Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 31/2020

ACUERDO 52/2020, de 3 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta, de 29 de abril de 2020, por el que se adjudica el contrato de servicios de "*Limpieza Viaria del municipio de Peralta*" a FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Peralta publicó en el Portal de Contratación de Navarra el 12 de noviembre de 2019, el anuncio de licitación del contrato de servicios de limpieza viaria de dicha localidad.

Tramitado el procedimiento de contratación, por el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta, de 29 de abril de 2020, se adjudicó el contrato a FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. (en adelante FCC). Dicho acuerdo fue notificado a las entidades licitadoras los días 7 y 14 de mayo de 2020.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de mayo de 2020, CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante CESPA) ha interpuesto una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de adjudicación del contrato.

Comienza el reclamante señalando que su intención no es cuestionar ni rebatir el Acuerdo 28/2020, de 20 de mayo, por el que se inadmitió la reclamación que interpuso en este mismo procedimiento de licitación por haber sido presentada a través del Registro General Electrónico. Considera que la reclamación ahora interpuesta debe ser

admitida, siendo irrelevante a estos efectos la presentada con anterioridad, citando la sentencia del Tribunal Constitucional 6/2018, de 22 de enero.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1º. Señala, en primer lugar, que solicitó acceso al expediente el 8 de mayo y que, a fecha de presentación de la reclamación, no se le ha concedido el mismo, de modo que considera que se ha producido indefensión. Manifiesta que es obligación del reclamante presentar la reclamación especial en plazo, motivo por el que la interpone, "*sin perjuicio de que puedan existir otros Fundamentos de Derecho que pudieran ponerse de manifiesto una vez que dicho acceso tenga lugar en los términos solicitados*", con cita del Acuerdo 50/2015, de 17 de septiembre, de este Tribunal.

2º. Alega, en segundo lugar, que existe una causa de nulidad de pleno derecho que conllevaría la nulidad del procedimiento de licitación. Señala que la cláusula 8ª del pliego, relativa a los criterios de adjudicación, establece en su punto 4 como criterios sociales, con una valoración de hasta 10 puntos, "*la justificación de la adopción de medidas de promoción de la igualdad de sexos o de medidas de inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social*". La redacción de este criterio merece, a su juicio, dos reproches.

Por un lado, entiende que no guarda relación con el objeto del contrato, que es la limpieza viaria del municipio. Señala que el artículo 2.3 de la LFCP dispone que "*en la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato (…)*", y el artículo 64.1, al regular los criterios de adjudicación, establece que estos deben 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."

Asimismo, señala que el artículo 64.6 de la LFCP contiene un listado de aspectos que pueden utilizarse como criterios de carácter social, y cita el Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, de este Tribunal, conforme al cual "*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*".

Por lo tanto, concluye que estos requisitos no se cumplen en la formulación del criterio social de la cláusula 8ª del pliego, ya que la promoción de la igualdad de sexos o la inserción sociolaboral de personas en riesgo de exclusión no redundan en una mejor prestación del servicio.

Por otro lado, considera que su redacción no está debidamente desarrollada, de modo que genera inseguridad a la hora de su aplicación por carecer de precisión respecto a lo que se va a valorar. A estos efectos, cita el Acuerdo 64/2019, de 23 de julio, que señala que "(…) *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*".

Asimismo, cita el Acuerdo 23/2020, de 7 de mayo, de este Tribunal, que declara la nulidad de pleno derecho de un criterio social de adjudicación consistente en la inserción de personas discapacitadas o en riesgo de exclusión social, y en la formación de los trabajadores y adopción de medidas de protección de la salud, por no establecer ningún tipo de regla de ponderación, otorgándose a la entidad contratante total libertad para establecer las puntuaciones, vulnerando la igualdad de los licitadores.

Por todo ello, solicita que se declare la nulidad del criterio social de adjudicación y, en consecuencia, del procedimiento de licitación y, subsidiariamente, en caso de que no se hubiese facilitado el acceso al expediente administrativo durante la tramitación de la reclamación, la anulación del acto impugnado por infracción del ordenamiento jurídico, conforme a los artículos 48.1 y 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ordenándose la retroacción de las actuaciones al momento en que se produzca dicho acceso.

TERCERO.- Con fecha 21 de mayo de 2020, se requirió al Ayuntamiento de Peralta la presentación del expediente de contratación así como, en su caso, de las alegaciones que estimase pertinentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP).

