



Expediente: 12/2021

ACUERDO 28/2021, de 16 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por RED 2 RED CONSULTORES, S.L. frente al pliego regulador del contrato “*Elaboración de los Programas Operativos del FEDER y del FSE de Navarra para el período de programación 2021-2027*”, licitado por el Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de febrero de 2021 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Elaboración de los Programas Operativos del FEDER y del FSE de Navarra para el período de programación 2021-2027*”, tramitado por el Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial del Gobierno de Navarra.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de febrero de 2021, RED 2 RED CONSULTORES, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al pliego de dicho contrato, y, concretamente, contra el criterio de adjudicación de carácter social previsto en su cláusula 17.2.b), que establece lo siguiente:

“b) Condición de microempresa: 10 puntos.

Se valorará con 10 puntos la condición de microempresa, que se define como aquella que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los dos millones de euros, según la Recomendación de la Comisión del 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.”

Formula las siguientes alegaciones:

1ª. La condición de microempresa no constituye un criterio social admitido en el artículo 145.1 de la LCSP ni en el artículo 64.4 de la LFCP, y en modo alguno está racionalmente vinculada con el objeto del contrato, ni se hace en el mismo consideración o motivación alguna sobre esa vinculación legalmente necesaria, de conformidad con lo exigido imperativamente en el artículo 145.g de la LCSP.

2ª. Ha de tomarse en consideración la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de establecer directrices generales por parte de los órganos forales sobre determinadas cuestiones relativas a las cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos públicos.

Alude, a este respecto, a la STS de 23 de mayo de 2016, en la que el Tribunal Supremo negó la competencia foral en materia de autoorganización y el efecto interno de la norma aprobada. Señala que la normativa foral contravenía, a juicio del tribunal, el artículo 118 del Real Decreto Legislativo 3/2011, según el cual, la competencia para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas particulares sólo le corresponde al órgano de contratación, del mismo modo que las condiciones especiales de ejecución del contrato. Afirma que, al regularse cuestiones vinculadas a la legislación laboral, los entes forales carecen de competencia para ello y tan sólo deben aplicarse las fuentes propias de la materia laboral. Señala que, conforme a dicha sentencia, los pliegos de cláusulas generales no son normas jurídicas, sino actos administrativos, que exigen dictamen preceptivo previo del órgano consultivo de la comunidad autónoma en materia de contratación, estando la norma foral, en cambio, exenta de este trámite. Así, el Tribunal Supremo permite la aprobación de los pliegos por el órgano foral, pero rechaza la posibilidad de que se impongan mediante una norma de carácter general, pues ello restringe la libertad de impugnación de los licitadores.

3ª. La imposición de cláusulas sociales no puede ignorar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia, especialmente porque puede suponer una barrera de entrada al mercado o, simplemente, desde la Administración pueden establecerse condiciones discriminatorias injustificadas que alteren las condiciones de libre competencia.

Señala que *“El Tribunal Administrativo Central de Recursos en materia de contratación ha exigido que se evalúen los costes que deben asumir las empresas para satisfacer las exigencias del convenio colectivo en vigor, lo que significa que la oferta económica propuesta debe ajustarse a las cargas salariales que conlleva la prestación del contrato, lo que comporta la aplicación estricta de la legislación laboral (RTRC 569/2019, 23 de mayo de 2019, FD 8º).”*

Manifiesta que, según el Informe sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público elaborado por la CNMC, las cláusulas sociales incluidas en los contratos, como las dirigidas a evitar desigualdades de género, son susceptibles de afectar a la competencia por constituir una barrera de entrada, de modo que deben vincularse las condiciones de ejecución al objeto del contrato y no conllevar un trato discriminatorio.

Alega que las cláusulas sociales deben ser las estrictamente necesarias para alcanzar aquellos fines de protección de los colectivos más vulnerables, lo que comporta excluir cláusulas o condiciones cuya justificación no resulte suficiente para alcanzar aquellos fines de protección. Señala que la necesidad de la cláusula debe demostrarse caso por caso, bien por el sector económico en el que operan las empresas, bien por la situación y coyuntura económica o por las características del mismo trabajo, como ha señalado este Tribunal en su acuerdo de 4 de febrero de 2016 (Expte. R-91/2015, FD 9º).

Señala que, al elaborar los pliegos, el órgano de contratación debe tomar en consideración los efectos que esas prescripciones pueden desplegar en el derecho de las empresas a contratar con la Administración, y a la posibilidad de que generen ventajas injustificadas y contrarias al Derecho de la competencia. Para ello, afirma que sería preciso que pondere todos los intereses en presencia y que evalúe si puede o no imposibilitar el acceso a las ofertas en caso de que se implanten unas cláusulas u otras, como ha declarado la Resolución de 10 de abril de 2018, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, FD 7º.

Considera, por último, que ninguno de los requisitos exigidos legal, jurisprudencial y doctrinalmente para la inclusión de cláusulas sociales se cumplen en la

cláusula recurrida, por lo que la misma es contraria a derecho, debiendo declararse su nulidad.

TERCERO.- Con fecha 22 de febrero de 2021, se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 25 de febrero, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 26 de febrero el órgano de contratación aportó, dentro del plazo previsto, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1ª. Que la valoración con hasta 10 puntos sobre 100 de la condición de microempresa no excluye del procedimiento a ningún licitador, sino que se valora esta condición en concordancia con los principios recogidos en el Preámbulo de la LFCP, que establece que, conforme a 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.

Señala que, en este marco, las directivas contemplan objetivos para alcanzar este fin como son promover un mercado más competitivo y facilitar la participación de las pymes en la contratación pública, entre otros.

2ª. Que los criterios sociales de adjudicación previstos en el artículo 64.6 de la LFCP son meramente enunciativos, y no constituyen un *numerus clausus* al que los poderes adjudicadores deban limitarse.

3ª. Que los contratos públicos no deben limitarse a obtener unos servicios en las mejoras condiciones económicas, sino que, a través de la contratación pública, los poderes públicos pueden contribuir a realizar las políticas públicas, tal y como recoge expresamente la LFCP, hablando, en este sentido, de la contratación estratégica, responsable y sostenible.

Que, con la inclusión de este tipo de cláusulas sociales, se puede influir directamente en el mercado, impulsando a las microempresas, de conformidad con las políticas públicas, *“cuestión distinta sería establecer unos criterios discriminatorios, que en modo alguno es puntuar con 10 puntos sobre 100 a todas las microempresas”*.

Que, en este sentido, la jurisprudencia del TJUE establece que los criterios no económicos han de ser susceptibles de control y proporcionados, y que la cláusula impugnada se ajusta a estos requisitos, puesto que es un criterio valorable mediante fórmula y otorga 10 puntos a las microempresas por sus especiales características y su mayor dificultad a concurrir a contratos públicos.

CUARTO.- El 1 de marzo de 2021 se dio traslado de la reclamación a los restantes interesados para que alegasen lo que estimasen pertinente, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.5 de la LFCP, sin que se haya formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada por cuanto el objeto social de la entidad reclamante tiene relación con el objeto del contrato,

acreditando así un interés en su licitación, y cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, concretamente en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Mediante la interposición de la presente reclamación especial se impugna el pliego regulador del contrato de servicios de “Elaboración de los Programas Operativos del FEDER y del FSE de Navarra para el período de programación 2021-2027”; en concreto, el criterio de adjudicación establecido en su cláusula 17.2.b) relativo a la valoración de la condición de microempresa, deduciéndose como pretensión, su anulación con fundamento en los motivos de impugnación que analizaremos a continuación.

Siguiendo el orden de los motivos de impugnación aducidos por la reclamante, debemos comenzar por el análisis de la alegación relativa a que el criterio de adjudicación impugnado no constituye un criterio social de los admitidos por el artículo 64.6 LFCP. Consideración a la que opone la entidad contratante que los criterios sociales de adjudicación que señala el citado precepto son meramente enunciativos, y no constituyen un *numerus clausus* al que los poderes adjudicadores deban limitarse.

El análisis de la cuestión planteada ha de partir de lo previsto al efecto en el pliego regulador del contrato cuya cláusula decimoséptima, efectivamente, incluye entre los criterios sociales de adjudicación contemplados el siguiente: *“b) Condición de microempresa: 10 puntos.*

Se valorará con 10 puntos la condición de microempresa, que se define como aquella que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los dos millones de euros, según la Recomendación de

la Comisión del 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas”.

