



EB 2019/054

Resolución 090/2019, de 9 de mayo, 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 la empresa PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L. contra los pliegos que rigen el contrato de “Diseño, instalación y mantenimiento del mobiliario urbano de nuevo suministro y la reparación y mantenimiento del existente, a cambio de la explotación publicitaria de la superficie externa”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de marzo de 2019, la empresa PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L.U. (en adelante, PROMEDIOS) interpuso un recurso especial en materia de contratación en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) contra los pliegos que rigen el contrato de “Diseño, instalación y mantenimiento del mobiliario urbano de nuevo suministro y la reparación y mantenimiento del existente, a cambio de la explotación publicitaria de la superficie externa”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El mismo día 26 de marzo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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 transponen 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). Dicha documentación se recibió el día 1 de abril.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1KVV-T65Q bilagailua erabiltuta, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1KVV-T65Q en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 11/2019, de 2 de abril, este OARC/KEAO decidió adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente otros interesados al margen del poder adjudicador y la recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.C.S.T, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El contrato está incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18.2 b) y 44.1 a) de la LCSP.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) Los criterios de valoración establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) vulneran el principio de igualdad de trato de los licitadores y el principio de concurrencia en las licitaciones públicas. En concreto, la fijación de un criterio de adjudicación que valora la similitud del diseño de la marquesina con las actualmente instaladas, ponderado con 15 puntos sobre el total de 40 atribuidos a los criterios sujetos a juicio de valor, debiéndose obtener un mínimo de 20 puntos para seguir en la licitación, sitúa al licitador que ostenta la propiedad industrial sobre tal producto en una posición de ventaja frente al resto de licitadores.
- b) La fijación de un umbral mínimo en los criterios sujetos a juicio de valor que pueda suponer la exclusión de un licitador significa que en esta primera fase de valoración los criterios subjetivos gozan de una ponderación del 100%, por lo que es preceptiva la constitución de un comité de expertos.
- c) Finalmente, solicita la anulación de los pliegos por el criterio de adjudicación reseñado en la letra a) y por la falta de creación del comité de expertos.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:



- a) La intención ha sido salvaguardar el derecho a la máxima concurrencia posible y en condiciones de igualdad y, por ello, se ha incluido en el criterio de valoración la terminología similitud con la marquesina actual (...). Debe tenerse en cuenta que el diseño urbano y la homogeneización de los elementos que lo componen contribuyen a la coherencia territorial, por lo que lo ideal hubiera sido que las nuevas marquesinas (20 unidades) fueran idénticas a las actuales (222 unidades); sin embargo, esto hubiera supuesto una restricción de la concurrencia, dado que únicamente podrían ser licitadoras las que contasen con el acceso a la propiedad industrial del diseño de aquéllas.
- b) No resulta legalmente exigible la intervención del comité de expertos por cuanto que la puntuación atribuida a los criterios objeto de valoración automática, sujeto a fórmulas, es superior a los criterios sometidos a juicio de valor, y ello, independientemente de que se establezca un umbral de suficiencia técnica amparado por el artículo 146.3 de la LCSP.
- c) Finalmente, solicita la desestimación íntegra del recurso.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la impugnación se funda, por un lado, en que el criterio de adjudicación relativo al diseño de la nueva marquesina vulnera el principio de igualdad de trato de los licitadores y el principio de concurrencia en las licitaciones públicas y, por otro, en la ausencia del comité de expertos u organismo técnico especializado a los que se refiere el artículo 146.2 a) de la LCSP. Las apreciaciones del OARC / KEAO deben partir del siguiente contenido de los pliegos:

- 1) Apartado 4 del punto 4 de la carátula del PCAP:

**CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DEL
AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS
MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO O RESTRINGIDO**



CARÁTULA PUNTO 4º

SOBRE 2. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR: HASTA 40 PUNTOS

(...)

4. Con respecto al Diseño de nueva marquesina, hasta 15 puntos:

Se valorará el diseño de la nueva marquesina, su similitud con la marquesina actual y la integración de la pantalla digital y el monitor TFT con arreglo a lo indicado en el artículo 15 del PPT.

(...)

Umbral mínimo de puntuación necesaria para continuar en el proceso selectivo 20 PUNTOS:

2) Artículo 10 del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT)

Artículo 15. Nuevas necesidades

(...)