Transcurrido el plazo de dos días hábiles previsto en el citado artículo, con fecha 26 de mayo 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 27 de mayo el Ayuntamiento de Peralta aportó parte del expediente de contratación y, tras sendos requerimientos para ello, con fechas 28 de mayo y 1 de junio, completó el citado expediente. No ha presentado, sin embargo, alegación alguna.

CUARTO.- Con fecha 1 de junio de 2020, se dio traslado a los restantes interesados para que alegasen lo que estimasen pertinente, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, presentándose alegaciones por parte de FCC el 4 de junio, en las que se opone a la causa de nulidad alegada por el reclamante en base a tres motivos.

1º. Considera que supone una infracción de la normativa y de la jurisprudencia de contratación pública por implicar una revisión de actos firmes y consentidos que vinculan a los participantes y a la Administración, actuando la reclamante con mala fe al no haber resultado adjudicataria. Cita la Sentencia del TSJ de Navarra 365/2017, de 13 de septiembre, que afirma que "(…) *no cabe, al socaire de la impugnación de un acto de adjudicación (y de, en su caso, exclusión), pretender, y más, subsidiariamente como en este caso, la nulidad de los Pliegos que nunca antes se recurrieron, (…)*".

2º. Señala, asimismo, que el criterio social se ajusta a los criterios legalmente exigibles, sin perjuicio de que pudiera ser más preciso.

3º. Por último, señala que estaríamos ante una nulidad parcial del pliego que no afectaría al resultado final del procedimiento, ya que si se excluyera la puntuación de dicho criterio de la reclamante y del adjudicatario, la oferta de FCC seguiría siendo la más ventajosa, de modo que la declaración de nulidad del pliego y, en consecuencia, del procedimiento supondría una vulneración del artículo 49 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme al cual "*la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado*".

Solicita, por todo ello, la desestimación de la reclamación interpuesta.

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 el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

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

TERCERO.- Antes de entrar en el fondo de la reclamación debemos examinar si la reclamación debe ser admitida a trámite puesto que con carácter previo se interpuso otra similar y frente al mismo acto ahora impugnado pero que fue inadmitida por este Tribunal mediante Acuerdo 28/2020, de 20 de mayo, al presentarse a través de un cauce inadecuado. Sin perjuicio de ello, consideramos que no concurre ninguna de las causas de inadmisión establecidas en el art. 127.3 de la LFCP, habiéndose realizado la reclamación en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP por lo que debe ser admitida a trámite

Por este motivo consideramos que 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 por lo que debe ser admitida a trámite.

CUARTO.- En cuanto a la legitimación del reclamante, se plantea indirectamente la carencia de la misma en las argumentaciones del adjudicatario, al poner de manifiesto la ausencia de obtención de beneficio alguno ante una eventual estimación del recurso, de la que derivaría una posible falta de legitimación para interponer la reclamación.

En tal sentido debemos reproducir lo dispuesto en la Resolución 648/2018, de 6 de julio, del TACRC:

"Séptimo. Prima facie, hemos de plantearnos la alegación hecha por el órgano de contratación en torno a la intranscendencia de la aceptación de los argumentos de la recurrente, por hallarse situado en la tercera posición, esto es, reprocha una eventual falta de legitimación de las recurrentes ante la imposibilidad de obtener beneficio alguno por una hipotética estimación del recurso, pues, aun así, no llegarían a ser las adjudicatarias en UTE, del contrato licitado.

Es doctrina asentada de este Tribunal (Resolución nº 993/2017, de 27 de octubre) que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad, sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente.

En el caso que nos ocupa solo la íntegra estimación de su recurso habría de reportarle un beneficio al actor, pues únicamente si se considera que se están valorando criterios no contemplados en los pliegos o que existen contradicción en los mismos generadores de indefensión y discriminación entre los licitadores, cabría considerar que las recurrentes podrían obtener algún beneficio, pues solo por esta vía podrían obtener una nueva posición tras la declaración de nulidad del procedimiento, a

saber: el inicio de una nueva licitación y por ende, la presentación de sus proposiciones en otro procedimiento destinado a la adjudicación del mismo contrato.

Siendo pues inseparable en este caso la apreciación de la legitimación del estudio de la cuestión de fondo, ha de procederse al análisis de sus pretensiones para determinar la admisibilidad y ante las alegaciones de vicios de nulidad generadores de indefensión y por ende, de discriminación entre las licitadoras en la forma de valoración de los criterios de adjudicación, hemos de proceder al reconocimiento de su legitimación y en consecuencia, a entrar en el fondo del asunto."

