecionalidad encuentra su límite, por imperativo del mismo precepto, en la necesidad de que los

criterios fijados se hallen vinculados al objeto del contrato; de forma que las cuestiones de carácter social a valorar deberán ser concretadas caso por caso, en función del específico objeto del contrato de que se trate. Asimismo, debemos advertir que la vinculación de los criterios de adjudicación – también de los de carácter social – debe ir, conforme a lo dispuesto en el artículo 64.2 LFCP, referida a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida; previsión que permite concluir que no existe tal vinculación cuando los criterios previstos se refieren a circunstancias relativas a la licitadora y no a la oferta presentada. (…)".

Así las cosas, el examen sobre la vinculación de un criterio social con el objeto del contrato debe realizarse caso por caso, a cuyos efectos resulta más que conveniente incorporar la justificación de tal vinculación en el expediente de contratación, resultando que en el caso concreto que nos ocupa no consta en la documentación que conforma el citado expediente ninguna argumentación por parte del órgano de contratación que permita atender a la vinculación entre la prestación objeto del contrato y la cláusula controvertida, careciendo el expediente de justificación alguna al respecto; careciendo los argumentos esgrimidos en el informe de alegaciones, a juicio de este Tribunal de entidad y virtualidad suficientes, según se razona a continuación.

En este sentido, frente a la apuntada obligación de incluir este tipo de cláusulas en la contratación, que lejos de excluir la participación de los hombres únicamente valoran la incorporación de la mujer en el mundo laboral, cabe recordar que la consecución de objetivos públicos de tal relevancia no puede servir de pretexto para eludir la observancia de los principios rectores en materia de contratación pública. Tampoco el II Plan de Acción para la Igualdad entre mujeres y hombres de la Mancomunidad de la Zona de Noain obliga a la inclusión del criterio de adjudicación en los términos en que está formulado, previendo únicamente la inclusión de cláusulas para la igualdad en contrataciones; cuestión bien distinta.

Así pues, no se aprecia la necesaria vinculación del criterio de adjudicación controvertido con el objeto del contrato, que tampoco se justifica; motivo por el cual, y

sin perjuicio de lo resuelto sobre su carácter discriminatorio, procede estimar, igualmente, este motivo de impugnación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127.3. b) y f) 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 calidad de representante de la Corporación de Derecho Público "Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro", frente al Pliego del contrato de servicios "*Asesoramiento Urbanístico y Expedientes de actividad del Ayuntamiento de Galar*", disponiéndose la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

2º. Notificar este Acuerdo a doña P. L. C., en calidad de representante de la Corporación de Derecho Público "Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro", al Ayuntamiento de Galar y al resto de interesados, 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, 13 de agosto de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.