El artículo 2 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, bajo el epígrafe *"Principios de la contratación pública"*, establece en el punto 1 que: *"Las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea. Igualmente actuarán de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia".* Y respecto a los criterios sociales, en su apartado tercero prevé: *"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 64.6 del mismo cuerpo legal dispone que *"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".*

Basta la lectura del precepto transcrito para desestimar la alegación en tales términos formulada, pues, sin perjuicio de que la condición de microempresa pudiera tener encaje en el criterio “la participación de profesionales jóvenes y de entidades o sociedades de profesionales de dimensiones reducidas”, lo cierto es que, como señalamos en nuestro Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, la enumeración de los criterios de adjudicación de carácter social contenida en el mismo tiene 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.

En similares se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 600/2016, de 22 de julio, cuando indica que *“Vaya por delante que la cuestión controvertida sobre si estamos o no ante una mejora social de las recogidas en la Directiva Comunitaria reseñada y en el artículo 150 del TRLCSP no deja de ser sino una cuestión baladí, ya que los preceptos indicados no hacen sino describir algunos criterios o mejoras sociales lo que no impide que existan otros. Y lo que es más importante, estén incluidos o no en la enumeración, todos deben cumplir con el doble requisito de estar vinculados directamente al objeto del contrato y no producir distorsión a la concurrencia e igualdad de los licitadores”*.

Siendo esto así, el hecho de que el criterio de adjudicación de carácter social impugnado no se corresponda con los enumerados en el artículo 64.6 LFCP en ningún caso es, por sí solo, determinante de su invalidez, pues al realizar dicho precepto una enumeración a título meramente ejemplificativo no se puede descartar que cualquier criterio que guarde relación con los objetivos sociales indicados pueda calificarse como criterio de adjudicación de carácter social; siempre y cuando, eso sí, reúna los requisitos que más adelante analizaremos, entre ellos, su necesaria vinculación con el objeto del contrato de que se trate.

La alegación ha de ser pues, como decimos, desestimada.

SEXTO.- Como segundo motivo de impugnación, expone la reclamante que el criterio de adjudicación objeto de impugnación no se encuentra vinculado con el objeto del contrato y que el pliego no contiene ninguna motivación sobre dicha vinculación legalmente necesaria; indicando, en este sentido, que el establecimiento de cláusulas

sociales debe estar directamente vinculado a la ejecución del contrato, y no en términos generales, pues se podría discriminar a ciertos operadores a favor de otros sin cumplir el objetivo para el cual fueron impuestas.

La entidad contratante señala al respecto que la valoración de la condición de microempresa de la empresa licitante, no excluye del procedimiento a ninguna empresa, sino simplemente valora esta condición en concordancia con los principios que se recogen en el Preámbulo de la LFCP. Apunta, asimismo, que con la inclusión de cláusulas sociales del tipo de la que es objeto de impugnación se puede influir directamente en el mercado, impulsando a las microempresas, de conformidad con las políticas públicas, contribuyendo al desarrollo sostenible, combinando el crecimiento económico y el progreso social; si bien ninguna consideración realiza sobre la vinculación del citado criterio de adjudicación con el objeto del contrato objeto de licitación.

En relación con los criterios de adjudicación, el artículo 64 LFCP determina que *“1. 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. (...).”*

Requisitos igualmente exigibles en lo que a los criterios de adjudicación de carácter social se refiere, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 115/2020, de 27 de noviembre: *“(...) 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 -, (...)

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 calidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los 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”. Criterio confirmado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 137/2020, de 15 de junio, que razona lo siguiente:

“(...) Como destaca el Acuerdo recurrido, la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe respetar las condiciones y limitaciones que con carácter general se aplican a los criterios de adjudicación, recogidas en el art. 64.1 LFCP.

(...)

Por tanto, como destaca el Acuerdo recurrido y se desprende de la normativa citada, los criterios de adjudicación, además de ser objetivos en el sentido de referirse a la calidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores, deben además estar vinculados al objeto del contrato, es decir, tener vinculación con el mismo por

referirse a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos o en cualquier etapa de su ciclo de vida.

En segundo lugar, los criterios escogidos por el órgano de contratación deben ser los más útiles para alcanzar el fin que se persigue. Y, por ello, un criterio de adjudicación, debiendo garantizar la posibilidad de competencia efectiva, debe ir acompañado de los requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, pues en otro caso resultaría contrario a los principios de derecho comunitario en materia de contratación pública.

