

Recurso nº 87/2018

Resolución nº 76/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 20 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por M.M.G. actuando en nombre y representación de ASOCIACIÓN GALEGA PARA A SAÚDE SEXUAL contra el pliego de cláusulas administrativas del contrato de servicio denominado Espacio Diverso del Ayuntamiento de A Coruña, expediente 237/2018/125, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de A Coruña convocó la licitación del contrato de servicio denominado Espacio Diverso, con un valor estimado declarado de 361.738,44 euros. Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 03.09.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

Tercero.- Se impugna el siguiente criterio de adjudicación mencionado, cuadro de características Anexo al PCAP :

"6) Compromiso de subcontratación de, al menos, el 25% con personas LGTBQI para la realización de actividades de formación y talleres y actividades socioeducativas: 5 puntos a la que oferte el mayor porcentaje de subcontratación: 5 puntos a la que oferte el mayor porcentaje de subcontratación.

(...)

El criterio 6 se valorará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$P_i = P_{mxp} \times (\text{oferta a valorar} / \text{oferta con mayor \% de subcontratación} - \text{mínimo el 25\%})$

Siendo:

P_{mxp} : Puntuación máxima prevista para el % de subcontratación de personas LGTBQI (mínimo el 25%)

P_i : Puntuación alcanzada por la proposición sujeta a valoración”

Cuarto.- En fecha 07.09.2018 ASOCIACIÓN GALEGA PARA A SAÚDE SEXUAL interpuso recurso especial en materia de contratación, ante el Ayuntamiento de A Coruña. Solicitada subsanación sobre su representación, fue aportada el 18.9.2018.

Quinto.- El 12.09.2018 el Ayuntamiento remite al TACGal el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56 LCSP. Reclamado que incorporara también la relación de licitadores el 13.09.2018, es enviada al día siguiente.

Sexto.- Dado que el único licitador del que se dió cuenta a este Tribunal es el propio recurrente, no procedió la apertura del trámite de alegaciones a los interesados.

Séptimo.- No solicitada la medida cautelar, nada fue decidido a este respecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- Se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La ASOCIACIÓN GALEGA PARA A SAÚDE SEXUAL expresa en su recurso que presenta su recurso, “*como entidad a la posible adjudicación de este Servicio*”. Esto, unido que, según la información remitida por el Ayuntamiento, concurre a esta licitación, y que el propio informe del órgano de contratación describe que esta Asociación fue adjudicataria de un contrato menor con el mismo objeto que el de esta

licitación, hace que exista la legitimación del artículo 48 LCSP, que no niega el Ayuntamiento.

Cuarto.- El recurso fue presentado en el plazo de 15 días del artículo 51.1.b) y el recurso fue interpuesto antes de concurrir a esta licitación (art. 51.1.b in fine), por lo que es admisible.

Quinto.- Estamos ante un contrato de servicios de más de 100.000 € de valor estimado, por lo que es admisible al amparo del artículo 44.1 a) y 2.a) LCSP.

Sexto.- Son manifestaciones de interés del recurso de la Asociación recurrente:

“Entendemos que en la buena voluntad de la Concejalía de Igualdad y Diversidad del Ayuntamiento de A Coruña, se quiere establecer una acción positiva a favor de la población LGTBQI pero nos encontramos con que no está amparada por el marco legal vigente. Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con algunas finalidades recogidas en la propia Ley de Contratos del Sector Público, artículo 202, pero ninguna de ellas se corresponde con la identidad de género u orientación sexual:

(...)

Entendemos también que este compromiso de subcontratación podría incumplir varios artículos de la propia Ley de contratación Pública, en concreto el artículo 145 y el artículo 202 relativos a la no discriminación en los requisitos y en las condiciones especiales de ejecución del contrato:

(...)

Al solicitar el compromiso de un porcentaje de subcontratación basado en determinadas orientaciones sexuales entendemos que podríamos incurrir, a la hora de su futuro cumplimiento en una acción directa o indirectamente discriminatoria como señalan el artículo 202 y el artículo 145 de vigente Ley de Contratos del Sector Público.

Además la fórmula para la valoración de este criterio, debería estar justificada en el expediente (art. 146 de la Ley de Contratos del Sector Público).

