



Expte.: R-41/2016

ACUERDO 45/2016, de 8 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don L.D.D., frente a los pliegos del contrato de asistencia para gestión de los huertos ecológicos urbanos de Sarriguren, licitado por el Ayuntamiento del Valle de Egüés.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de junio de 2016 se publicó en el Portal de Contratación el anuncio de licitación del contrato de asistencia para la gestión de los huertos ecológicos urbanos de Sarriguren, licitado por el Ayuntamiento del Valle de Egüés.

SEGUNDO.- El día 21 de junio de 2016 don L.D.D. presentó reclamación en materia de contratación pública frente a los pliegos de la licitación citados en el apartado anterior, alegando que el apartado B1 de la cláusula 7ª del pliego de condiciones económico-administrativas es ilegal, al suponer un tratamiento discriminatorio no acorde a lo establecido por el artículo 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), dado que la aplicación del citado criterio supondría una mejor valoración de una oferta en la que el equipo esté formado por dos mujeres que otra en la que el equipo esté formado por un hombre y una mujer.

TERCERO.- El día 4 de julio de 2016 el Ayuntamiento del Valle de Egüés aporta el expediente del contrato junto con un informe de alegaciones en el que señala que, por un lado, el reclamante carece de legitimación para la presentación de la reclamación puesto que no ha presentado oferta para el procedimiento en cuestión y en consecuencia, carece de la condición de licitador.

Por otro lado, afirma la entidad reclamada que no existe discriminación alguna en el condicionado del procedimiento de contratación por cuanto la posibilidad de introducir criterios sociales está contemplada por la LFCP en sus artículos 49 y 51 siempre que exista vinculación con el objeto del contrato, como sucede en este caso puesto que la mayor puntuación se otorgará al equipo encargado de ejecutar el contrato, no a la empresa que tenga en plantilla mayor número de mujeres. Recuerda además la entidad reclamada que el Tribunal Constitucional ha realizado de forma reiterada una interpretación del principio constitucional de igualdad en el sentido de amparar el trato desigual de aquellas situaciones que ya de partida son desiguales.

Aduce también que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres contempla como un aspecto social de la contratación pública la igualdad de sexos y que dicha igualdad debe ser promovida por las Administraciones Públicas. Por último, señala la entidad que en el propio pliego se establece que la ratio de mujeres en el sector en el que se encuadra el contrato es de 0,47, lo que representa una infrarrepresentación que justifica la utilización de medidas de fomento del empleo femenino en este sector.

De acuerdo con todo lo anterior, el Ayuntamiento del Valle de Egüés solicita la inadmisión de la reclamación y sólo en caso de que ésta sea admitida, su íntegra desestimación.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento del Valle de Egüés es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1 c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra (en adelante LFCP), las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP y ha sido interpuesta en tiempo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 210.2 a) LFCP.

TERCERO.- El artículo 210 de la LFCP establece que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas.

En este caso, la reclamación ha sido interpuesta por una persona que no se ha presentado a la licitación, aunque se presentó a la anterior licitación de este mismo contrato y se halla subcontratada por la actual empresa adjudicataria para la prestación de dicha asistencia, por lo que procede analizar la existencia o no de legitimación activa en la persona reclamante.

CUARTO.- La reclamación en materia de contratación pública tiene un régimen jurídico especial, recogido en los artículos 210 a 213 LFCP y caracterizado por los plazos breves de resolución, su conocimiento por parte de un órgano específico –el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra–, la existencia de causas tasadas para la interposición de la reclamación y la existencia de una legitimación amplia.

Su actual configuración responde a las exigencias de la Directiva 2007/66 del Parlamento Europeo que en su artículo 1 establece lo siguiente: “2. *Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.* 3. *Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como*

*mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.”*

De lo anterior se desprende que la existencia o no de un interés en el reclamante, y en consecuencia la legitimación activa o la falta de ella para interponer la reclamación está en íntima y necesaria relación con la posibilidad de participar en una determinada licitación. Siendo por tanto la finalidad de la reclamación proteger la libre competencia y la igualdad de trato entre las personas físicas o jurídicas interesadas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, en la que se define el concepto de legitimación en materia contractual pública, señala que: *"Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001 citada por la de 4- 6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio, no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien, no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos, sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado".*

Por lo tanto, la condición de interesado no debe ser entendida en un sentido estricto, referida únicamente a los licitadores de un determinado procedimiento, sino que es predicable de todas aquellas personas que como establece la LFCP vean perjudicadas sus expectativas por la actuación irregular de una entidad sometida a la LFCP, sin que ello signifique en ningún caso el reconocimiento de una acción pública para el control de la legalidad, que no encuentra amparo en nuestro ordenamiento

jurídico. No obstante, tal y como señala el Acuerdo 715/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para reunir la condición de interesado debemos estar en presencia, no de cualquier tipo de ventaja moral o hipotética, sino que tiene que tratarse de una ventaja específica derivada de la licitación; y esta ventaja puede consistir en la participación en la licitación o en otra diferente, pero tiene que estar concretada de manera precisa y debe constar al Tribunal.

