

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS
PÚBLICOS DE NAVARRA**

MEMORIA DEL AÑO 2020

1.- PRESENTACIÓN.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra – en adelante TACPN – es un órgano con independencia funcional, adscrito orgánicamente al Departamento del Gobierno de Navarra con competencia en materia de contratación pública (actualmente el Departamento de Economía y Hacienda), que comienza su actividad a finales del mes de abril de 2013.

Esta Memoria tiene por objeto ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante el año 2020 y, especialmente, dar cuenta de algunos de los principales criterios doctrinales recogidos en los acuerdos adoptados, sin perjuicio de la publicación de todos ellos en la siguiente dirección web:

<http://PortalContratacion.navarra.es/>

2.- FUNCIONES.

A) La función principal del TACPN es la resolución de las reclamaciones especiales en materia de contratación pública relativas a cualquier contrato público de los definidos en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP) que pretendan celebrar o celebren las entidades adjudicadoras relacionadas en los artículos 4 y 5 de la LFCP, con independencia de su valor estimado.

B) Son susceptibles de reclamación especial en materia de contratación pública los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación o perjudiquen las expectativas de los licitadores, 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 particular, a título de ejemplo, los anuncios de licitación, los pliegos, además de los actos de inadmisión o exclusión de los licitadores, el acto por el que se declara desierta o se desiste de una licitación, las cláusulas de la licitación incompatibles con la normativa y el acto de adjudicación del contrato. Esta amplitud abarca no sólo actos de trámite “cualificados” sino también, además, las actuaciones que perjudiquen las expectativas de los interesados, como podrían ser los informes de valoración de ofertas, que no reúnan tal carácter, realizando así un control previo.

Además, el TACPN es competente para adoptar las medidas cautelares que se soliciten en relación con las actuaciones propias de los contratos públicos, con el alcance que ofrece el artículo 125 de la LFCP.

Por el contrario, no son recurribles los acuerdos del propio Tribunal, de forma que frente a los mismos solo cabe recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

C) La reclamación puede fundarse exclusivamente en alguno de los siguientes motivos:

a) Encontrarse incurso el adjudicatario en alguna de las causas de exclusión de la licitación señaladas en la Ley Foral.

b) La falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario.

c) Las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados.

d) Los encargos a entes instrumentales, que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral, por considerar que debieron ser objeto de licitación.

e) Las modificaciones de contratos que se realicen con infracción de los preceptos de la LFCP, estén previstas o no en el contrato inicial, por considerar que debieron ser objeto de licitación.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

3.- ORGANIZACIÓN.

El TACPN se crea por el artículo 38 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que añade un nuevo artículo 208 bis a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Posteriormente, la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, lo regula en su artículo 121.

Conforme al citado artículo 121 de la LFCP, el TACPN estará compuesto por un Presidente y dos vocales, funcionarios en activo de la Administración de la Comunidad Foral, de las entidades locales de Navarra o de otras entidades sometidas a dicha Ley Foral, para cuyo nombramiento se haya exigido el título de Licenciado o Grado en Derecho, que serán designados por el Gobierno de Navarra, previo informe de la Comisión Foral de Régimen Local, de conformidad con la propuesta que le eleve el Pleno de la Junta de Contratación Pública, por un periodo de seis años, no pudiendo ser reelegidos. Dicho precepto permite la designación de suplentes para dicho periodo para los casos de vacante, ausencia o enfermedad.

El Presidente deberá poseer una experiencia profesional de al menos diez años y tener especial preparación en materia de contratación pública, y los vocales haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a cinco años y tener especial preparación en materia de contratación pública.

Los miembros del Tribunal serán independientes e inamovibles y no podrán ser perturbados por las opiniones o acuerdos emitidos en su seno, reconociendo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-203/14 de 6 de octubre de 2015, dictada en ocasión de la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, a los órganos y tribunales resolutorios de los recursos especiales de contratación pública como órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El TACPN inició su funcionamiento el día 25 de abril de 2013. Por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 10 de abril de 2019, se designó a doña Marta Pernaut Ojer como Presidenta, y a doña María Ángeles Agúndez Caminos y a doña Silvia Doménech Alegre como vocales. Asimismo, se designó a don Eduardo Jiménez Izu, a doña María Gay-Pobes Vitoria y a don Ignacio Carrillo de Albornoz Alfaro como vocales suplentes. El nombramiento los vocales se hizo con carácter no reelegible, y tanto el nombramiento de los vocales como de los vocales suplentes se produjo para un mandato de 6 años, que comenzó el 11 de abril de 2019 y expirará el 10 de abril de 2025.