En la fórmula para valorar el criterio 6 se recoge en un mínimo de un 25%, el porcentaje de población LGTBQI a subcontratar, no sabemos cuál es la motivación técnica ni el marco legal que lleva a exponer este porcentaje en concreto expuesto también en la siguiente fórmula del pliego de la presente licitación:

(...)

Nos preguntamos como puede acreditar un/una trabajadora su orientación sexual a la hora de ser subcontratado/la por la entidad que salga adjudicataria de la presente licitación y poder cumplir con el compromiso exigido de tener por lo menos un 25% de personas LGTBQI, subcontratadas para la realización de actividades de formación, talleres y actividades socioeducativas.

Interpretamos también que al pedir este porcentaje sin acreditación posible o evaluable legalmente y objetivamente como condición para hacer una subcontratación, no se garantiza la posibilidad de que las ofertas de la presente licitación sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

(...)

Entendemos que como posible entidad candidata adjudicataria, al pedir la orientación sexual de una/un trabajadora/or, podríamos incumplir el marco legal vigente y al no encontrar la discriminación positiva, en concreto por orientación sexual, en el marco legal laboral, estaríamos incumpliendo también los derechos de las/de los trabajadoras/eres contratadas para acciones formativas previstas en este procedimiento.”

Séptimo.- El informe del órgano de contratación expresa que el criterio de adjudicación responde a lo que se consideran características sociales del contrato, que está ligado al objeto del mismo que no es otro que la atención a personas LGTBQI, y que no es un deber de los pliegos, ni tampoco una condición especial de ejecución cuyo incumplimiento pudiera ser objeto de penalidades o, en última instancia, de resolución del contrato. Alude a que el compromiso de subcontratación - que no de contratación- supone el 4,76% del total de la puntuación asignada al lote 1 entre criterios objetivos y subjetivos (5 puntos sobre 105).

La cláusula 25 del cuadro de características técnicas, sobre subcontratación, señala que sólo se podrá subcontratar el 52 % de las prestaciones a las que obliga el pliego técnico, y que no es posible a subcontratación de la prestación consistente en la coordinación técnica que señala el punto 3 del Pliego Técnico. Añade que no pudiendo subcontratarse esta prestación, el criterio citado tampoco afecta a las prestaciones de asistencia jurídica y psicológica (por no ser actividades de formación, ni talleres).

De acuerdo con la memoria económica que figura en el Pliego Técnico el criterio de adjudicación se refiere únicamente a la subcontratación de profesionales para las actividades que señala el punto 2.2. del Pliego Técnico (formación, dinamización y sensibilización) que supone un máximo de 80 horas al año y que representa el 5,32%

del presupuesto del contrato. A su vez, el 25% mínimo para que el criterio pueda ser valorado se refiere, por tanto, a un mínimo de 20 horas anuales.

Consideran que este criterio responde a la experiencia del contrato menor del que trae causa el presente, en que las actividades realizadas eran impartidos por personas pertenecientes a dicho colectivo y que el criterio se comprobará en su aplicación a lo largo de la ejecución del contrato (dos años de duración prorrogables por otros dos), por lo que es en el período bianual inicial en el que se debe acreditar el cumplimiento del requisito.

Defiende también que las cuestiones suscitadas están dentro del artículo 145.3 apartado g), cuando señala para contratos de prestación de servicios sociales si *“fomentan la integración social de...miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, o promueven el empleo de personas con dificultades peculiares de inserción en el mercado laboral”* y que, a su vez, el artículo 145.4, segundo párrafo, señala que en este tipo de contratos (servicios del Anexo IV) los criterios relacionados con la calidad deberán representar, por lo menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. También se trae a colación los objetivos declarados en la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia.

Afirma que el que trae el recurso no es ajeno a otros colectivos vulnerables, cuyos datos son objeto de la más alta protección a los efectos de la normativa de protección de datos, por lo que una vez visibilizada o expresada esa voluntariedad, la persona debe ser objeto de protección y confidencialidad en todo el tratamiento de los datos personales de los que pueda inferirse tal condición (en este caso la orientación o identidad sexual).