En el caso que nos ocupa, es preciso analizar si la persona que reclama reúne ese interés legítimo afectado por el contenido de la reclamación. El reclamante justifica su condición de interesado en que se presentó a la licitación de este contrato en el año 2015 y que está realizando, contratado por la hasta ahora empresa adjudicataria, el servicio de asistencia técnica que ahora sale a licitación. Así mismo, manifiesta que su intención era licitar nuevamente y que el desánimo que ha sentido al ver el baremo de puntuación, en el que se siente discriminado, le ha llevado a tomar la decisión de realizar la presente reclamación.

Respecto a esta cuestión, se aprecia que el establecimiento del criterio de adjudicación, en el que se puntúa la presencia de mujeres en el equipo técnico que va a desarrollar la asistencia, perjudica la expectativa del reclamante, que, de hecho, no ha participado en la licitación debido a las condiciones en que ha sido convocada.

Como señalamos en el Acuerdo 29/2016, de 14 junio, de este Tribunal, *“por tanto, aun siendo la empresa reclamante ajena al acuerdo marco cuya nulidad postula por razón de su tramitación como procedimiento negociado que, por su especificidad técnica, excluyó toda concurrencia de posibles competidores, resulta patente que la invocación de una expectativa concreta que se ha visto perjudicada como potencial licitador le permite ostentar legitimación para plantear la reclamación interpuesta”*.

De conformidad con todo lo expuesto, se advierte un interés legítimo en el reclamante, por lo que existe legitimación activa para formular la reclamación presentada.

QUINTO.- En segundo lugar, procede examinar la cuestión de fondo, la impugnación del criterio de adjudicación de carácter social previsto en el apartado B.1 de la cláusula 7ª del pliego de condiciones económico-administrativas denominado “Presencia de mujeres en el equipo técnico que van a desarrollar los trabajos”.

A este respecto, procede señalar que los criterios de adjudicación tienen por objeto la determinación de la oferta más ventajosa, estableciendo al respecto el artículo 51 LFCP lo siguiente:

*“1. Los criterios en los que se basará la adjudicación de los contratos serán:*

*a) Exclusivamente el precio ofertado.*

*b) En los restantes casos, para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros.*

*Los criterios se definirán de forma precisa, especificando su importancia relativa, y deberán estar vinculados al objeto del contrato. Como la calidad o sus mecanismos de control, el precio, el valor técnico de la oferta, la posibilidad de repuestos, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o ejecución, u otras semejantes (...)*

*2. Los órganos de contratación utilizarán los criterios más adecuados al interés público al que responde el contrato. Y así: (...)*

*b) De acuerdo con los requerimientos recogidos en el artículo 49, y previa definición en los pliegos de cláusulas administrativas, podrán incorporar criterios referidos a las características sociales de la oferta presentada.*

*c) También previa definición en los pliegos de cláusulas administrativas, y con la finalidad de satisfacer las necesidades de categorías de población especialmente desfavorecida que figuren como usuarias o beneficiarias de las prestaciones a contratar, se incorporarán criterios que respondan a dichas necesidades, tales como los dirigidos a las personas discapacitadas, las desfavorecidas del mercado laboral, las precarizadas laboralmente, las dirigidas a favorecer la igualdad entre mujeres y*

*hombres, al cumplimiento de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo o a garantizar los criterios de accesibilidad y diseño universal para todas las personas.”*

Por su parte, la Directiva 2014/24 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, con efecto directo desde el 18 de abril de 2016, señala en su artículo 67: "Criterios de adjudicación del contrato", que:

*“2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:*

*a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;(…)*

*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”*

Así mismo, en el Considerando 89 de la Directiva establece que *"La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos «oferta económicamente más ventajosa» como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las*

*ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas. Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la «oferta económicamente más ventajosa» en las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad precio.»*

Por su parte, en el Considerando 90 se 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 hade incluir siempre un elemento de precio o coste."*

Por tanto, resulta claro que los criterios de adjudicación, además de ser objetivos en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores, deben además estar vinculados al objeto del contrato, es decir, tener conexión con el mismo por referirse a las características de la prestación contractual y, ser en principio válidos para valorar las ofertas, debiendo entenderse que no están vinculados al objeto del contrato cuando no se refieren a las prestaciones que han de facilitarse por el adjudicatario en virtud del contrato.

SEXTO.- En este sentido, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado esta doctrina (entre otras, sentencia del Tribunal General, Sala Primera, de 16 de septiembre de 2013).