Por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 18 de noviembre de 2020, se designó a doña Idoia Tajadura Tejada como vocal suplente del TACPN, expirando su mandato, igualmente, el 10 de abril de 2025. Su nombramiento se hizo en sustitución de doña María Gay-Pobes Vitoria.

El artículo 121.9 de la LFCP señala que la persona titular de la Secretaría del Tribunal será expresamente designada para ello de entre personas funcionarias en activo por tiempo superior a cinco años, Licenciadas en Derecho y con especial preparación en materia de contratación pública y que, asimismo, en el ejercicio de su actividad, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra contará con sus propios medios. El cargo de Secretario del TACPN ha sido ejercido durante este año 2020 por don Javier Espiga Eguíluz.

En aplicación de este precepto, el Gobierno de Navarra aprobó el Decreto Foral 48/2018, de 27 de junio, por el que se modifica el Decreto Foral 134/2015, de 28 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Política Financiera (BON nº 140, de 20 de julio de 2018), añadiéndose un Capítulo VI dedicado a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, con rango de Sección, donde se establecen sus funciones.

La vigente estructura orgánica del Departamento de Economía y Hacienda, aprobada por el Decreto Foral 264/2019, de 30 de octubre (BON nº 220, de 7 de noviembre de 2019), también atribuye a la citada Secretaría rango de Sección y la regula en su capítulo VII.

Igualmente, la Ley Foral 5/2020, de 4 de marzo, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2020 contempla las partidas presupuestarias necesarias para que el Tribunal pueda contar con sus propios medios.

4.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPN.

El TACPN opera exclusivamente por medios telemáticos y no tiene un registro físico donde pueda remitirse ningún tipo de solicitud o comunicación. En especial, y como nota distintiva, todo el procedimiento es enteramente electrónico.

Los acuerdos de resolución de las reclamaciones en materia de contratación pública se publicitan en la web: <http://PortalContratacion.navarra.es/> para garantizar la

transparencia de la actuación del Tribunal y especialmente para dar conocimiento de sus pronunciamientos a fin de corregir prácticas contrarias a la normativa sobre contratación pública.

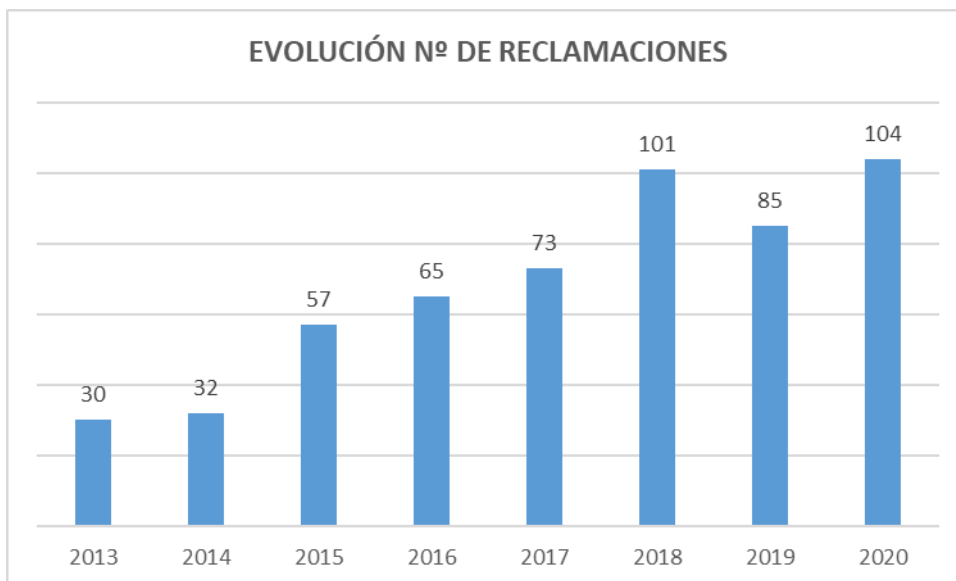
El TACPN ha mantenido contactos constantes con el resto de Tribunales administrativos de España (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Tribunales autonómicos) a fin de unificar criterios y asegurar cierta coherencia a nivel nacional de los pronunciamientos en materias de importancia significativa o que generan problemas técnico-jurídicos. En este ejercicio, y dadas las consecuencias de la pandemia del COVID-19, las reuniones han sido exclusivamente telemáticas.

5. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL. AÑO 2020.

El número de reclamaciones presentadas fue de 104 (de las cuales, 13 se han resuelto a inicios del año 2021) y el número total de Acuerdos adoptados a lo largo del año ha sido 126 (5 de los cuales resolvieron reclamaciones presentadas en 2019).

La evolución del número de reclamaciones presentadas desde la creación del Tribunal en abril del año 2013 es la siguiente:

AÑO	RECLAMACIONES
2013	30
2014	32
2015	57
2016	65
2017	73
2018	101
2019	85
2020	104



El valor estimado total de las licitaciones en relación con las cuales se han interpuesto las reclamaciones durante el año 2020 asciende a 190.113.340,69 euros.

La evolución del valor estimado de las licitaciones que han sido impugnadas desde la creación del TACPN es la siguiente:

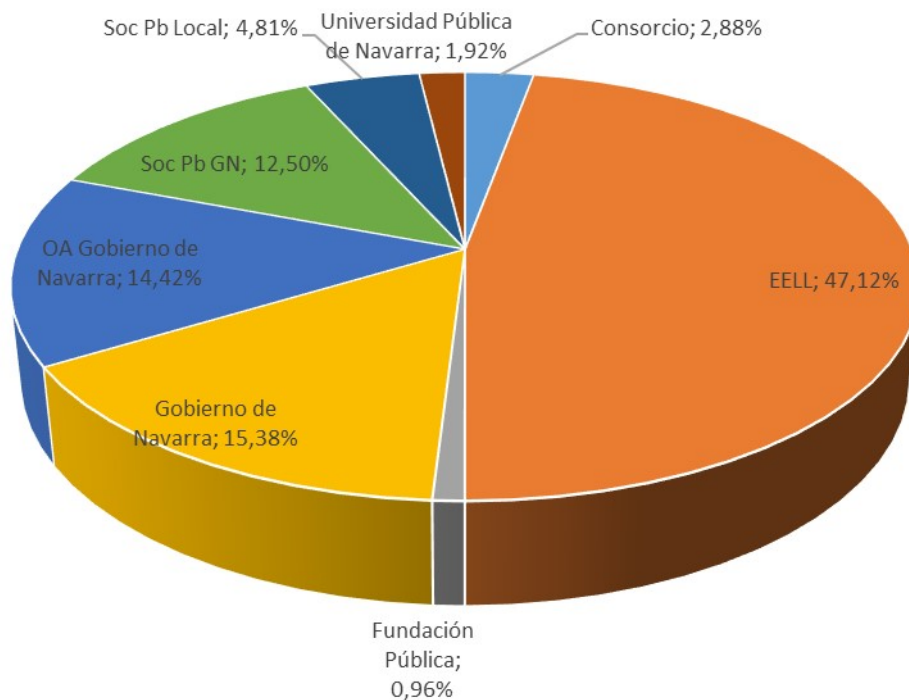
AÑO	VALOR ESTIMADO €
2013	277.722.280,28
2014	375.917.590,27
2015	291.335.117,91
2016	45.619.641,56
2017	152.285.020,48
2018	265.787.124,95
2019	720.384.483,18
2020	190.113.340,69

Por entidades adjudicadoras, el tipo de entidad frente a la que se han formulado más reclamaciones han sido las entidades locales, conforme a la siguiente distribución:

PODER ADJUDICADOR	NÚMERO	%
Consorcio	3	2,88%
EELL	49	47,12%
Fundación Pública	1	0,96%
Gobierno de Navarra	16	15,38%

