



EB 2018/040

Resolución 062/2018, de 10 de mayo de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Iñaki Goicoechea Aramburu contra el anuncio y los pliegos del contrato “Asistencia, asesoría y defensa jurídica para el Departamento de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Astigarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Astigarraga.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de marzo de 2018, D. Iñaki Goicoechea Aramburu interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y los pliegos del contrato “Asistencia, asesoría y defensa jurídica para el Departamento de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Astigarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Astigarraga.

SEGUNDO: El mismo día 26 de marzo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La citada documentación se recibió en el OARC / KEAO el día 4 de abril.





TERCERO: Traslado el recurso a los interesados con fecha 4 de abril, se han recibido, con fecha 11 de abril, las alegaciones de la empresa ARAUDI S.L.P.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 5/2018, de 6 de abril de 2018, la titular del OARC / KEAO acordó la suspensión cautelar de la tramitación del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El recurrente actúa en su propio nombre. En contra de lo alegado por el Ayuntamiento, dada su condición de abogado colegiado con despacho profesional (condición que consta en el escrito de interposición y que el Ayuntamiento no niega) está legitimado para interponer el recurso, por tener un potencial interés en obtener el contrato, cuyo objeto es la prestación de servicios jurídicos. Debe tenerse en cuenta que el artículo 48 de la LCSP establece que podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Asimismo, el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, que regula los recursos en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos establece que dichos recursos deberán ser 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. Ninguno de los dos preceptos exige, como requisito de legitimación, que el recurrente haya presentado una oferta a la licitación, como pretende el poder adjudicador. Por el contrario, del último párrafo del artículo 50.1 b) de la LCSP se deduce que la inadmisión del recurso podría darse si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado proposición en la licitación correspondiente.



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

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

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

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

SEXTO: El recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) El contrato se somete expresamente al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), cuando la norma aplicable es la LCSP, según el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP y a la vista de que el expediente está ya iniciado a la entrada en vigor de esta Ley por haberse publicado la convocatoria el día 9 de marzo de 2018 (día de entrada en vigor de dicha norma); la aplicación de la LCSP es relevante en aspectos esenciales, pues su contenido difiere del TRLCSP en aspectos como la duración máxima del contrato y los medios para la acreditación de la solvencia técnica y profesional, lo que debe concretarse en los pliegos.

b) El criterio de adjudicación que premia la experiencia en trabajos similares de asesoría específica de urbanismo y medio ambiente en Administraciones Públicas infringe el artículo 40 b) de la LCSP; además, no se exige que la prestación de servicios valorada tenga el soporte de un contrato válidamente celebrado, respetuoso con los principios de igualdad, mérito y libre concurrencia.



c) Finalmente, se solicita que:

- se anule y deje sin efecto la convocatoria y los pliegos que rigen el contrato y se ordene al Ayuntamiento a que adapte el expediente de contratación a las exigencias de la LCSP y realice una nueva convocatoria pública para la adjudicación del contrato.
- subsidiariamente, que se anule el criterio de valoración relativo a la experiencia en trabajos similares de asesoría específica de urbanismo y medio ambiente en Administraciones Públicas o se condicione éste a la acreditación de la prestación de los mismos después de haber superado la correspondiente convocatoria pública para la contratación de los servicios o un procedimiento en el que se hayan respetado los principios de igualdad, mérito y libre concurrencia.

SÉPTIMO: Por su parte, ARAUDI alega lo siguiente:

a) La Disposición Transitoria Primera de la LCSP no señala expresamente que la publicación de la convocatoria que determina la aplicación de dicha Ley o del TRLCSP sea precisamente la del Boletín Oficial de la provincia; el artículo 135 de la LCSP establece como único medio preceptivo de publicidad el perfil del contratante, siendo potestativos otros medios de publicidad (en el mismo sentido, se alega también el artículo 63.1 de la LCSP). En el caso analizado, los pliegos ya estaban publicados en el perfil del contratante el día 2 de marzo. Por otro lado, el Boletín Oficial de Gipuzkoa (BOG) carece de una norma legal que le obligue a publicar los acuerdos en un cierto plazo, y no puede prevalecer la oportunidad para realizar la publicación frente a un acuerdo municipal plenamente legal. Por todo ello, la norma aplicable es el TRLCSP.