Así, la sentencia de 9 de octubre de 2014 del Tribunal de Justicia (Sala Octava) dispone lo siguiente: *"Sin embargo, si bien es cierto que, en el caso de la oferta más ventajosa económicamente, los criterios que pueden estimar las entidades adjudicadoras no se enumeran de forma limitativa en el artículo 30, apartado 1, de la*



*Directiva 93/37 [...] y que esta norma, por lo tanto, deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación que consideren preferibles, no lo es menos que dicha elección sólo puede referirse a criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente. Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (véase, por analogía, la sentencia [...] Lianakis y otros, C-532/06, [EU:C:2008:40], apartados 29 y 30, y la jurisprudencia citada).”*

Por lo expuesto, los criterios sociales que se incorporen al PCAP a través de los criterios de adjudicación deben estar referidos siempre a las ofertas de los licitadores y deben suponer una mejora en las condiciones de prestación del servicio, garantizando el cumplimiento de los principios que informan la contratación pública.

SÉPTIMO.- En este caso, el criterio de adjudicación impugnado se recoge en el apartado B.1 de la cláusula séptima del PCAP, de la forma siguiente:

*“B) ASPECTOS SOCIALES*

*c.1) IGUALDAD*

*Presencia de mujeres en el equipo técnico que van a desarrollar los trabajos: Deberán presentar una declaración responsable indicando el número de mujeres y hombres que conformarán el equipo técnico que va a desarrollar los trabajos.*

*Se valorará con hasta 10 puntos a la entidad licitadora que contenga un mayor número de mujeres en el equipo técnico presentado para el desarrollo de los trabajos, siempre que la ratio de mujeres sea superior a 0,47 (número de mujeres presentes en el equipo entre el número total de personas presentes en el equipo). Esta ratio se corresponde con el porcentaje medio de mujeres recogido por la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para la rama de actividad “Otras actividades profesionales, científicas y técnicas”, de acuerdo a los resultados de 2015.*

*La empresa que obtenga mayor ratio obtendrá 25 puntos. El resto obtendrán una puntuación decreciente y proporcional, conforme a la siguiente fórmula:  $P=(RM/RMM) X (n^{\circ}$*

*de puntos/NP). Resultado P (Puntuación obtenida por la entidad licitadora)=RM (Ratio de mujeres en la entidad licitadora/RMM (Ratio de mujeres de la mejor oferta de las entidades licitadoras) X nº de puntos/NP (Número de puesto)(...).”*

Del examen del expediente que nos ocupa, se desprende que el objeto del contrato es la asistencia técnica para la gestión de los huertos ecológicos en Sarriguren, tal y como figura en el acuerdo de aprobación del expediente y en el anuncio de licitación, aunque en su reclamación la entidad local alegue que el objeto del contrato es para la gestión de los huertos ecológicos urbanos con criterios sociales y así figure en el título del pliego.

Así mismo, debe señalarse 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.

El hecho de que se alegue que dicho criterio se debe a la infrarrepresentación de mujeres en el sector en el que se encuadra el contrato es de 0,47, no justifica el establecimiento de un criterio de adjudicación que no está relacionado con el objeto del contrato y que no comporta una ventaja, directa o indirecta, en la prestación del servicio.

OCTAVO.- La sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2016 señala que *“los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato y tener como finalidad la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración contratante, sin que quepa incluir criterios de carácter social, como la estabilidad en el empleo, salvo que estos estuvieran efectivamente vinculados al objeto del contrato y supongan una mejor relación entre la calidad y el precio”*.

En el mismo sentido, el Informe 14/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón determina respecto a la inclusión de criterios sociales adjudicación lo siguiente: *“Como ya se ha puesto de manifiesto, es difícil establecer criterios sociales referidos a*

*condiciones de trabajo como criterios de adjudicación, pues se exige una vinculación entre el criterio y la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las propias especificaciones del contrato, propias de las categorías de especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar (artículo 150.2 TRLCSP – art. 51.2.c) LFCP). Situación que se da en pocos supuestos”.*

De acuerdo con todo lo expuesto, se aprecia que el citado criterio de adjudicación es nulo al infringirse la regulación legal, por lo que procede estimar la reclamación por este motivo, con determinación de la imposibilidad de continuar el procedimiento por nulidad de un criterio de adjudicación. No puede atenderse la solicitud de conservación de actos, porque el establecimiento de dicho criterio nulo ha imposibilitado el normal desarrollo del procedimiento de contratación.

Como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003, “*se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.*”

Por ello, la reclamación debe estimarse y anularse el criterio recurrido, lo que conlleva que la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación interpuesta por don L.D.D. frente a los pliegos del contrato de asistencia para la gestión de los huertos ecológicos urbanos de Sarriguren, licitado por el Ayuntamiento del Valle de Egüés, declarando la nulidad del criterio de adjudicación previsto en el apartado B1 de la cláusula 7ª del pliego de condiciones económico-administrativas y la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a don L.D.D. y al Ayuntamiento del Valle de Egués y acordar 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.

En Pamplona, a 8 de agosto de 2016, EL PRESIDENTE, Fermín Casado Leoz.  
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.