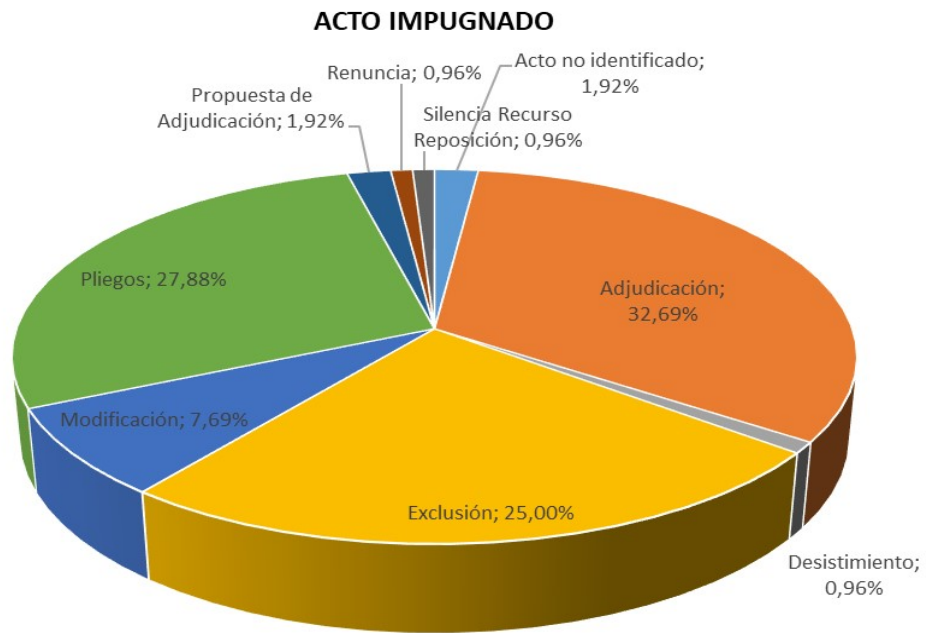
OA Gobierno de Navarra	15	14,42%
Soc Pb GN	13	12,50%
Soc Pb Local	5	4,81%
Universidad Pública de Navarra	2	1,92%
TOTALES	104	100%

PODERES ADJUDICADORES FRENTE A LOS QUE RECLAMA



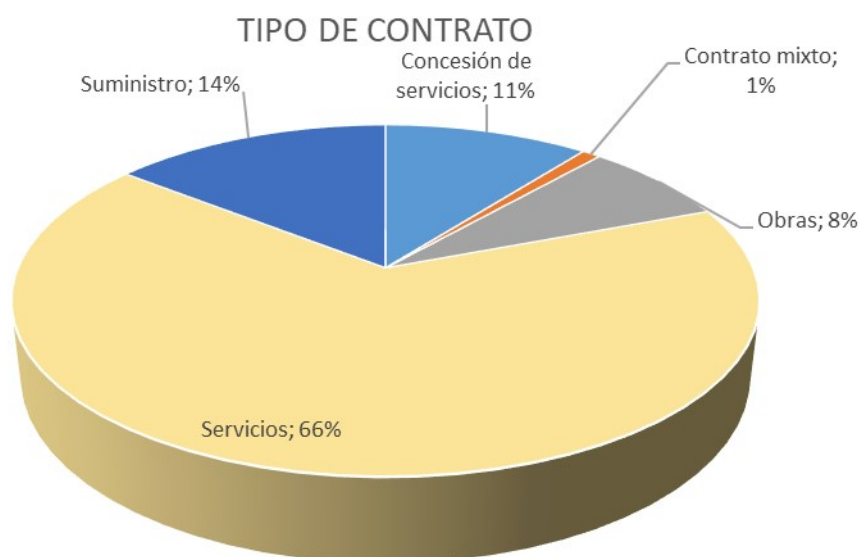
Respecto al acto impugnado, el número y porcentaje de las reclamaciones ha sido el siguiente:

ACTO	NÚMERO	%
Acto no identificado	2	1,92%
Adjudicación	34	32,69%
Desistimiento	1	0,96%
Exclusión	26	25,00%
Modificación	8	7,69%
Pliegos	29	27,88%
Propuesta de Adjudicación	2	1,92%
Renuncia	1	0,96%
Silencia Recurso Reposición	1	0,96%
Total	104	100,00%



Por tipo de contrato, el número y porcentaje de reclamaciones ha sido el siguiente:

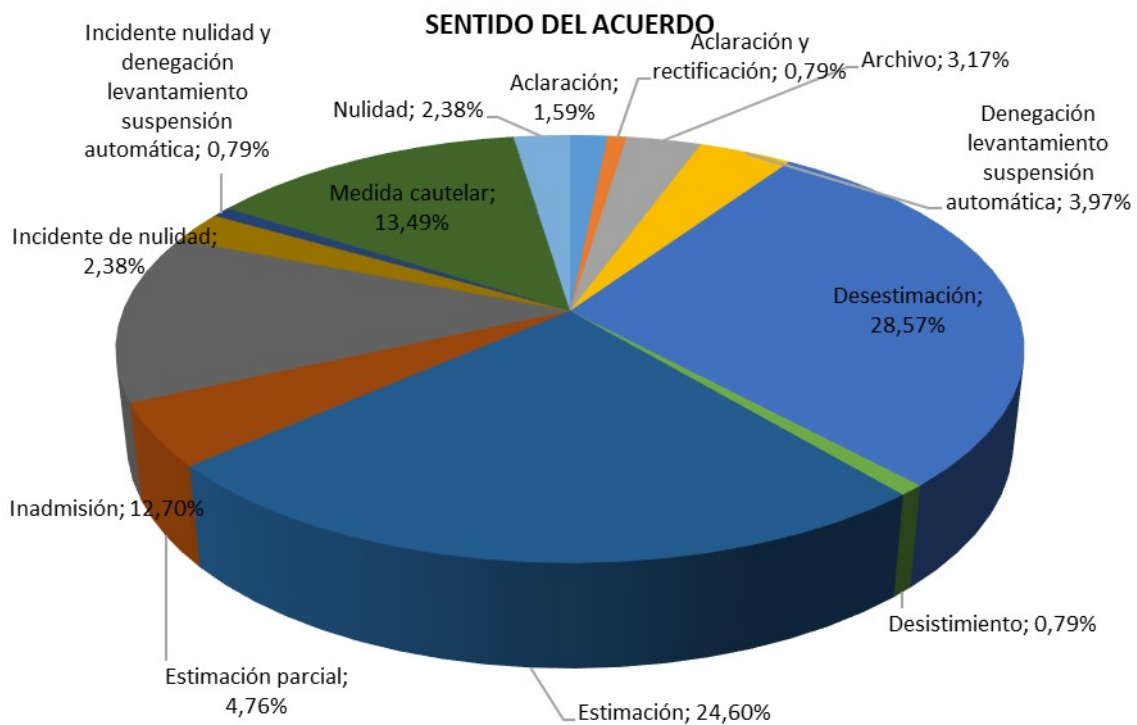
TIPO DE CONTRATO	NÚMERO	%
Concesión de servicios	11	11%
Contrato mixto	1	1%
Obras	8	8%
Servicios	69	66%
Suministro	15	14%
TOTAL	104	100%



El número total de Acuerdos adoptados a lo largo del año ha sido 126.

Por sentido o contenido del acuerdo, los números y porcentajes han sido los siguientes:

SENTIDO	NÚMERO	%
Aclaración	2	1,59%
Aclaración y rectificación	1	0,79%
Archivo	4	3,17%
Denegación levantamiento suspensión automática	5	3,97%
Desestimación	36	28,57%
Desistimiento	1	0,79%
Estimación	31	24,60%
Estimación parcial	6	4,76%
Inadmisión	16	12,70%
Incidente de nulidad	3	2,38%
Incidente nulidad y denegación levantamiento suspensión automática	1	0,79%
Medida cautelar	17	13,49%
Nulidad	3	2,38%
Total general	126	100,00%



Respecto al cumplimiento de plazos, hay que señalar que, estableciendo la LFCP en su artículo 213.1 que el plazo de resolución de la reclamación es de 20 días hábiles desde la interposición de la reclamación, el plazo medio de resolución, teniendo en cuenta la circunstancia del retraso en la aportación del expediente por parte de los correspondientes órganos de contratación, ha sido de 14,20 días.

Durante 2020 han recaído 6 sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en procesos contencioso-administrativos seguidos contra Acuerdos de este Tribunal:

ACUERDO TACP	SENTENCIA DEL TSJN	SENTIDO
43/2019, de 17 de mayo	348/2019, de 30 de diciembre ¹	Estimación parcial
6/2019, de 5 de febrero	6/2020, de 28 de enero	Estimación
7/2018, de 1 de febrero y 48/2018, de 5 de julio	27/2020, de 21 de febrero	Desestimación
64/2019, de 26 de abril	137/2020, de 15 de junio	Desestimación
45/2019, de 21 de mayo	231/2020, de 30 de septiembre	Estimación
45/2019, de 21 de mayo	277/2020, de 9 de noviembre	Estimación

¹ Sentencia del año 2019 trasladada a este Tribunal tras la publicación de la memoria del año 2019, por lo que no se incluyó en esta.

6.- PRINCIPALES CRITERIOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA.