b) En consecuencia con el apartado a) anterior, no es aplicable el artículo 40 de la LCSP, sino el artículo 33 del TRLCSP, por lo que la cláusula impugnada es ajustada a Derecho. Además, ARAUDI señala una clara contradicción en



considerar anulable la cláusula y al mismo tiempo considerar que la experiencia se puede acreditar "a posteriori", ya que se perjudicaría a los licitadores que ya han presentado oferta y se otorgaría un plazo excepcional sin justificación alguna.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El expediente se inició antes de la entrada en vigor de la LCSP (el día 9 de marzo); así, los pliegos y el informe jurídico datan del 13 de febrero, y se aprobaron el día 28 de febrero, como reconoce el propio recurrente; además, el Ayuntamiento solicitó la publicación del anuncio de licitación en el BOG el día 2 de marzo, no pudiendo achacársele que se tardara una semana en dicha publicación. Por otro lado, según el artículo 142 del TRLCSP, los anuncios de licitación deben publicarse también en el perfil del contratante, y en el anuncio de licitación ya se indicaba que los pliegos figuraban en la página web del Ayuntamiento, es decir, en el perfil del contratante. En consecuencia, si bien la publicación en el BOG se produjo el 9 de marzo por causas ajenas a la voluntad del poder adjudicador, se alega que se cumplen las premisas legales para que la norma aplicable sea el TRLCSP.

b) A la vista de lo anterior, no puede decirse que los pliegos infrinjan el artículo 40 de la LCSP, que no es aplicable. El TRLCSP, que sí es aplicable, no considera anulables las cláusulas que otorguen ventajas a las empresas que previamente hayan contratado con cualquier administración; asimismo, el recurso es incongruente por confundir la "anulabilidad" y la "nulidad" sin ninguna justificación jurídica, y se solicita subsidiariamente que se acredite "a posteriori" la cláusula que estima anulable, por lo que el recurrente va contra sus propios actos.

NOVENO: La primera cuestión planteada por el recurso es cuál es la normativa a la que debe sujetarse el contrato. Mientras el recurrente entiende que debe



aplicarse la LCSP, el poder adjudicador y el alegante estiman que el contrato se rige por el TRLCSP, como se establece en los pliegos. La apreciación de este OARC / KEAO debe partir de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP (titulada "Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley"), cuya literalidad es la siguiente:


Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

A la vista de esta redacción, es claro que el punto crítico del procedimiento de adjudicación que dirime si un concreto expediente debe regirse por una u otra normativa es la publicación de la "correspondiente convocatoria", de modo que la publicación hasta el 8 de marzo determina la inclusión en el ámbito objetivo del TRLCSP y la publicación el día 9 de marzo¹ o fecha posterior implica la sujeción a la LCSP. En el expediente consta que la publicación en el BOG se produjo el día 9 de marzo. Por lo que se refiere a la publicación en el perfil del contratante, el poder adjudicador afirma que en el punto 9 del anuncio ("Otras informaciones"), suscrito por la alcaldesa con fecha 2 de marzo, ya se señala que los pliegos de la licitación están disponibles en la página web del Ayuntamiento, lo que supondría una publicación anterior al 9 de marzo y, consecuentemente, la aplicación del TRLCSP. Este OARC / KEAO no comparte esta alegación; en primer lugar, la publicación de los pliegos no es ni puede identificarse en forma, contenido o finalidad con la publicación del anuncio de licitación, y en segundo lugar, no consta que la página web municipal señalada (www.astigarraga.eus) cumpla los requisitos técnicos legalmente exigidos al perfil del contratante, como contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión

¹ Fecha de inicio de entrada en vigor de la LCSP (que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 272 del día 9 de noviembre de 2017), según su Disposición Final Decimosexta.