En tercer lugar, los criterios de adjudicación deben ser precisos y cuantificables, ya que los criterios genéricos, ambiguos o imprecisos constituyen una infracción de los principios de transparencia y publicidad, así como del de igualdad.

Por último, los criterios con arreglo a los cuales se deben valorar las ofertas, además de quedar determinados, deben estar publicados y darse a conocer con la antelación suficiente para que todas las personas potencialmente interesadas en contratar puedan conocerlos y formular sus ofertas a la vista de los mismos, tratándose de garantizar con ello la objetividad de la valoración, la igualdad de los ofertantes y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos perseguidos por la entidad contratante. (...)

Sobre el requisito cuya infracción denuncia la reclamante, la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, la Directiva 2014/24, en su Considerando 98, determina que: *“Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate”.*

Y el artículo 67.3 de la misma Directiva, al igual que el artículo 64.2 LFCP anteriormente transcrito, determina que *“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 pues, un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto. Y ello por cuanto, como indicamos en nuestro Acuerdo 115/2020, de 27 de noviembre, citando el Acuerdo 4/2016, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora; siendo, por tanto, la función de tales criterios de adjudicación evaluar la calidad intrínseca de las ofertas respetando los principios comunitarios, lo cual supone, dato de especial relevancia, que deben tener relación directa con el objeto del contrato, sin que puedan incurrir en discriminación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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”*. El mismo Tribunal, en Sentencia de 26 de marzo de 2015 (C-601/2013) sienta la doctrina de que *“los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo” en la Directiva. Así, pues “dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa”* Y, además, *los criterios de adjudicación deben estar “vinculados al objeto del contrato”*.

Al respecto, en nuestro Acuerdo 89/2020, de 9 de octubre, con cita del Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, recordamos que *“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 [...]”.

Añadiendo en el citado Acuerdo que “De interés también la Resolución 14/2020, de 9 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que analiza los requisitos que han de concurrir en los criterios de adjudicación conforme a la Directiva 2014/24/UE y, concretamente, respecto a los criterios de carácter social o medioambiental señalando que:

“(...) Por tanto, la Directiva concreta ese aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. (...). De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener

los que mejor respondan a sus necesidades. Por otra parte, ha de ponerse de relieve que la Directiva 2014/24 no ignora que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación; pero ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio.”

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, el criterio social impugnado valora con diez puntos que la persona licitadora ostente la condición de microempresa, es decir, según se indica en la formulación de dicho criterio, que ocupe a menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o balance general anual no supere los dos millones de euros.

Este Tribunal, a la vista de la formulación del criterio de adjudicación objeto de análisis, debe advertir que lo que se valora a través del mismo no es sino un aspecto vinculado a las propias características de la persona licitadora que, por tanto, nada tiene que ver con las prestaciones a realizar en el seno de la ejecución del contrato. Resultando, por tal motivo, contrario a lo dispuesto en los preceptos transcritos y que determina que debemos concluir la ausencia de vinculación con el objeto del contrato. Así lo pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, donde concluimos que *“Trasladando las consideraciones referidas a los concretos criterios sociales previstos en el Pliego regulador, en cuanto al primero de ellos - el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33% - es evidente que se trata de una circunstancia que caracteriza a la empresa licitadora y no a la oferta formulada; de donde no cabe sino concluir la inexistencia de vinculación o relación con el objeto del contrato. Extremo éste que no sólo no está justificado en el expediente sino que ni siquiera se intenta justificar por parte del órgano de contratación en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal. Sin que, por otro lado, pueda siquiera intuirse en qué medida dicho aspecto repercute en la calidad de la concreta prestación contratada”*.

Idéntica conclusión alcanza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1065/2020, de 5 de octubre, cuando, al analizar el establecimiento de un plan de igualdad como criterio social, apunta que *“Nos encontramos con la valoración, como criterio de adjudicación, de una “característica de empresa”, no referida al objeto del contrato, que como establecen las Directivas comunitarias y ha afirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes 17/11 y 13/98, referidos a la experiencia de la empresa, no puede utilizarse como criterio de adjudicación”*.

También el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, en su Resolución 449/2019, de 23 de octubre, pone de relieve *“En términos generales, la doctrina impide utilizar como criterios de adjudicación aquellos aspectos que no van afectar a la forma en que se realizará le prestación, sino que atañen a las condiciones de la empresa licitadora. Ya la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros), declaró que “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”*”.