En la parte final del informe, el Ayuntamiento describe que no existe una certificación expedida por organismo competente para poder acreditar tal condición, pero eso no obvia que sean personas pertenecientes a colectivos vulnerables y con necesidad de visibilización e incentivación en su contratación por lo que por eso defiende que la declaración jurada de esas personas expresada en sus currículum vitae o en documento ad hoc, amparados ambos por la normativa de protección de datos en cuanto dato de alta protección y a las exigencias de sigilo y confidencialidad, sería suficiente para la acreditación de esta circunstancia.

Noveno.- Ante todo es oportuno hacer una referencia a los apartados de esta contratación de mayor interés para este debate.

En primer lugar, el informe del órgano de contratación ya recoge que la presente cuestión afecta al lote 1, que versa sobre “Servicio de atención, mediación, divulgación y sensibilización para el funcionamiento del servicio denominado “Espacio diverso”, con los siguientes campos de actuación:

“Las prestaciones que se pretenden contratar servirán para mantener el funcionamiento de este nuevo servicio entendido como un espacio municipal de las diversidades sexuales e identidades de género del Ayuntamiento de A Coruña, y que formará parte del Programa municipal LGTBQI de la Concejalía de Igualdad que contempla cuatro ámbitos de actuación:

- Estudios y/o trabajos técnicos para profundizar en el conocimiento de la realidad que afecta a las personas LGTBQI , proponiendo al Ayuntamiento nuevas líneas, programas y acciones a desarrollar durante los próximos años.

- Socio-educativo: dinamización de actividades socio-educativas grupales sobre la diversidad sexual e identidades de género, así como charlas, conferencias, jornadas, etc.

- Formativo y de sensibilización: dirigido a la ciudadanía en general, así como a distintos profesionales que trabajen en los ámbitos escolar y socioeducativo: personal de los distintos servicios municipales, centros educativos, deportivos, de orientación y búsqueda de empleo, etc.

Se incluyen todas las acciones de celebración de días internacionales relacionados con el colectivo de forma que se realicen diversas acciones para contribuir a concienciar, informar y dar visibilidad a los derechos de las personas LGTBQI; difusión de los talleres y actividades desarrollados por el Ayuntamiento en el espacio o a través de Coruña Educa, así como los desarrollados por diversas entidades y colectivos, a través de distintos medios.

- Orientación y atención directa a las personas en base a su diversidad sexual, con el fin de contribuir en sus procesos de empoderamiento individual y colectivo.

- Apoyo, visibilidad y trabajo con las asociaciones y colectivos LGTBQI de la ciudad divulgando su trabajo y actividades, junto con la necesaria coparticipación en la realización de actividades del espacio, de forma que se aprovechen las sinergias y se optimicen recursos. Incluye el establecimiento de cauces de coordinación con estos colectivos, de forma que se optimice la derivación de personas para su atención especializada en el espacio., así como la mediación de sesiones de trabajo con estos colectivos.”

La cláusula cuestionada del apartado 10.1 del cuadro de características, Anexo al PCAP, en lo referente al Lote 1, y dentro de los criterios evaluables de forma automática, dispone que:

"6) Compromiso de subcontratación de, al menos, el 25% con personas LGTBQI para la realización de actividades de formación y talleres y actividades socioeducativas: 5 puntos a la que oferte el mayor porcentaje de subcontratación.

(...)

El criterio 6 se valorará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$P_i = P_{m\text{xp}} \times (\text{oferta a valorar} / \text{oferta con mayor \% de subcontratación} - \text{mínimo el 25\%-})$

Siendo:

$P_{m\text{xp}}$: Puntuación máxima prevista para el % de subcontratación de personas LGTBQI (mínimo el 25%)

P_i : Puntuación alcanzada por la proposición sujeta a valoración"

A su vez, el apartado 25 de ese cuadro de características recoge:

"De acuerdo con la memoria económica que figura en el último punto del Pliego Técnico, se considera que la figura de la persona que ejerce la coordinación técnica del espacio y responsable de apertura y funcionamiento diario de lunes a viernes es una tarea crítica que debe ser desempeñada por personal propio de la empresa o entidad adjudicataria. De acuerdo con los costes señalados, esta "tarea crítica" representa el 48% de los costes totales, de ahí que se permita la subcontratación del resto de prestaciones (el 52%)"

Una vez descritas estas condiciones de la licitación, debemos avanzar hacia la resolución de la impugnación formulada por la ASOCIACIÓN GALEGA PARA A SAÚDE SEXUAL.