1. Suministro, instalación y puesta en servicio de 20 marquesinas nuevas de 3 ó 4 pies, en función del espacio disponible. Estas marquesinas deberán tener un diseño estético y de composición de materiales similar a las actuales marquesinas modelo Patxi Mangado a fin de lograr una homogenización y coherencia territorial de las mismas (...)

Las apreciaciones del OARC/KEAO sobre las citadas cláusulas a la vista de los motivos de impugnación alegados son los siguientes:

a) Sobre la validez del criterio de adjudicación

El recurrente considera que el criterio de adjudicación referido al diseño de las nuevas marquesinas es ilegal por ser contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia, incumpléndose, por tanto, la letra b) del apartado 5 del artículo 145 de la LCSP, que dispone que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Considera que resulta evidente que existirá un licitador (el instalador de la marquesina actual) que va a tener la máxima puntuación pues sólo él puede presentar una marquesina con el mismo diseño que la actual.



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 manifiesta que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación (apartado 49) y que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea deben reunir cuatro requisitos (apartado 25): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado se observa que este es, en principio, no discriminatorio, ya que se exige en términos abstractos, iguales para todos los licitadores y sin diferenciar en razón de sus circunstancias personales (domicilio social, nacionalidad, etc.) o del origen o procedencia geográfica de los bienes. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es el de que la similitud de las nuevas marquesinas con las anteriores contribuya a asegurar la coherencia territorial y el urbanismo igualitario, evitándose así desigualdades por razones diversas (económicas, históricas u otras). Asimismo, parece adecuado exigir un diseño estético de las marquesinas similar al actual, dado que los elementos que constituyen el mobiliario urbano en el espacio público son fundamentales para la definición de la ciudad. Debe tenerse en cuenta que actualmente existen ya 222 marquesinas iguales y ahora se requiere de la instalación de 20 nuevas similares a aquellas. Además, son elementos de un servicio público (transporte) que como tales deben ser perfecta y fácilmente identificables. De la misma forma, el requisito parece adecuado y proporcionado a su finalidad, sin que vaya más allá de lo necesario para satisfacerla, pues se configura como criterio de adjudicación y no como criterio de admisión (por lo que no impide a ningún operador la presentación de una oferta) y se exige semejanza y no identidad total. Finalmente, la ponderación de hasta 15 puntos (sobre 40 para los criterios subjetivos y sobre 140 para el total de los criterios) no se puede considerar desproporcionada a la importancia



del criterio, permitiendo además, en principio, a cualquier licitador la obtención de algún punto, salvo grosera falta de similitud; tampoco se estima desmedido el límite eliminatorio de 20 sobre 40 puntos en los criterios subjetivos, pues de dicho límite forman parte otros criterios y, además, como ya se ha expresado, nada impide a cualquier proposición que incluya un producto similar a la marquesina original obtener alguna puntuación. Por todo ello, este Órgano considera que no puede aceptarse el motivo impugnatorio.

b) Sobre el umbral de suficiencia técnica y el comité de expertos

Alega la recurrente que al configurar los pliegos una fase eliminatoria en el procedimiento de tal forma que se hace necesario obtener como mínimo 20 puntos en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor para no ser excluido del procedimiento de adjudicación, de facto, los criterios subjetivos suponen en esa primera fase el 100% de la ponderación, por lo que se requiere la constitución de un comité de expertos cuya omisión en los pliegos implica la nulidad de pleno derecho de los mismos por obviarse un trámite esencial del procedimiento administrativo.

Esta alegación no puede aceptarse. La obligada constitución del comité de expertos procede cuando la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor tiene atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática (artículo 146.2 a) de la LCSP), y ello, independientemente de que existan fases eliminatorias. En este sentido, la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos. En el presente supuesto, los criterios subjetivos alcanzan una ponderación del 28,57 % del total (40 puntos sobre 140), lo que excluye *per se* la exigencia de que la valoración de las ofertas mediante la aplicación de los criterios dependientes de un juicio de valor deba realizarse por el citado comité,



puesto que la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos.

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L.U. . contra los pliegos que han de regir el contrato de “Diseño, instalación y mantenimiento del mobiliario urbano de nuevo suministro y la reparación y mantenimiento del existente, a cambio de la explotación publicitaria de la superficie externa”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, 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: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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, 2019ko maiatzaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de mayo de 2019