De igual modo, la Resolución 351/2019, de 24 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, resuelve un supuesto similar al que nos ocupa, relativo a la impugnación de un criterio de adjudicación donde se valora si la persona licitadora es una empresa de economía social o del tercer sector, concluyendo que dicho criterio no se encuentra vinculado al objeto del contrato. Dice así la citada Resolución: *“Pues bien, en cuanto a la vinculación al objeto del contrato, ya con la nueva normativa contractual, este Tribunal se ha pronunciado recientemente en las Resoluciones 150/2019, de 16 de mayo y 257/2019, de 9 de agosto. En esta última, tras reproducir el artículo 145.5 de la LCSP, determinados informes de las Juntas Consultivas de Contratación Pública y de la Generalitat de Cataluña, varias resoluciones de este Órgano así como del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de la Rioja y de Madrid, se afirmaba que «En definitiva, el criterio de adjudicación se hallará vinculado al objeto contractual cuando*

se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundará en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, esto es que afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, a la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas, debiendo redundar en última instancia, en un beneficio para la prestación que se contrata, en un valor añadido a la misma, bien porque aumente la calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución o contribuya al mejor funcionamiento y uso del bien o servicio que se licita».

En el supuesto que se examina, el criterio “tipología de la empresa” no se refiere ni integra prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato. En este sentido, el que la prestación la realice una empresa del tercer sector o de economía social, no incide necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, esto es que afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de tal suerte que no redundará en un beneficio para la prestación que se contrata, en un valor añadido a la misma, tratándose en definitiva de una característica de la empresa y no de la prestación que se licita.

[...]

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, en la presente licitación no queda acreditada la vinculación al objeto del contrato del criterio de adjudicación “tipología de la empresa”.

Asimismo, a juicio de este Tribunal ambas exigencias previstas en el criterio controvertido, el que prestación la realice una empresa del tercer sector o de economía social, son características o circunstancias de la empresa relacionadas con su forma de constitución. En este punto, conviene recordar que si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, como se ha expuesto, derivada del artículo 145 de la LCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora”.

Así pues, en la medida en que el criterio de adjudicación impugnado valora aspectos relativos a la propia persona licitadora y no referidos a la ejecución del contrato que nos ocupa, debemos concluir, como se ha apuntado, que no puede

apreciarse su vinculación con el objeto del contrato. Vinculación que, de otro lado, tampoco el órgano de contratación ha intentado siquiera justificar en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, más allá de apuntar que su previsión se realiza en atención a la mayor dificultad que las microempresas, por sus especiales características, pueden encontrar para concurrir a contratos públicos. Consideraciones que si bien resultan acordes con los objetivos de la LFCP de facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas, lo cierto es que lejos de estar relacionadas con los servicios a contratar abundan en la conclusión alcanzada por este Tribunal; y para cuya consecución nuestro ordenamiento jurídico prevé distintas medidas como son, entre otras, la simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, la limitación en el volumen de negocio exigible como solvencia económica y la división de los contratos en lotes.

En definitiva, la ausencia de vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato y el hecho de que el mismo no sirva a la finalidad intrínseca de todo criterio de adjudicación relacionada con la evaluación del rendimiento de las ofertas, determina su nulidad de pleno derecho, pues los supuestos como los que nos ocupan en que los criterios de adjudicación no respetan tal exigencia de vinculación suponen una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación; principios rectores en materia de contratación cuya conculcación constituye un vicio de nulidad de pleno derecho conforme a lo previsto en los artículos 116.2.a) LFCP y 47.1.a) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La conclusión alcanzada determina la estimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado y, por ende de la reclamación interpuesta, declarándose la nulidad del citado criterio de adjudicación, y la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento, pues como ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003, *“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.”*

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 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 RED 2 RED CONSULTORES, S.L. frente al pliego regulador del contrato “*Elaboración de los Programas Operativos del FEDER y del FSE de Navarra para el período de programación 2021-2027*”, licitado por el Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial del Gobierno de Navarra, declarándose la nulidad del criterio de adjudicación de carácter social previsto en la cláusula 17.A.2º.b) del Pliego regulador del contrato relativo a “Condición de microempresa” y, por ende, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

2º. Notificar este acuerdo a RED 2 RED CONSULTORES, S.L., al Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial del Gobierno de Navarra, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y acordar su publicación en la página 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, 16 de marzo de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.