El Ayuntamiento engloba el criterio de adjudicación dentro del componente social que debe integrarse en la contratación pública.

Ciertamente, la LCSP recoge mandatos como los siguientes, de los que los operadores jurídicos debemos partir:

Artículo 1.3:

"En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y ambientales 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”

Artículo 145:

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará conforme criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos ambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el número 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, ambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

(...)

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, a la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; a la subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción; a los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; al fomento de la contratación femenina; a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; a la mejora de las condiciones laborales y salariales; a la estabilidad en el empleo; a la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; a la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; a la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o a los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

(...)

3. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...)

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato; por consiguiente, el precio es el único factor determinante de la adjudicación.

En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales se fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésimo octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada se deberá aplicar más de un criterio de adjudicación.

El informe del Ayuntamiento expresa que el criterio de adjudicación referido a la subcontratación de al menos el 25 % con personas LGTBQI tiene relación con el objeto de la contratación y que en su experiencia de la prestación de este servicio que determinadas prestación sean realizadas por personas pertenecientes a este colectivo redundará en una mejor calidad, algo que no se desarrolla más, si bien no es lo criticado por la recurrente.

Esta Asociación aporta consideraciones de necesaria mención. Considera de buena voluntad establecer una acción positiva a favor de la población LGTBQI, pero argumenta que tal como se hizo no está amparada en derecho y expresa porqué lo entiende así.

En primer lugar considera que esa finalidad no está dentro de las recogidas en el artículo 202. Expresar que se cita el 202, sobre condiciones de ejecución, cuando esta licitación recoge la cláusula que nos ocupa como condición de ejecución, por lo que estaríamos en el marco del artículo 145.

Como vimos, en la parte reproducida de ese artículo, la LCSP cita posibilidades de características sociales del contrato bajo la consideración de “entre otras”, esto es, sin carácter limitativo.

Por otra parte, la propia existencia de una ley como la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia, con mención a la búsqueda de la eliminación de las dificultades en su contratación, permite insertar este colectivo dentro de menciones

de ese artículo 145, como el referido a grupos vulnerables o de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, como bien menciona el informe del Ayuntamiento.

Ahora bien, el recurrente también cita el artículo 145.5, de especial importancia, pues es el que somete los criterios de adjudicación a los mandatos derivados de los principios de la contratación administrativa, también los de carácter social evidentemente, :

“5. Los criterios a que se refiere el número 1 que deban servir de base para adjudicar el contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación y cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el punto siguiente de este artículo.

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.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, se deberá comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”

El primer aspecto de relevancia para con el principio de igualdad de trato hacia los licitadores es que la posibilidad de conseguir estos puntos sólo aparecería para quien opta por la subcontratación, cuando, evidentemente, en esta licitación no hay tal deber de subcontratar y, de hecho, la cláusula que existe al respecto de esta figura (apartado 25 del cuadro de características) lo que busca es que exista limitaciones al respecto. En todo caso, no se aporta el beneficio para el objeto contractual que la contratación del 25% de personas LGTBQI sólo pueda, en su caso, proceder por la vía de la subcontratación.

Por otro lado, también el recurrente expresa que la fórmula de evaluación de este criterio incumple el artículo 146 referido a que *“La elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente”*. Ciertamente no se nos traslada en el informe una explicación al respecto y, sobre todo, donde está tal justificación en el expediente.

A maiores de estos aspectos, problemáticos de por sí, la ASOCIACIÓN GALEGA PARA A SAÚDE SEXUAL aporta las siguientes consideraciones sobre las dificultades con las que se podría encontrar, de intentar concurrir a esta licitación buscando estos puntos:

“Nos preguntamos cómo puede acreditar un/una trabajadora su orientación sexual a la hora de ser subcontratado/la por la entidad que salga adjudicataria de la presente licitación y poder cumplir con el compromiso exigido de tener por lo menos un 25% de personas LGTBQI, subcontratadas para la realización de actividades de formación, talleres y actividades socioeducativas.

Interpretamos también que al pedir este porcentaje sin acreditación posible o evaluable legalmente y objetivamente como condición para hacer una subcontratación, no se garantiza la posibilidad de que las ofertas de la presente licitación sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

(...)

Entendemos que como posible entidad candidata adjudicataria, al pedir la orientación sexual de una/un trabajadora/or, podríamos incumplir el marco legal vigente y al no encontrar la discriminación positiva, en concreto por orientación sexual, en el marco legal laboral, estaríamos incumpliendo también los derechos de las/de las trabajadoras/eres contratadas para acciones formativas previstas en este procedimiento.”

No se nos oculta que la orientación sexual de las personas pertenece a lo más nuclear de su intimidad, por lo que no basta, por parte de los órganos de contratación, una reflexión de que este componente social merece ser incluido en la contratación pública, sino que es muy importante también el estudio de cómo se va a configurar ese legítimo objetivo en las condiciones de esa contratación, pues existen diversos bienes jurídicos en juego a proteger.

En este sentido, en la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia no se encuentran referencia a cómo enfocar esta cuestión en lo referido a la contratación pública.

En otras legislaciones autonómicas más actuales, como el artículo 36 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de Extremadura, el artículo 18 Ley 3/2016, de 22 de julio de Madrid o el artículo 45 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, de Andalucía, sí existen referencias de este tipo que, observaremos, van destinadas principalmente a la dimensión de exclusiones de discriminaciones a este colectivo.

En todo caso, en el control negativo de legalidad que nos ocupa, debemos comparar el criterio de adjudicación que se nos presenta, y tal como se nos presenta, con el artículo 145.5.c), que recordemos dispone que:

“c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, se deberá comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”

En este sentido la Asociación recurrente ya muestra las dificultades que puede tener para un licitador solicitar de un trabajador que exteriorice su orientación sexual, lo cual también sucederá de pedirle a un subcontratista de este licitador que así lo haga.

Pero, a mayores de esto, no se nos traslada como se podría cumplir el mandato de *“permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores”*, cuando, como decíamos, la cuestión que nos ocupa responde a la esfera más íntima y protegible.

El órgano de contratación viene a reconocer esto, pero lo hace para justificar entonces que sólo quepa pedir declaraciones juradas al respeto. Ante esto, debemos manifestar que las declaraciones, en general, sirven para no obligar a presentar documentación hasta que se le requiera pero no para convertir en comprobable algo que el recurrente ya explica que no podría cumplir con tal mandato del artículo 145 a efectos de, como expresa este recurso, la *“posibilidad de que las ofertas de la presente licitación sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”*, precisamente por afectar a esa intimidad. Así, añade *“Nos preguntamos como puede acreditar un/una trabajadora su orientación sexual ...”*

Por otra parte, en lo referente al escaso peso del criterio en cuestión, ya en la Resolución TACGAL 74/2018 explicamos:

“El Ayuntamiento alude a que es un criterio de solo 5 puntos sobre 100 sobre lo que debemos expresar que no se revoca este apartado por su peso en el total de la valoración, sino porque en sí mismo tiene una configuración no aceptable, para lo cuál no es óbice ese peso porcentual, peso que, en todo caso, puede llegar a ser lo que finalmente decida el adjudicatario.”

En definitiva, consideramos que este criterio de adjudicación, tal como está configurado, incumple el artículo 145.5 y 146 LCSP lo que obliga a estimar el recurso y

anular el mismo lo que implica, al amparo de lo recogido en la S.TJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto c-488/01, la anulación de todo el procedimiento de adjudicación, en lo referente al lote 1.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN GALEGA PARA A SAÚDE SEXUAL contra el pliego de cláusulas administrativas del contrato de servicio denominado Espacio Diverso del Ayuntamiento de A Coruña, expediente 237/2018/125, con los efectos recogidos en el último de los fundamentos jurídicos sobre el lote 1.

2. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.