



Expediente: 5/2020

ACUERDO 24/2020, de 7 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don G. A. S., en nombre y representación de URBASER, S.A., contra la propuesta de adjudicación de 7 de enero de 2020 del contrato que tiene por objeto el "Servicio de mantenimiento de zonas verdes, parques infantiles y bancos y desbroce/limpieza de cauces/riberas de ríos", promovido por el Ayuntamiento de Tudela, formulada a favor de ACCIONA MEDIOAMBIENTE, S.A.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de noviembre de 2018, el Ayuntamiento de Tudela publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de "Servicio de mantenimiento de zonas verdes, parques infantiles y bancos y desbroce/limpieza de cauces/riberas de ríos".

A dicha licitación concurrieron seis empresas, entre las que se encuentran URBASER, S.A. (en adelante URBASER), ACCIONA MEDIO AMBIENTE, S.A.U. (en adelante ACCIONA) y CESPA JARDINERÍA, S.L. (en adelante CESPA).

Por el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela de 7 de junio de 2019, se adjudicó el contrato a ACCIONA.

Las puntuaciones obtenidas por las empresas licitadoras en los criterios de adjudicación calificados como "Criterios económico-medioambientales", así como las puntuaciones totales, fueron las siguientes:

Idoneidad	Idoneidad	Total
vehículos	maquinaria	

EULEN, S.A.	3,47	2,97	53,55
UTE JARDINES TUDELA	1,86	7,20	54,06
ACCIONA MEDIO	19,00	29,00	93,50
AMBIENTE, S.A.U.			
INGENIERIA Y DISEÑOS	4,17	7,54	53,33
TÉCNICOS, S.A.U.			
URBASER, S.A.	5,01	7,81	58,39
CESPA JARDINERÍA, S.L.	4,90	8,46	55,86

SEGUNDO.- Con fecha 21 de junio de 2019, don G. A. S. interpuso, en nombre y representación de URBASER, una reclamación especial en materia de contratación pública contra el citado acuerdo.

Por el Acuerdo 77/2019, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se estima parcialmente dicha reclamación en lo relativo a la falta de justificación del PVP de los vehículos y la maquinaria ofertados por ACCIONA. Por ello, anula el acuerdo de adjudicación del contrato y ordena "la retroacción de las actuaciones al momento anterior al requerimiento de justificación de los precios ofertados, respecto de los criterios de adjudicación económico-medioambientales".

TERCERO.- Con fecha 17 de diciembre de 2019, el Ayuntamiento de Tudela emite un informe técnico cuyo objeto es la valoración del sobre 3. En los antecedentes de dicho informe se extracta parte del Acuerdo 77/2019, de 25 de septiembre, y se señala lo siguiente: "Como indica la sentencia, hay unidades de Vehículos o Maquinaria de las ofertas que según sea la Casa Comercial, exigen dedicar más o menos esfuerzo a la búsqueda mediante navegación en la web para la justificación de PVP. De esta manera se ha realizado un estudio exhaustivo de las Marcas desde el fallo del tribunal ya que como se indicó en las alegaciones, los resultados pueden diferir de los presentes en 2018, fecha de las ofertas. Así pues tenemos: (...)". Se reflejan, a continuación, los datos relativos a los vehículos y maquinaria ofertados por los licitadores, procediéndose a valorar nuevamente sus ofertas y a asignar la puntuación correspondiente.

Con fecha 7 de enero de 2020, la Mesa de Contratación formula la propuesta de adjudicación del contrato a favor de ACCIONA, haciéndose constar lo siguiente:

"Por lo tanto, procedería por parte de la mesa de contratación volver a requerir a Acciona, S.A. que subsane la justificación de los precios de los vehículos y de la maquinaria conforme a lo establecido en el Pliego.

No obstante, el técnico de contratación ha procedido a valorar la puntuación referida a los criterios de precio de maquinaria y precios de vehículo con arreglo a lo establecido en el Pliego de Condiciones, teniendo únicamente en cuenta los precios ofertados que se han acreditado mediante fichas técnicas, catálogos, tarifas oficiales o páginas web con el siguiente resultado: (...).

La puntuación final de la licitación da, como licitador mejor situado en la valoración realizada conforme al pliego de nuevo a acciona por lo que se puede obviar, por innecesario, solicitar las aclaraciones de precios que fueron objeto de anulación por parte del Tribunal Administrativo de Contratos y podría adjudicarse de nuevo el contrato".

Por el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela de 10 de enero de 2020 (en la misma se señala erróneamente que se adopta en sesión de 10 de enero de 2018), se adjudica el contrato a ACCIONA.

Las puntuaciones atribuidas a las empresas licitadoras en los criterios cualitativos relativos a la idoneidad de los vehículos y de la maquinaria, así como sus puntuaciones totales, son las siguientes:

	Idoneidad de los	Idoneidad de la	Total
	vehículos	maquinaria	
EULEN, S.A.	10,77	6,65	64,52
UTE JARDINES TUDELA	10,66	7,01	62,66
ACCIONA MEDIO AMBIENTE,	2,30	29	76,80

S.A.U.			
INGENIERIA Y DISEÑOS	17,17	10,68	69,47
TÉCNICOS, S.A.U.			
URBASER, S.A.	10,32	16,42	72,31
CESPA JARDINERÍA, S.L.	19,00	14,20	75,70

CUARTO.- Con fecha 24 de enero de 2020, don G. A. S. ha interpuesto, en nombre y representación de URBASER, una reclamación especial en materia de contratación pública contra la propuesta de adjudicación formulada el 7 de enero de 2020.

En los antecedentes de dicha reclamación, además de los ya expuestos con anterioridad, se transcribe parcialmente el Acuerdo 77/2019, de 25 de septiembre, de este Tribunal.

Se realiza, a continuación, una única alegación, a la que se califica como "Arbitrariedad manifiesta y vulneración de la doctrina de los actos propios, los principios de confianza legítima y seguridad jurídica en la actuación de la administración".

Señala que el citado acuerdo ordenaba exclusivamente la retroacción de las actuaciones al momento anterior al requerimiento de justificación de precios de la maquinaria y vehículos aportados por ACCIONA en su oferta, cuya falta de justificación en ciertos precios vinculados a los Criterios de Idoneidad de la Maquinaria y Vehículos motivó la inicial reclamación de URBASER y su estimación por este Tribunal.

Sin embargo, "el Órgano de contratación extiende la revisión de los criterios de adjudicación económico-medioambientales a todas las licitadoras, cuyos importes económicos que los soportaban ya fueron aceptados y verificados tanto por el propio Ayuntamiento de Tudela como por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, modificando así las puntuaciones finales y manteniéndose de esta forma invariable el escenario final de adjudicación del contrato a favor de ACCIONA".

Considera la reclamante que, con esta actuación, el órgano de contratación no solamente ignora el fallo de este Tribunal, sino que va en contra de sus propios actos, "al cambiar las reglas del juego aprobadas en las Actas de la Mesa de Contratación de fecha 2 de abril y 22 de mayo de 2019, vulnerando de esta manera los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir las relaciones entre Administración y administrado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3.1.d de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, (...)". Se remite la reclamante, a este respecto, a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2005, y al Acuerdo 2/2017, de 9 de enero, de este Tribunal.

Señala que el Ayuntamiento de Tudela ha actuado en contra de sus propios actos, "corrigiendo y descartando unos precios inicialmente aceptados en su primera adjudicación del contrato", y sin manifestar los motivos específicos que amparen dichos descartes. "Corrección que además resulta errónea, dado que por ejemplo se suprimen precios ofertados que disponían de la justificación a través de la correspondiente página web del proveedor que contenían su PVP, método de validación reconocido por el condicionado del contrato así como por el propio Tribunal en su Acuerdo nº 77/2019 y por el propio Informe de valoración de 17 de diciembre de 2019". Se señala, a este respecto, un ejemplo de la propuesta de INDITEC (INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U.).

Concluye la reclamante señalando que si el órgano de contratación se hubiera limitado a cumplir el mandato de este Tribunal, esto es, revisar exclusivamente los precios de la maquinaria y vehículos ofertados en la propuesta de ACCIONA, ella obtendría la máxima puntuación y sería la nueva adjudicataria del contrato.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita que se anule el acto administrativo impugnado y se acuerde que la retroacción de actuaciones a practicar por la Mesa de Contratación se limite únicamente a los valores económicos de la oferta de ACCIONA recogidos en el Informe de 17 de diciembre de 2019, bajo los criterios de adjudicación "Idoneidad de los Vehículos y la Maquinaria".

Asimismo, se solicita que se acuerde la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución de la reclamación, si bien se cita el artículo 124.4 de la

Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), que alude a la suspensión automática del acto impugnado.

QUINTO.- Con fecha 24 de enero de 2020, se requiere al Ayuntamiento de Tudela la aportación del expediente de contratación junto con las alegaciones que estimase pertinentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP. Transcurrido el plazo de dos días hábiles previsto en el citado artículo, con fecha 29 de enero se reiteró dicho requerimiento, concediéndose para ello un plazo máximo de cinco días contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, con la advertencia de que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado el expediente, se continuaría con la tramitación de la reclamación. Asimismo, se señalaba que las alegaciones que pudieran formularse transcurrido el citado plazo no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Con fecha 4 de febrero de 2020, el Ayuntamiento de Tudela ha aportado el expediente de contratación, remitiéndose en parte a los documentos que obran en el expediente 68/2019 tramitado por este Tribunal, así como un escrito de alegaciones. Dado que esta presentación se ha realizado fuera del plazo concedido, las mismas no serán objeto de examen para la adopción de este acuerdo.

SEXTO.- El 5 de febrero de 2020, se dio traslado de la reclamación a los restantes interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.5 de la LFCP, presentándose el 10 de febrero un escrito de alegaciones por parte de ACCIONA, en el que manifiesta lo siguiente:

1°. En primer lugar, que procede la inadmisión de la reclamación interpuesta dado que se dirige contra la propuesta de adjudicación, que constituye un mero acto de trámite no susceptible de reclamación especial en materia de contratación.

Se señala, a este respecto, que dicha propuesta no afecta en modo alguno a la esfera jurídica de intereses de la entidad recurrente, pues requiere necesariamente del posterior refrendo del órgano de adjudicación para que se consolide como efectiva adjudicación del contrato.

Se alude al Acuerdo 106/2018, de 17 de octubre, de este Tribunal, en el que se admite una reclamación contra una propuesta de adjudicación por la simple razón de que, materialmente, se trataba en realidad de un verdadero acto de adjudicación, de lo que, *sensu* contrario, si la propuesta no constituye una verdadera adjudicación debe calificarse como un acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma. Se hace referencia, asimismo, a la doctrina contenida en la Resolución 3/2020, de 9 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2°. Se afirma, en segundo lugar, que la valoración económica de las ofertas se ha realizado de manera objetiva, con pleno respeto al contenido del Acuerdo 77/2019 y de los pliegos rectores del contrato.

Se señala que URBASER extrae del citado acuerdo la falsa conclusión de que sólo ACCIONA cometió la irregularidad de justificar el precio de los vehículos ofertados por medios no admitidos por los pliegos, de tal forma que el examen del cumplimiento de los requisitos fijados por estos en materia de justificación de precios debe limitarse a la oferta de esta.

De esta forma, "URBASER trata de restringir de manera artificiosa y claramente interesada el mandato contenido en el Acuerdo nº 77/2019 y circunscribir exclusivamente a ACCIONA los efectos jurídicos negativos de una declaración de retroacción procedimental que afecta con carácter general a todos los licitadores, en clara contradicción con el principio de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores que debe regir todo procedimiento de contratación pública".

Respecto al citado principio de igualdad de trato, se hace referencia al Acuerdo 12/2017, de 16 de marzo, de este Tribunal.

Se solicita, por todo lo expuesto, la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación de la reclamación formulada por URBASER.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, y de acuerdo con su artículo 122.2, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de concurrencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) 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.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, conforme al artículo 123.1 de la LFCP, dado que de estimarse su reclamación resultaría la adjudicataria del contrato.

QUINTO.- Con carácter previo debe abordarse la alegación de inadmisión planteada por ACCIONA en el sentido de que el acto recurrido, la propuesta de adjudicación, no constituye un acto de trámite que perjudique las expectativas de la reclamante, siendo ésta la condición requerida por el artículo 122.2 LFCP, pues para que se produzca tal circunstancia resulta necesario que se produzca el posterior acto de adjudicación. En esa misma línea de argumentación cita la Resolución 3/2020, de 9 de enero, del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TACRC) por la que se inadmite la impugnación de una propuesta de adjudicación por tratarse de un acto de trámite no cualificado.

Ciertamente el TACRC rechaza en la Resolución señalada la admisión del recurso contractual contra una propuesta de adjudicación. Sin embargo y como consecuencia de la diferente regulación que sobre la materia contienen la LFCP y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la citada doctrina no resulta

aplicable al caso que nos ocupa por estar ésta referida a la segunda de las normas citadas, en la que los actos de trámite susceptibles de recurso son únicamente los llamados actos de trámite cualificados, por su carácter decisorio o por determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento, en tanto que en el artículo 122.2 LFCP no se exige tal cualificación a los actos de trámite, siendo suficiente el perjuicio a las expectativas o intereses de las empresas licitadoras, que no son otros que los de resultar adjudicatarias, lo que indudablemente acontece cuando, como es el caso, el contenido del acto de trámite en cuestión aleja las posibilidades de lograr la pretendida adjudicación.

Así, la conclusión de la Resolución TACRC que establece que, "Así las cosas, el Tribunal entiende que el acto recurrido, celebración de una Mesa de Contratación y subsiguiente propuesta de adjudicación a otra licitadora, por no ser resolutorio no cuenta con la cualificación necesaria para ser susceptible de esta vía especial de impugnación." En consecuencia, el recurso debe ser inadmitido, por dirigirse contra un acto de trámite no recurrible autónomamente", deriva como hemos señalado de la exigencia de cualificación a los actos de trámite, en los términos exigidos por la citada Ley de Contratos del Sector público, cuyo artículo 44.2.b), establece:

"Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos".

Sin embargo, el artículo 122.2 LFCP, establece que:

"Son susceptibles de impugnación, los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a esta ley foral en un procedimiento de adjudicación, los acuerdos de rescate de concesiones y, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato."

En consecuencia, la doctrina de este Tribunal manifiesta la admisibilidad de la reclamación contra todos los actos de trámite sin necesidad de que decidan el fondo del asunto o impidan continuar el procedimiento, así, por todos, en el Acuerdo 36/2019, de 12 de abril, señalábamos que:

"Así las cosas, tanto la exclusión de la reclamante del lote 23 como la valoración técnica de la oferta formulada al lote 22, constituyen actos de trámite susceptibles de impugnación a través de la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, tal y como indicamos, en relación con el segundo de los actos identificados, en nuestro Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo: "QUINTO.- Los actos que se impugnan son los acuerdos de 13 y 21 de febrero de 2013, adoptados por las Mesas de Contratación, relativos a la valoración de las ofertas presentadas.

Estos actos de trámite, que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos son, no obstante lo previsto en el artículo 107 de la LRJPAC y en el artículo 57 de la Ley Foral 15/2004, susceptibles de ser impugnados mediante una reclamación en materia de contratación pública ante este Tribunal dado que ésta puede tener como objeto cualquier acto de trámite o definitivo, que excluya de la licitación o perjudique las expectativas de las empresas, profesionales e interesados en la licitación y adjudicación del contrato (artículo 210.1 LFCP).

Como se ha significado anteriormente y exige la Directiva 89/665/CEE, la interposición de la reclamación puede afectar a actos de trámite dotados de algún contenido relevante sin necesidad de que sean actos de trámite cualificados según los parámetros de la Ley Foral 15/2004 y de la Ley 30/1992, todo ello con el objetivo de que se puedan corregir las infracciones cuando ello sea posible."

Sentado lo anterior, debemos rechazar también la afirmación de la reclamante, en el sentido de que la admisión de una reclamación contra una propuesta de adjudicación en el Acuerdo 106/2018, de 17 de octubre, se basó en que la propuesta de adjudicación objeto de la reclamación, en realidad constituía una adjudicación, lo que a "sensu contrario" indicaría que la propuesta de adjudicación no sería objeto de admisión. La razón de ello es que las manifestaciones contenidas al respecto en el acuerdo, en absoluto trataban sobre la admisión o no de tal acto, sino que constituían la

aclaración, como expresamente se cita en el mismo, necesaria frente a la confusión creada en el propio documento. Así, en el fundamento sexto del referido acuerdo se establece lo siguiente:

"En cuanto al acto impugnado, debemos señalar que la propuesta de adjudicación notificada, y así mismo considerada por la reclamante al formular el objeto de la impugnación, debe ser considerada una adjudicación, en atención a los propios términos de la misma, en los que señala que tal acto se emite "en cumplimiento del artículo 200.3 de la LFCP 2006" (que regula la adjudicación de las entidades sujetas a la Ley, distintas de las administraciones públicas), así como en el ofrecimiento que en dicho acto se realiza de la reclamación especial establecida en al LFCP 2006. Aclarado este extremo y en aplicación del artículo 115.2 de la LPACAP, conforme al cual "El error o ausencia de la calificación del recurso por parte de recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter", procede continuar esta tramitación atendiendo a la aclaración realizada.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado, admitiéndose a trámite la reclamación.

SEXTO. - También con carácter previo hemos de referirnos a la solicitud de suspensión formulada por la empresa reclamante, a la par que alega suspensión automática conforme al artículo 124.4 LFCP. Pues bien, al respecto y ante la inequívoca redacción del artículo citado, que establece que, "La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada", únicamente cabe señalar la improcedencia de pronunciamiento ulterior de este Tribunal, habida cuenta que la suspensión del acto impugnado se produce "ope legis".

SÉPTIMO.- Conforme a lo que resulta de los antecedentes el fondo del asunto versa sobre la ejecución por el Ayuntamiento de Tudela del fallo contenido en el Acuerdo 77/2019, de 25 de septiembre, de este Tribunal

Al respecto la reclamante alega que el Ayuntamiento de Tudela, ignorando el contenido de dicho fallo, que se ceñía a la falta de justificación de los precios relativos a los criterios de adjudicación económico medioambientales realizada por la empresa ACCIONA, emite un nuevo informe de valoración técnica, con vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, en el que se modifican los precios ofertados por todas las licitadoras y que da un resultado similar al inicial, siendo éste el efecto pretendido.

El Ayuntamiento de Tudela y ACCIONA, defienden que la retroacción de actuaciones ordenada por el fallo ejecutado, "al momento anterior al requerimiento de justificación de los precios ofertados respecto de los criterios de adjudicación económico-medioambientales", conllevaba la nulidad de la valoración por la Mesa de los criterios de adjudicación, que fue realizada con posterioridad a dicho requerimiento, por lo que debía realizarse una nueva conforme a las determinaciones del Pliego, señaladas por el fallo del Tribunal, es decir tomando como referencia a efectos de justificación de precios únicamente las modalidades contenidas en el Pliego (fichas técnicas, catálogos o páginas webs).

El análisis de la cuestión requiere el examen del contenido del acuerdo del que trae causa su pronunciamiento final.

Importa destacar en primer término que como se establece en el fundamento octavo del Acuerdo 77/2019, es el "motivo principal de la reclamación, el incumplimiento del Pliego Regulador por falta de justificación conforme a las exigencias del mismo, de los precios ofertados por ACCIONA".

A continuación, en este mismo fundamento se señala lo siguiente:

"este Tribunal realizó comprobaciones sobre la justificación de estos precios realizadas por las cuatro empresas que han obtenido mayor puntuación encontrando que la empresa URBASER, en su mayor parte, aporta enlaces a webs que contienen el precio de forma directa o éste resulta fácilmente accesible; la UTE FCC- EKILORE, presenta la justificación en términos similares y con parecidos resultados en cuanto al acceso a los precios; en el caso de la empresa CESPA se aprecia que la justificación se

realiza en términos y resultados similares a los de las empresas que le preceden en la comprobación. Sin embargo, en el caso de ACCIONA, el resultado de la comprobación es el contrario, en la mayor parte de los enlaces aportados por dicha empresa no se accede al precio, aun dedicando bastante tiempo a navegar por la correspondiente web.

En estas circunstancias este Tribunal, requirió a la entidad contratante la aportación de la justificación sobre su afirmación en las alegaciones presentadas a este procedimiento de recurso, respondiendo ésta que, contrariamente a lo alegado por la reclamante, si existía coincidencia entre los PVP ofertados por la adjudicataria y los presentes en las páginas web indicadas en la misma, una vez aplicados a la búsqueda los datos sobre modelos, características, variables, medios auxiliares etc., aportados por ACCIONA a requerimiento suyo.

En el mismo escrito de respuesta, el Ayuntamiento de Tudela manifiesta que, a día de hoy no es posible aportar la prueba requerida como consecuencia del tiempo transcurrido, ya que, muchos enlaces han quedado obsoletos e incluso han variado los precios, así como que esta circunstancia se da también en el caso de la reclamante respecto de un vehículo que cita y respecto del que se admitió también la justificación mediante compromiso de precios por proveedores. Señala también que, dada esta volatilidad de las webs, se solicitaron aclaraciones a ACCIONA quien aportó fichas técnicas y compromisos de proveedores oficiales, habiéndose admitido este último medio de acreditación de los precios con criterio igualitario por haber sido éste el medio utilizado por otros licitadores como en un caso que cita de URBASER.

 (\ldots) .

Tras la respuesta del Ayuntamiento de Tudela, el Tribunal ha vuelto a realizar la comprobación arriba referida y ha obtenido un resultado muy similar al realizado con carácter previo al requerimiento practicado, de tal manera que, en la mayor parte de los enlaces aportados por ACCIONA no aparecen precios, mientras que, en general, los enlaces a las Webs aportados por las citadas licitadoras ofrecían precios sin gran esfuerzo de navegación.

A la vista de estas actuaciones, este Tribunal no puede sino constatar que, frente a la alegación de falta de justificación de los precios mediante las webs aportadas por la adjudicataria, y comprobado por este Tribunal que así resulta en la mayor parte de ellos, a diferencia de lo que ocurre con las otras licitadoras, el órgano de contratación no ha aportado constancia documental alguna del cumplimiento que afirma."

Sentado lo anterior, pasamos a examinar el fundamento noveno del Acuerdo, ya que, habida cuenta de que los demás motivos de impugnación fueron desestimados, es de dicho fundamento del que trae causa el pronunciamiento final del Acuerdo cuya ejecución ha sido impugnada.

"De esta redacción se desprende con toda claridad que las ofertas presentadas debían aportar la justificación de los precios ofertados de los vehículos, a través de su ficha técnica, de catálogos, tarifas oficiales o páginas web.

De forma similar, el párrafo relativo a la maquinaria exige justificación mediante catálogos, tarifas oficiales o páginas web.

Así, y conforme a la doctrina señalada, solo cabe que los licitadores justifiquen de esta manera sus ofertas y que el poder adjudicador admita únicamente estos modos de justificación.

En este punto conviene detenerse en la solicitud de aclaraciones a ACCIONA, en la que el órgano de contratación solicita, según se señala en la misma, aclaraciones con base en el artículo 97 LFCP, interpretando que su oferta adolece de oscuridad o de inconcreción y en la que, entre otros documentos (estudio razonado sobre dimensionamiento de los vehículos, equivalencia de vehículos, etc.), le pide detallar variantes y/o características de los vehículos para el cálculo de su valor (Motorización, tipo de batería, detalles de carrozados, dimensiones, basculantes, etc. "que permitan el cálculo del valor a nuevo de los vehículos". Y lo mismo, en relación con la maquinara que se cita en la petición de aclaración.

Pues bien, si atendemos al texto transcrito del Pliego, del contenido de esta solicitud se desprende, en primer lugar, que se trata fundamentalmente de un requerimiento de subsanación de la documentación que la licitadora debió aportar en su oferta a través de fichas técnicas o catálogos y/o webs, subsanación que resulta aceptable conforme a la doctrina de los Tribunales de Contratos, en la medida en que no constituya un trato desigual al resto de los licitadores y no modifique la oferta. (...).

Procede, pues, aceptar como válido el requerimiento formulado por la Administración licitadora para subsanar la oferta, en los términos descritos.

Volviendo al contenido del requerimiento, se constata igualmente que, junto al lícito requerimiento de subsanación, el órgano de contratación manifiesta que parte de la documentación requerida lo es a efectos del cálculo del PVP de los diferentes elementos. Sin embargo, y como se ha visto, lo que el Pliego prevé es que las empresas licitadoras justifiquen los precios, no a través de la comunicación al órgano de las características variantes y accesorios de los elementos ofertados, sino a través de los precios obrantes en los enlaces web, fichas técnicas o catálogos, por lo que, conforme a la ley del contrato, la documentación requerida no resulta válida a efectos de subsanar la falta de justificación de los precios, debiendo ésta haberse realizado en la forma descrita en el Pliego, es decir, mediante un enlace directo a la página en la que figurara el correspondiente precio, por haber sido ésta la forma de justificación elegida por la empresa adjudicataria, y como consta en el expediente que se ha realizado por las otras licitadoras.

Otro tanto ocurre con la aceptación como justificación de los compromisos de precios de proveedores que en el caso de ACCIONA cobra particular relevancia, al no existir constancia de otra justificación de los precios por ella ofertados, ya que, además de ser contrario a la Ley del contrato, que no contempla esta forma de justificación, resulta evidente que estos compromisos no contienen el PVP requerido por el Pliego sino el precio que se oferta a la licitadora solicitante de dicho compromiso.

Esta forma de actuar del órgano de contratación constituye una clara vulneración del Pliego Regulador, que conlleva además la vulneración del principio de transparencia, al haberse habilitado una forma de justificación de precios no prevista en el pliego y en la que frente a la estipulada, que solo permite las aportadas directamente por los licitadores en las formas establecidas, deja en manos del órgano

de contratación y sin que haya constancia en el expediente, la realización de la serie de operaciones que con los datos requeridos, pudieran llevar a encontrar los referidos precios.

A ello hay que añadir que este modo de actuar por parte del órgano de contratación conlleva igualmente infracción del principio de igualdad, al otorgar a una licitadora un trato diferente al de aquellas que se han atenido a las condiciones del Pliego Regulador, aportando los enlaces webs en que se contenían los precios ofertados.

(...).

De esta transcripción se desprende con claridad que el pronunciamiento final está referido únicamente al requerimiento practicado a ACCIONA, respecto del que se señala que, tanto la forma en que se practicó, como la aplicación de la información aportada en ejecución del mismo, resultaban contrarias al Pliego y a los principios de transparencia e igualdad.

En efecto, ninguna referencia contiene el fallo del Acuerdo 77/2019, cuya ejecución es objeto de esta reclamación, a la valoración de ofertas realizada en el procedimiento enjuiciado y mucho menos a su revisión, siendo ello consecuencia del principio de congruencia establecido en el artículo 127 LFCP, que establece que, "la resolución que ponga término al procedimiento será congruente con la petición (...)". Petición que, según resulta de los antecedentes del citado Acuerdo, se sustentaba en el motivo principal de la reclamación que no fue otro que la falta de justificación de los precios aportados por ACCIONA y no la de los precios de ninguna otra licitadora, razón por la que tanto el fallo como su posterior ejecución únicamente podían versar sobre tal objeto.

Así pues, no cabe más interpretación del fallo del Acuerdo que la de retrotraer las actuaciones al momento de practicar el requerimiento a la empresa ACCIONA, al objeto de que éste sea practicado conforme al Pliego, según se señala en el fundamento transcrito, es decir, omitiendo la parte relativa a la petición de "detallar variantes y/o características de los vehículos para el cálculo de su valor (Motorización, tipo de

batería, detalles de carrozados, dimensiones, basculantes, etc. "que permitan el cálculo del valor a nuevo de los vehículos. Y lo mismo, en relación con la maquinara que se cita en la petición de aclaración," ya que, el Pliego prevé la aportación de los precios de manera concreta, sin que proceda, a efectos de su valoración, más intervención de la Mesa que la constatación de los mismos en la documentación aportada por la empresa.

En consecuencia, del fallo del Tribunal no cabe deducir que deba procederse a una nueva valoración de todas las ofertas como ha hecho el Ayuntamiento de Tudela, sino a la admisión o exclusión de ACCIONA, en función del juicio que la Mesa de Contratación emita a la vista de la documentación aportada por dicha empresa, en respuesta al nuevo requerimiento, que debía practicarse en los términos indicados en el Acuerdo 77/2019.

A ello debemos añadir que, el artículo 129.1 LFCP, recogiendo el principio de conservación de actos y trámites, establece que, "(...). Cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites ordenada por el Tribunal no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción".

La actuación del Ayuntamiento de Tudela, al realizar una nueva valoración de las ofertas con modificación de precios contenidos en las mismas, además de ser contraria al fallo del Acuerdo 77/2019 de este Tribunal, infringe la LFCP y el propio Pliego regulador, pues nada autoriza ni en aquella ni en éste tal actuación.

Este modo de proceder, ajeno al procedimiento contractual regulado en la LFCP, mediante la auto atribución por el Ayuntamiento de Tudela de una suerte de potestad consistente en aplicar a las ofertas los precios que derivan de su propio estudio, en lugar de los que obran o deben obrar en las mismas, es contrario al principio constitucional de legalidad (artículos 9.3, 103 y 106), conforme al cual las potestades administrativas, derivan única y exclusivamente de la Ley. Así, como ya dijéramos en nuestro Acuerdo 15/2020, de 24 de febrero, respecto de un supuesto similar, "esta entidad olvida que las Administraciones Públicas únicamente pueden realizar aquello que las leyes les permitan hacer, según resulta del mandato derivado de los artículos 9.3, 103 y 106 de la Constitución. Conforme al artículo 103 del texto citado las Administraciones tienen

que actuar con "sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Así ha sido puesto de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 26 de noviembre de 1990 en la que se dice que "es conocido que la Administración no tiene otros poderes que los que la Ley le atribuye, de manera que lege silente aquélla carece de esa potestad reglamentaria o de cualquier otra".

En la medida en que este modo de proceder es contrario a la razonable estabilidad que en virtud del principio de seguridad jurídica cabe esperar de las decisiones de la administración, en función de la cual los particulares adoptan sus decisiones, resulta igualmente contrario a los principios de confianza legítima y buena fe, cuya vulneración ha sido aducida por la reclamante.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución nº 1/2016, de 13 de enero de 2016, "Este principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo Alemán, constituye desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de Marzo de 1961 y 13 de Julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo y por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, artículo 3.1.2).

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1999 y la de 26 de Abril de 2012 recuerdan que "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy, de la Unión Europea- y la jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones, o dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento y este criterio se

reitera en la STS de 16 de Mayo de 2012, al resolver el recurso de casación núm. 4003/20082".

Este principio ha de ser aplicado "no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego interés individual e interés general-, la revocación o la dejación sin efectos del acto hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa unos perjuicios que no tiene por qué soportar, derivados de unos gastos o inversiones que sólo puede ser restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica".

Una vez sentado que la retroacción ordenada por Acuerdo 77/2019 se circunscribe al requerimiento de justificación de los precios aportados por ACCIONA y a la posterior aplicación del resultado de éste, sin que pueda irse más allá de lo que los propios términos del Acuerdo indican, resultan improcedentes los argumentos de defensa de la actuación de la entidad contratante, tales como los esgrimidos por la empresa ACCIONA, en relación con el principio de igualdad que a juicio de dicha empresa justificaría la revisión de la valoración de las ofertas de todas las empresas, o que tal revisión esté basada en un minucioso estudio de la justificación de todos los precios de vehículos y maquinarias de todas las ofertas, como señala el Ayuntamiento de Tudela. Y ello porque no estando prevista en el referido Acuerdo, y dada la ausencia de norma que ampare la realización de la revisión operada, tal actuación está viciada de origen, por lo que ninguna justificación puede tener efecto sobre la misma.

Por todo ello se concluye que el Acuerdo 77/2019, de 25 de septiembre, no ha sido correctamente ejecutado, debiendo anularse la propuesta de adjudicación de 7 de enero de 2020 y los actos dictados posteriormente, y retrotraer el procedimiento, para llevar a efecto el Acuerdo del Tribunal en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho del presente Acuerdo.

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 don G. A. S., en nombre y representación de URBASER, S.A., contra la propuesta de adjudicación de 7 de enero de 2020, del contrato que tiene por objeto el "Servicio de mantenimiento de zonas verdes, parques infantiles y bancos y desbroce/limpieza de cauces/riberas de ríos", promovido por el Ayuntamiento de Tudela, formulada a favor de ACCIONA MEDIOAMBIENTE, S.A.U., anulando dicha propuesta de adjudicación, y los actos dictados posteriormente, y retrotraer el procedimiento, para llevar a efecto el Acuerdo del Tribunal en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho del presente Acuerdo.
- 2º. Notificar este Acuerdo a don G. A. S., en su condición de representante de URBASER, S.A., al Ayuntamiento de Tudela, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.
- 3°. 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, 7 de mayo, de 2020. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. EL VOCAL, Ignacio Carrillo de Albornoz Alfaro.