pública de la información que se incluya en el mismo; tampoco consta la inserción del anuncio en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi o en la del estado (ver, por ejemplo, los artículos 53 y 334.5 del TRLCSP). Consecuentemente, el único anuncio de licitación de cuya fecha consta certeza es el publicado en el BOG de 9 de marzo, lo que supone que el régimen jurídico aplicable es el de la LCSP. Dado que la fecha de publicación del anuncio está señalada en la Disposición Transitoria Primera como un hecho objetivo, es irrelevante que tal fecha se haya podido retrasar por causas no imputables al Ayuntamiento. No obstante, no puede dejar de mencionarse que el envío del anuncio al BOG se produjo el 2 de marzo y que el artículo 12 de la Norma Foral 5/2007, de 27 de marzo, reguladora del BOG, modificada por la Norma Foral 1/2015, establece, para la publicación de la documentación remitida, un plazo general máximo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su entrada en el registro y un plazo excepcional de tres días hábiles si el órgano remitente lo solicita como urgente (en este caso, consta que expresamente se calificó como "no urgente"), contados a partir del día hábil siguiente al registro o a la justificación del pago; por lo tanto, no puede decirse que haya habido retraso por parte del BOG.



La aplicación de la LCSP supone que debe anularse la cláusula 21 (por error, el recurso habla de la cláusula 31, que no existe), que en su apartado 1 establece que, para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá por el TRLCSP. Aunque el recurso indica que la diferencia entre ambas normas es fundamental en materias esenciales, lo cierto es que, además de una referencia genérica a la solvencia, solo se menciona expresamente la diferente regulación del plazo máximo de los contratos de servicios de tracto sucesivo, que es de cinco años en el artículo 29.4 de la LCSP, lo que contradice la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece un plazo máximo de 6 años. A partir de ahí, no es compatible con el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) ni con la propia naturaleza del recurso, que un procedimiento impugnatorio se convierta en una denuncia o solicitud de que este OARC / KEAO haga una revisión general del expediente a



la búsqueda de infracciones de la LCSP que el recurrente no ha sido capaz de concretar (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).

DÉCIMO: El recurrente considera que el siguiente criterio de adjudicación (cláusula 11) se opone al artículo 40 b) LCSP, que considera anulables las disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración:

1. Experiencia profesional de la persona adscrita al servicio: 85 puntos que se dividirán de la siguiente forma:

a.- A la experiencia en trabajos similares de asesoría específica de urbanismo y medio ambiente en Administraciones Públicas se le asignan 30 puntos, que se calculará de la siguiente manera: a la persona que acredite mayor experiencia se le atribuirán los 30 puntos, la puntuación del resto de aspirantes se repartirá por medio de una regla de tres. Para ello previamente se asignará un punto por cada mes de experiencia a todos los licitadores.

A juicio de este OARC / KEAO, el motivo de impugnación debe ser aceptado y la cláusula anulada. No cabe que la experiencia valorada sea exclusivamente la adquirida en Administraciones Públicas, cuando la influencia en la calidad de la prestación que implica que el personal que la ejecute haya realizado anteriormente tareas similares (artículo 145.2.2º de la LCSP) puede acreditarse también mediante servicios prestados al sector privado, igualmente afectado por la normativa urbanística o medioambiental objeto del contrato (por ejemplo, promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las competencias administrativas sobre la materia y que pueden requerir también ayuda profesional), tal y como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 133/2015. Debe añadirse que, incluso en el caso de que el régimen jurídico aplicable no fuera el previsto en la LCSP, la cláusula sería igualmente contraria a Derecho en virtud del artículo 32 d) del TRLCSP, si bien con sanción de nulidad de pleno derecho. En cualquier caso, ambas normas no son sino una especificación del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que un



criterio de adjudicación otorgue ventajas injustificadas a ofertas que aportan ventajas sustancialmente iguales.

UNDÉCIMO: Dado que, entre las cláusulas declaradas ilegales figura un criterio de adjudicación, su anulación implica la de todo el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Iñaki Goicoechea Aramburu contra el anuncio y los pliegos del contrato "Asistencia, asesoría y defensa jurídica para el Departamento de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Astigarraga", tramitado por el Ayuntamiento de Astigarraga, cancelando el procedimiento de adjudicación y anulando las siguientes cláusulas:

- el apartado 1 de la cláusula 21 del PCAP.
- el criterio de adjudicación señalado en la cláusula 11 del PCAP y mencionado en el fundamento jurídico décimo de esta Resolución.



SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: Requerir al órgano de contratación que, de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP, de conocimiento a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko maiatzaren10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de mayo de 2018

Maria Begoña Arroitauregui Jayo

Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales