

Nº REGISTRO ERREGISTRO ZKIA	SALIDA IRTEERA
000692	03/12/2020
EUSKAL HERRIKO ARKITEKTOEN ELKARGO OFIZIALA COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO	

INFORME QUE EMITE LA OFICINA DE CONCURSOS DEL COAVN EN RELACIÓN A LA CONVOCATORIA DEL AYUNTAMIENTO DE AZPEITIA PARA CONTRATAR LA ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REDACCIÓN DEL PLAN DE MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE (20200202G)

A continuación, se desarrolla los aspectos controvertidos de la presente convocatoria relacionados con los criterios de adjudicación.

- Sobre los requisitos de solvencia económica y técnica o profesional.

La **Cláusula 15** relativa a las Autorizaciones/Habilitaciones empresariales o profesionales, solvencia económica y financiera, y técnica o profesional del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, dice:

“2) SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

- a) Criterio: volumen anual de negocios referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos años concluidos.*
- b) Requisito mínimo el importe del volumen anual de negocios del año de mayor volumen será igual o superior a: TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (36.5000, 00€).*
- c) Documentación a aportar por la licitadora que haya presentado la mejor oferta: declaración responsable conforme al modelo que figura como anexo en correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.
.../...”*

A este respecto, el **Artículo 87 de la LCSP** relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera, regula, entre otros, como medios para su acreditación:

“1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

- a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de*

presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336.

.../...

*b) En los casos en que resulte apropiado, **justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales** por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente."*

Del artículo señalado, se desprende como medio para acreditar la solvencia económica y financiera, el justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales extremo que el Ayuntamiento de Azpeitia no ha incluido como medio válido acreditable de la referida solvencia económica. Es práctica habitual para este tipo de servicios que el modo de acreditación de la solvencia económica se solicite mediante la presentación del correspondiente seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños que pudieran producirse en el ejercicio de las funciones del técnico adjudicatario de la contratación.

A este respecto, insertamos un artículo redactado por Dña. María Asunción Sanmartín Mora, Jefa de Servicio de Gestión Económica y Contratación del Gobierno de Aragón, publicado en el Observatorio de Contratación Pública en fecha 2 de abril de 2018, como vía aclaratoria de la pretensión arriba perseguida, en el que, entre otros aspectos, señala: "*Por ello, y desde un punto de vista práctico, en los contratos de servicios que tengan por objeto servicios profesionales, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares deben permitir a los licitadores, bien sean persona física o sociedades profesionales, (...)*"

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.329/relcategoria.208/reImenu.3/chk.556536567cf01ab379ecb99f7d4ed12b>

"3) SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL.

Se verificará como se indica a continuación:

La empresa deberá acreditar experiencia en la elaboración de Planes de Movilidad Urbana Sostenible. Para ello, deberá acreditar que en los últimos tres años ha redactado Planes de

Movilidad de tres localidades de entre 10.000 y 50.000 habitantes, así como la experiencia laboral que de los miembros del equipo de trabajo adscrito a los trabajos que se acrediten.

.../...”

Así, para la redacción del Plan de Movilidad Urbana Sostenible objeto licitado en la presente convocatoria, el convocante requiere una solvencia técnica en los últimos tres años haya redactado Planes de Movilidad de tres localidades de entre 10.000 y 50.000 habitantes.

No es nueva la problemática que genera la exigencia de tales solvencias, el cual es un aspecto fundamental en la contratación, para que el procedimiento abarque la mayor amplitud en cuanto a la participación se refiere. Y esta amplitud referida a la concurrencia de profesionales en la licitación, en ningún modo está reñida con el equipo solvente que demanda la administración, sino todo lo contrario, de este modo y a través de una mayor competencia se logra una mayor calidad en el resultado, beneficiando al interés público.

Por ello, y conoedores de la discrecionalidad que asiste al convocante a la hora de marcar los criterios de solvencia a exigir en sus convocatorias, no es menos cierto que los mismos deberán de estar en sintonía con los principios regulados en el artículo primero, párrafo primero de la LCSP, como *son los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores*; así mismo el artículo 74, párrafo segundo, de la LCSP relativo a la exigencia de solvencia regula como los requisitos para acreditar los mismos deberán *estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo*. En el mismo sentido el artículo 132, párrafo segundo, sobre los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, señala que *la contratación no será concebida con la intención de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios*.

Por lo tanto, consideramos que la exigencia de tales requisitos tiene un efecto perverso en la contratación restringiendo artificialmente la competencia y limitando la concurrencia a un reducido número de profesionales, tanto por el número de trabajos exigidos (tres en los últimos tres años) como por lo específico de los mismos (de tres localidades de entre 10.000 y 50.000 habitantes), todo ello en los último tres años.

En la conocida **Sentencia nº 157/2014 del Tribunal de Justicia de Islas Canarias**, se pronuncia sobre la desproporción de los criterios de solvencia, determinando como los Tribunales de Justicia han venido sosteniendo que *es claramente excesivo (tal criterio) en cuanto que limita desproporcionadamente la concurrencia en abierta contradicción con el espíritu mismo de la LCSP, ya que conduce de suyo a que los únicos que podrían optar al desarrollo del trabajo sería solo aquel reducidísimo número de profesionales que han*

desarrollado en los últimos cinco años un trabajo de exactamente las mismas características, cercenando indebidamente de este modo las legítimas oportunidades de aquellos otros que, sin embargo, en su trayectoria profesional han adquirido ya suficiente experiencia como para poder afrontar de manera suficientemente satisfactoria un trabajo como el que nos ocupa..... En definitiva, es lo cierto que la utilización de un requisito de acreditación de la solvencia técnica tan absolutamente limitador como el que nos ocupa produce un efecto manifiestamente perverso y que no puede ser más contrario a los principios esenciales que informan todo el sistema legal de contratación pública, la instauración de una suerte de proceso de retroalimentación o círculo vicioso en cuanto a las adjudicaciones, que opera en la práctica como infranqueable barrera a la posible entrada de nuevos licitadores en el correspondiente segmento de la contratación pública.”

Así pues, desde el COAVN entendemos que los requisitos exigidos en el caso que no ocupa son excesivos, desproporcionales y absolutamente restrictivos, generando un efecto de embudo en la contratación pública.

- Sobre los Criterios de adjudicación.

La **Cláusula 19** relativa a los criterios de adjudicación del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, dice:

“2) Criterios a valorar mediante la aplicación de fórmulas (Archivo nº 3)

Puntuación máxima: 55 puntos.

2.1 Oferta económica: mejor precio (50 puntos).”

En consecuencia, el valor asignado al criterio de adjudicación relativo al precio alcanza los 50 puntos.

Para analizar la adecuación, o no, del criterio de adjudicación a la oferta económica, hemos de atender al objeto de contratación, el mismo y atendiendo a la Cláusula 3 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, consiste en:

“El objeto del presente contrato consiste en la elaboración del Plan Municipal de Movilidad Urbana Sostenible, entendida como aquella forma global de desplazamiento en el municipio más beneficiosa tanto desde el punto de vista social, y económico, como del ambiental, entendiendo como más beneficiosa aquella que priorice las personas y la calidad de vida de todos y todas las vecinas de Azpeitia.

Código(s): CPV 71356200-0: *Servicios de Asistencia Técnica*
71400000-2: *Servicios de planificación urbana y de arquitectura paisajística*”

Por lo tanto, estamos ante un contrato de servicios de arquitectura para los cuales la Ley de Contratos del Sector Público dispone en su **Disposición adicional cuadragésima primera** unas normas específicas de contratación, dice así:

“Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley.”

Este reconocimiento a los servicios, entre otros, de arquitectura y urbanismo, les confiere, a priori, unas normas específicas de contratación. Normas que establecerán una serie de singularidades y particularidades, especialmente en los procedimientos aplicables y en cuanto a los criterios de adjudicación, entre los que se encuentran:

- **Artículo 143.2** de la LCSP, que establece que no cabe la subasta electrónica cuando la licitación se refiera a prestaciones que tengan por objeto carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura.
- **Artículo 145.3.g)** de la LCSP, que dispone que en la aplicación de más de un criterio de adjudicación, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación, en los contratos que tengan por objeto dichas prestaciones de carácter intelectual.
- **Artículo 145.4** de la LCSP, párrafo primero, que prescribe que los órganos de contratación habrán de velar por establecer criterios de adjudicación *“que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, que respondan lo mejor posible a sus necesidades, y en especial en los procedimientos de contrato de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de Ingeniería y Arquitectura”*.
- **Artículo 145.4** de la LCSP, párrafo segundo, en cuanto a los criterios de adjudicación para establecer que en este tipo de contratos los criterios relacionados con la calidad deberán representar ***“al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas”***.

Así pues, el objeto del contrato licitado consiste en la contratación de servicios de arquitectura en materia de redacción de planes de movilidad urbana sostenible municipal dentro del ámbito de la arquitectura, objeto basado en un trabajo de carácter intelectual, así recogido, en la Disposición Adicional cuadragésimo primera de la LCSP; y que como consecuencia tendrá un régimen de contratación particular donde los criterios

relacionados con la calidad deberán presentar “al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas” (artículo 145.4 párrafo segundo de la LCSP).

Esta naturaleza intelectual de los contratos ha sido resuelta, entre otras, por el reciente **Acuerdo del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Bizkaia de fecha 9 de septiembre de 2020**, donde estima recurso especial interpuesto por el COAVN contra los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas de la licitación convocada por Azpiegiturak S.A.M.P para contratar el “Proyecto de Ejecución de la Urbanización del área Tartanga-Polideportivo del municipio de Erandio”, por valorar con 65 puntos la oferta económica, a este respecto el resuelve:

“.../...

En este caso siendo el contrato objeto de recurso un contrato de servicios de arquitectura, ingeniería y planificación conforme se señala en la cláusula A1 del PCAP, que indica el número de referencia de la CPV (Reglamento CE nº. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007):

71240000-2 Servicios de arquitectura, ingeniería y planificación, resulta indiscutible que, a priori, el contrato tiene pleno encaje en la Disposición adicional cuadragésima conforme a su tenor literal.