En consecuencia, conforme con la doctrina señalada y con los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, debe admitirse la legitimación del reclamante.

QUINTO.- Otra de las cuestiones que debemos analizar con carácter previo es la referida a la solicitud de alegaciones complementarias planteada por el reclamante en su escrito de interposición, puesto que según manifiesta no ha tenido acceso al expediente.

Al respecto conviene recordar la doctrina de los distintos tribunales administrativos de contratos. Así en nuestro Acuerdo 81/2019, de 24 de octubre, señalamos que "*Sin perjuicio de lo expuesto, procede recordar, en términos sucintos, que el no acceso al expediente administrativo sólo resulta relevante en cuanto constitutivo de indefensión, por haberse vulnerado con ello el derecho de acceso a información suficiente para interponer una reclamación especial debidamente fundada, limitando el derecho de defensa del licitador. Así pues, sólo en la medida en que los documentos cuyo acceso se interesa son necesarios para la articulación de la defensa de la reclamante, tiene sentido el ejercicio del derecho de acceso al expediente y a la oferta de la adjudicataria que interesa."* Y añadiendo: *"lo cierto es que el acceso al expediente debe garantizarse en tanto en cuanto del mismo dependan, directamente, las posibilidades de defensa de quien lo solicita.*"

Por otra parte en nuestro Acuerdo 82/2019, de 25 de octubre, indicamos que: *"En relación con la admisión de nuevas alegaciones, este Tribunal ya manifestó en el Acuerdo 44/2019, de 21 de mayo, que, dadas las características de la Reclamación especial en materia de contratación pública, en particular la relativa a la necesaria*

celeridad de su tramitación, con carácter general, no resulta procedente la realización de alegaciones complementarias. […] Sin embargo, tampoco cabe excluir de plano tal posibilidad si bien deberá hacerse con criterios restrictivos y justificados debido a la complejidad del asunto o al conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo. En estos casos sí podría justificarse la admisión de nuevas alegaciones garantizando en todo caso el principio contradictorio, que obliga a oír a todos los interesados en relación con las nuevas alegaciones.

Otro tanto cabe señalar respecto del solicitado trámite de vista del expediente, cuya tramitación debe quedar restringido a los casos en que exista una clara constancia de indefensión, y a aquellos en que la vista resulte esencial para la fundamentación del recurso; ello como consecuencia del carácter instrumental de dicho trámite".

De igual modo en la Resolución 431/2019, de 25 de abril, del TACRC, se señala que "*Hay que tener en cuenta que el acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo tanto, no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso".*

La Sentencia núm. 105/2016, de 24 de febrero, del TSJN, que resuelve un recurso contencioso interpuesto contra el Acuerdo 8/2014, desestima, entre otras cuestiones, la alegación del reclamante de indefensión, indicando que "*la STS de 1 de febrero de 2001, dispone que "la indefensión jurisdiccionalmente transcendente es la material, de manera que la mera invocación de infracciones formales, sin transcendencia real y material, no puede provocar la anulación de los actos impugnados. Esta conclusión se ve corroborada en el orden práctico, pues ningún sentido tendría el cumplimiento del trámite omitido si una vez celebrado no se producen modificaciones reales en el expediente resuelto. Ello obliga, por tanto, a que se alegue, en términos razonables, qué hipotéticos efectos favorables para el recurrente se habrían producido de haberse observado el trámite omitido. Al no haberse hecho así, alegando los perjuicios razonables que de esa omisión de la audiencia se han seguido, la indefensión alegada no puede ser apreciada"".*

Asimismo, la Resolución 33/2020, de 19 de febrero, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, señala lo siguiente respecto a la necesidad de acceder al expediente administrativo para garantizar la defensa del recurrente:

"Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. (…).

La genérica petición de "acceso al expediente" ni se justifica ni se especifica, y la solicitud de acceso a la documentación de las ofertas de los demás licitadores es irrelevante para el objeto de la pretensión, que se refiere tan solo a la validez de la proposición del recurrente."

Tras lo expuesto procede analizar si las posibilidades de defensa del reclamante se han visto mermadas, teniendo en cuenta que el licitador fundamenta su petición en la solicitud de acceso al expediente que formalizó con fecha 8 de mayo y que acompaña a la reclamación, manifestando que a fecha de 21 de mayo no ha tenido acceso al mismo.