Cuestión distinta es el alcance y efectos que ese precepto pueda tener según se considere haya de ser interpretado conforme a su tenor literal y finalidad perseguida por el legislador, conforme defiende el COAVN o haya de serlo en el sentido propugnado por el Órgano de contratación, en base a considerar el concepto de servicio de prestación de carácter intelectual como un concepto jurídico indeterminado que conforme tiene declarado la Sala 1ª del Tribunal Supremo se asimila o relaciona con servicios donde es la creatividad el elemento definidor relacionándolo con la Ley de Propiedad Intelectual, citándose sentencias y resoluciones de órganos contractuales en ambos sentidos.

*Sobre este particular el parecer de este Tribunal se inclina a respaldar la tesis propugnada por el COAVN en la medida en que el reconocimiento expreso de este tipo de contratos como prestaciones de carácter intelectual fue introducido en la LCSP a resultados de debate parlamentario del Proyecto en el Congreso de los Diputados, a instancia de colegios, asociaciones y foros profesionales, con la finalidad de conseguir una mejor relación calidad-precio, según se indica en la Exposición de Motivos de la LCSP, estableciéndose la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y **servicios de gran calidad**, lo que revela la intención del legislador de primar la calidad en la prestación de aquellos servicios a los que la LCSP considera expresamente de carácter intelectual como la arquitectura o la ingeniería.*

Cierto es que existen diversas resoluciones de órganos y tribunales de recursos contractuales, como las citadas por AZPIEGITURAK que haciéndose eco de lo declarado por el Tribunal Supremo en su la sentencia núm. 253/2017, de 26 de abril, a la que a su vez se

refiere la Audiencia Nacional en la 25 de junio de 2019, concluyen que el concepto de prestación de carácter intelectual ha de interpretarse en el sentido de que se basa en un concepto de originalidad objetiva, que exige una actividad creativa que dé al producto un carácter novedoso y que permita diferenciarlo de otros preexistentes, de forma que, si bien es innegable que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, no se puede concluir que los trabajos de ingeniería, arquitectura y consultoría sean siempre prestaciones de carácter intelectual, sino que para ello, deben concurrir elementos de innovación y de creatividad susceptibles de ser amparados por la ley de propiedad intelectual.

*Ahora bien, la mayoría de esas resoluciones y la propia sentencia del Tribunal Supremo dictada en el año 2017 no se han dictado al amparo o en interpretación de lo dispuesto en la Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP, ya sea por no ser aplicable *ratione temporis* al supuesto enjuiciado, o ser aplicable legislación especial específica, o por abordar la cuestión desde la perspectiva de la protección del derecho a la propiedad intelectual, y las respuestas ofrecidas, a su vez, han venido condicionadas de forma determinante por el objeto concreto del contrato que se examinaba, refiriéndose a contratos de dirección o asistencia técnica y no para la redacción de un proyecto de urbanización.*

Es por ello que considera este Tribunal que la nueva regulación contenida en la LCSP precisamente lo que permite es superar el debate interpretativo del concepto de prestación de carácter intelectual a los efectos contemplados en la propia LCSP cuando se trata de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, evitando así la necesidad de entrar a examinar de forma casuística si se dan o no en ese tipo de contratos las notas de creatividad, innovación y originalidad, que si se requieren a los efectos de la protección del derecho a la propiedad intelectual.

*Si el poder legislativo no ha establecido ninguna limitación ni requisito y el tenor literal del precepto es claro y no ofrece oscuridad ni existe laguna alguna, entiende este Tribunal que no puede establecerse en los pliegos que ha de regir el contrato condicionantes o limitaciones añadidas que no tienen amparo legal, siendo la LCSP, la *lex specialis* a estos concretos efectos.*

*Y si bien el principio de no distinguir donde lo ley no distingue, debe modularse con lo previsto en el artículo 3 del Código Civil, según el cual, las normas deben interpretarse de acuerdo con el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que tienen que ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente, a su espíritu y finalidad, es precisamente la **finalidad perseguida por el legislador, premiar la calidad sobre el precio, la que conduce a este Tribunal a la conclusión alcanzada y sostener que en este tipo de contratos los criterios relacionados con la calidad deberán representar al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, de conformidad al artículo 145.4 LCSP.***

.../...”

Por lo tanto la doctrina es tajante en cuanto a la asignación de los criterios de adjudicación se refiere. Debiendo ponderar con un 51% los criterios relacionados con la calidad del servicio cuando atendemos a labores del ámbito competencial de los profesionales de la arquitectura.

En definitiva, este parte interesa la modificación del criterio de adjudicación relativo al precio, rebajándolo hasta los límites regulados en la LCSP.

En definitiva, se solicita al Ayuntamiento de Azpeitia modifique los criterios de solvencia, permitiendo la acreditación de la solvencia económica mediante la presentación del seguro de responsabilidad civil profesional, rebaje los criterios de solvencia técnica restrictivos y adecue a normativa el término del criterio de adjudicación relativo a la oferta económica.

En Bilbao para Azpeitia, a 03 de diciembre de 2020.