Frente a ello, lo primero que llama la atención, es que al contrario de lo sostenido por la reclamante, consta en el expediente que se le da acceso con fecha de 14 de mayo a la documentación no confidencial del expediente, remitiéndose la misma a

través del Registro Electrónico el 15 de mayo, disponiendo por tanto de tiempo suficiente para fundamentar sus alegaciones en la reclamación materializada con fecha de 21 de mayo.

Además, a la vista de la doctrina sucintamente expuesta, el reclamante no justifica los aspectos del expediente que necesita consultar, ni en qué manera la falta de acceso al mismo ha mermado su derecho a la defensa y fundamentación de la reclamación. A mayor abundamiento, tras analizar el escrito de reclamación, se advierte que el único motivo de impugnación que aduce es la nulidad de una cláusula del pliego, para lo cual no resulta necesario el acceso al expediente.

Por las razones esgrimidas entendemos que esta alegación debe desestimarse.

SEXTO.- Entrando ya al fondo del asunto debemos analizar, si como pretende la reclamante, procede declarar la nulidad del pliego, al carecer el criterio social de adjudicación de relación con el objeto del contrato y ser impreciso en cuanto a su valoración como se ha detallado en los antecedentes.

La cláusula en cuestión es la octava del pliego regulador del contrato donde se regulan los criterios de adjudicación, siendo el discutido por el reclamante el de carácter social:

"4.- Criterios sociales: ……Hasta 10 puntos

▪ *La justificación de la adopción de medidas de promoción de la igualdad de sexos o de medidas de inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social"*

A este respecto debe traerse a colación la doctrina recogida en la Resolución 126/2020, de 30 de enero, del TACRC, con cita a su vez de la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, y en los que se plantea un asunto análogo, la existencia de un posible vicio de nulidad de pleno derecho del pliego por el que se rigió la adjudicación de un determinado contrato, por parte de un licitador que había presentado una proposición a dicha licitación, indicando lo siguiente:

«…debe plantearse este Tribunal la admisión del recurso, puesto que el licitador sólo discute cuestiones contenidas en los pliegos una vez que ya ha sido adjudicado el contrato al licitador que presentó la oferta más ventajosa. Pues bien, debemos partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que "los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación" (Resolución 241/2012, de 31 de octubre)…

Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar. Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe. Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que "La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación

porque el acto administrativo consentido -el pliego-es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación". Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar "a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación». Añadiendo, a continuación, que: «Asimismo, como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 808/2016, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general."

"Con arreglo a esta doctrina del Tribunal, la admisión de la impugnación de los pliegos con posterioridad a los plazos previstos para ello por la LCSP requiere, dado su carácter excepcional, por una parte, de la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho y además que no exista ruptura del principio de buena fe por parte del

recurrente o, dicho de otro modo, que solo en el momento que se le notifica el acuerdo de adjudicación haya conocido ese vicio de nulidad."

En el mismo sentido la Sentencia 365/2017, 13 septiembre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma:

"Recordaremos el criterio de esta Sala recogido entre otras en sentencia de 28 de octubre de 2014 en recurso contencioso administrativo nº 486/201.

"4.- Aunando lo anterior debe concluirse que los Pliegos y los criterios de adjudicación allí establecidos debieron discutirse, en su caso, articulándose los oportunos recursos y reclamaciones contra los mismos y ello en el plazo legal (debidamente comunicado) desde la publicación de referencia. No se hizo por el reclamante en sede administrativa por lo que tales motivos no pudieron articularse con ocasión de la adjudicación y menos valorarse por la Junta al resolver la reclamación.

5.-…. Sin el conocimiento y aprobación de lo que va a constituir la "ley del contrato" con carácter previo a la perfección del mismo para que los interesados puedan articular sus ofertas, es evidente que no puede existir licitación ni por ende adjudicación.

Y es que, en el presente caso, los Pliegos deben reputarse ya aprobados con el Acuerdo de anuncio de la licitación conteniendo las bases de la misma y todos lo extremos que deben regir la licitación (conforme al artículo 69 LFCP); conteniendo dicho anuncio plena información de recursos al respecto…

6.- Tampoco puede invocarse, como hace la Junta, el principio de confianza legitima. Y ello por que estamos ante un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva y tal principio, como el de seguridad jurídica, debe predicarse no solo del reclamante sino de todos los participantes.

….

Precisamente el principio de confianza legitima y de seguridad jurídica impone el mismo tratamiento jurídico a todos los interesados cuando, como es el caso, la Administración informó correctamente de los recursos desde un principio a todos los licitadores.

7.- Las partes demandadas aluden a la posibilidad de que puedan valorarse causas de nulidad de pleno Derecho relativas a los actos preparatorios con ocasión de la impugnación de la adjudicación.

La STS de fecha 28-6-2004 (exponente de reiterada doctrina) ha reseñado:

" El referido conjunto de motivos viene a reiterar en casación lo que en la demanda de la instancia figuraban como «Irregularidades en los Pliego», que no pueden ser acogidas con base en la doctrina de esta Sala que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación….. Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158) , puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación.

La perplejidad de la Sala de instancia se refiere a la extrañeza que produce el que se pongan reparos de legalidad a la figura misma del contrato o al contenido de las cláusulas por quien había pretendido su adjudicación. Y éste debía entender que al no impugnar el Pliego se convertiría en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1961 [RJ 1961, 1909] , 31 de marzo de 1975 [RJ 1975, 2385] , 20 de enero de 1977, 23 de junio de 2003 [RJ 2003, 4413] , 16 de enero y 18 de mayo de 2004 [RJ 2004, 3517] entre otras); Pliego para el que, además, resulta aplicable el principio de libertad de pactos con los límites establecidos en el artículo 4 LCAP." .

Por lo tanto, y dada su naturaleza, los motivos atenientes a los Pliegos deben invocarse con ocasión de la articulación en tiempo y forma de las reclamaciones contra ellos (También STJNavarra de fecha 26-6-2003 Rc 220/2001); e incluso tratándose de motivos de nulidad de pleno Derecho deben articularse a través de una acción de nulidad (no como pretenden los demandados al margen de todo plazo para articular una reclamación ordinaria; no es esta la interpretación que deriva de la Jurisprudencia) y a salvo, en todo caso, los principios de buena fe y seguridad jurídica apreciables en el caso concreto.

Pero es que, en cualquier caso, en el presente caso no se han apreciado causas de nulidad de pleno Derecho (como erróneamente pretende la parte demandada) puesto que tales motivos de nulidad de pleno derecho son los recogidos en el artículo 126.2 LFCP: esto es, ha de entenderse que las causas de nulidad de Derecho administrativo se limitan a las contempladas en el artículo 62.1 LRJyPAC, la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, la carencia o insuficiencia de crédito y hallarse incurso en causa de exclusión de la licitación; y en ninguna de esas causas es incluible los cuestionados motivos.

Y es que la vulneración del principio de transparencia (o la vulneración del artículo 56 LFCP) -artículo 126.3 LFCP- no constituye causa de nulidad de pleno Derecho.

8.- La conclusión de todo lo anterior determina que la Junta no debió entrar a valorar (ni anular como así hizo) los motivos que tenían como fundamento la ilegalidad de los criterios de adjudicación recogidos en el Pliego y que no fueron oportunamente impugnados en su momento por el reclamante, debiendo haber desestimado los mismos."

Finalmente indica:

"Considerar que alguna cláusula de un Pliego determinado, o alguna actuación del procedimiento de licitación, puedan incurrir en causa de nulidad de pleno derecho del art. 62 de la LPA, precisa, una vez transcurridos los plazos de impugnación, una motivación detallada y, en todo caso, ha de evidenciarse una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional, cosa que en este supuesto no se produce."

Tras lo expuesto, queda claro que en el presente supuesto, el reclamante, al no impugnar el Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato

siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales y que por tanto nos encontramos ante un recurso indirecto contra los pliegos, que resulta extemporáneo y respecto del que, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente procederá la admisión cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación. A este respecto, en la última de las sentencias citadas se precisa que para considerar que alguna cláusula de un pliego incurre en causa de nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y, en todo caso, ésta debe evidenciarse "*con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional*."

Veamos pues si se dan las condiciones para su admisión. En el presente caso dos son los vicios de nulidad del pliego alegados por el reclamante en relación con los criterios sociales, por un lado, la ausencia de vinculación con el objeto del contrato y por otro la imprecisión en cuanto a su valoración. Tras su identificación procede ahora analizar si un licitador razonablemente informado y normalmente diligente pudo haberlos alegado en un recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y forma, resultando en ese caso la presente alegación extemporánea al producirse con quebranto de las exigencias de la buena fe.

Como indicamos, lo invocado es, por un lado, la presunta ausencia de vinculación con el objeto del contrato y por otro la imprecisión en cuanto a su valoración. Respecto al primero de ellos, no alcanzamos a comprender por qué, una vez conocido el pliego, no se alegó en el momento procedimental oportuno, puesto que no era necesario esperar a la adjudicación para constatar su existencia y alcance. En este sentido debemos tener en cuenta las propias alegaciones del reclamante en su escrito de interposición que versan sobre datos objetivos del pliego con apoyo en preceptos legales y en diversos Acuerdos de este Tribunal y que por tanto pudieron ser igualmente esgrimidos en el momento oportuno y no con posterioridad al proceso de selección contractual, y a la adjudicación, lo cual pone de manifiesto que la reclamante únicamente cuestiona la validez del pliego y pide su anulación tras constatar que no ha resultado adjudicataria, lo que consideramos contrario al principio de prohibición de actuación contraria a los propios actos y al principio de buena fe. De igual modo, como decíamos, para considerar que alguna cláusula de un pliego pueda incurrir en causa de

nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y reforzada, evidenciándose de manera cualificada la vulneración de un derecho con amparo constitucional, lo que no se da en el presente caso, puesto que, a pesar de lo manifestado y no motivado por el reclamante, no se constata una vulneración del derecho de igualdad porque el Pliego es el mismo para todos los participantes.

Respecto del segundo de los motivos, el referido a la imprecisión en cuanto a su valoración, se alega sucintamente que no se explica "*el modo en que el máximo de la puntuación va a ser atribuido, en la medida en que no se han establecido criterios de ponderación, lo que supone una vulneración del principio de igualdad de los licitadores que exige que los licitadores conozcan con carácter previo los parámetros que van a guiar la valoración de los criterios de adjudicación*". Frente a ello, debemos recordar nuevamente que lo que ahora se pretende bien pudo esgrimirse en el momento oportuno, recurriendo el pliego, puesto que esta circunstancia era constatable desde el momento de su publicación. Por otra parte, debemos indicar que la mesa de contratación, al aplicar el criterio en cuestión, ha valorado con 10 puntos las ofertas que han aportado medidas de promoción tanto de igualdad de sexos como de inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, otorgando 5 puntos por cada una de ellas, sin que para ello sea necesario un especial esfuerzo interpretativo. Pretender ahora una graduación expresa del criterio puede obedecer a una interpretación interesada ante la imposibilidad de cumplirlo. Pero es que además, optando por la interpretación más cercana a la posición de la reclamante, se le otorgarían 5 puntos más, por lo que igualmente carecería de incidencia real en el resultado final de la valoración obtenida, puesto que la adjudicataria FCC obtiene 88,19 puntos y CESPA 82,80 puntos, por lo que otorgarle 5 puntos más a esta última, no resulta determinante para que el adjudicatario sea uno u otro. Así se puede comprobar en el acta referida al sobre B de fecha 16 de enero, de valoración de los criterios sociales, con el siguiente resultado:

- *Cespa: aporta Plan Igualdad ……5 puntos.*
- *FCC: aporta Plan de Igualdad y la justificación de la inserción socio-laboral de personas en situación o riesgo de inclusión social……..10 puntos.*
- *Urbaser: No aporta justificación, sólo compromisos……0 puntos.*
- *SEULA: No aporta justificación, sólo compromisos……..0 puntos.*

En todo caso resulta evidente el menoscabo del principio de buena fe porque lo que ahora se pretende es la nulidad de todo lo actuado, supuesto que beneficia a la entidad reclamante, al permitirle ser de nuevo candidata a la adjudicación, puesto que con una anulación parcial del criterio en cuestión, o al contrario, con un reconocimiento de la totalidad de la puntuación cuya aplicación cuestiona, no se alteraría el resultado final del procedimiento de licitación resultando adjudicataria la actual.

Finalmente tampoco se aprecia en el razonamiento de la reclamante una motivación detallada y reforzada que evidencie de manera cualificada la vulneración del derecho de igualdad alegado, y que como hemos podido constatar tampoco se produce, puesto que el Pliego se aplica en igualdad de trato a todos los aspirantes.

Por todo ello, no cabe admitir la pretensión del reclamante, quien participó en el procedimiento de licitación sin cuestionar la legalidad de las cláusulas del pliego, no pudiendo pretender ahora actuar en contra de los principios "non venire contra factum proprium" y de buena fe, cuando, además, no ha motivado justificadamente la pretendida vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores como consecuencia de la aplicación de la cláusula 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. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta, de 29 de abril de 2020, por el que se adjudica el contrato de servicios de "*Limpieza Viaria del municipio de Peralta*" a FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.

2º. Notificar este acuerdo a CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A., al Ayuntamiento de Peralta, 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, 3 de julio de 2020. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, María Pilar Gay-Pobes Vitoria.