I.- CUESTIONES PROCESALES

1) Obligación del reclamante de fundamentar jurídicamente su escrito de reclamación

Los Acuerdos 5/2020, de 23 de enero, 16/2020, de 25 de febrero, y 86/2020, de 29 de septiembre, aluden a esta cuestión, señalando el primero de dichos acuerdos lo siguiente:

“La jurisprudencia – por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2001 - ha recordado, sobre los requisitos que deben tener las demandas en el proceso contencioso-administrativo, que el artículo 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, exige que se consignen en aquéllas, con la debida separación, los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan en el proceso. Y si bien ha interpretado tradicionalmente los requisitos en la formulación de la demanda con un espíritu antiformalista, propio del Derecho Administrativo, también ha exigido un mínimo de fundamentación en el análisis de los hechos, en relación al derecho aplicable, para delimitar y justificar la pretensión.

Como indicamos en nuestro Acuerdo 111/2018, de 25 de octubre, prescindir de indicar en el escrito de interposición de la reclamación las razones que motivan el ejercicio de la acción infringe el principio de contradicción, esencial en todo proceso, y, por ende, el derecho a la legítima defensa de la parte cuyos actos se impugnan, que debe conocer en toda su extensión los aspectos sobre los que versa el procedimiento de impugnación, para poder defenderse debidamente, contestar y utilizar los medios de prueba que precise. No basta con referir determinadas cuestiones sin aludir a que las mismas adolezcan de defecto jurídico alguno y sin indicar las razones de su oposición, toda vez que sin ello no se puede pretender que sea la entidad contratante la que justifique sus actuaciones, ni mucho menos que este Tribunal sustituya a las partes y complete sus insuficiencias, fundamentalmente en un aspecto tan relevante para el proceso como es la identificación de las concretas razones de impugnación esgrimidas que, como no puede ser de otra manera, corresponden exclusivamente, en virtud del principio dispositivo, a la parte que ejercita la acción de impugnación.

Así lo pone de manifiesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009, concluye que “(...) La parte recurrente dedica el grueso de las páginas de su escrito de demanda a combatir los hechos reflejados en el acta cuestionada con escasa dedicación a los fundamentos de derecho en que apoyar su pretensión anulatoria.

Tras identificar jurisdicción, competencia, legitimación, procedimiento y cuantía, con mención de diversos preceptos de la LJCA y de la LOPJ, dedica un apartado a "fondo del asunto" en que continúa con una argumentación fáctica contra el acta y la resolución

sancionadora similar a la consignada en el apartado "Hechos" más sin citar una sola disposición jurídica que repute conculcada por la resolución sancionadora.

Del mismo modo que corresponde a la parte actora la obligación de definir de manera inequívoca cuál es el concreto objeto de su "petitum", en este caso la anulación de la resolución impugnada, le incumbe también la carga de expresar en el cuerpo de su escrito de demanda, en términos claros y concluyentes, cuáles son las normas legales o reglamentarias infringidas por el acto impugnado sin que tal labor pueda ser realizada por el órgano jurisdiccional sustituyendo a la parte pues, ello, lesionaría la igualdad de armas procesales que rige cualquier proceso judicial".

2) Posibilidad de interponer reclamación especial en materia de contratación pública contra los actos de trámite. Diferente regulación legal entre la LCSP y la LFCP.

El Acuerdo 24/2020, de 7 de mayo, admite la interposición de una reclamación frente a la propuesta de adjudicación de un contrato, recordando que la LFCP admite aquella frente a los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, sin que sea exigible que el acto de trámite sea "cualificado", por su carácter decisorio o por determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento:

"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.

(...).

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.”

3) Inadmisión de reclamación por haberse producido un pronunciamiento previo del Tribunal sobre la misma cuestión: existencia de la denominada “cosa juzgada administrativa”.

El Acuerdo 32/2020, de 27 de mayo, alude a la denominada “cosa juzgada administrativa” como causa de inadmisión de la reclamación, al plantear esta exclusivamente cuestiones que ya fueron resueltas por el Tribunal con anterioridad, recordando que sus acuerdos ponen fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

“Visto, por lo tanto, que todas las cuestiones alegadas por AGENOR ya fueron objeto de pronunciamiento expreso por este Tribunal, debemos aludir a la doctrina del efecto de la cosa juzgada, como se ha anticipado con anterioridad.

En relación con esta cuestión, la Resolución 1145/2019, de 14 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que “estos tres motivos de impugnación fueron objeto de análisis y decisión por este Tribunal, a propósito de dos recursos especiales que en este mismo procedimiento de adjudicación fueron interpuestos por la actual adjudicataria, (...) contra la exclusión de su oferta y contra la adjudicación del contrato a favor de la oferta del ahora recurrente (...). El actual recurrente, (...), tuvo la oportunidad de formular sus alegaciones en los citados recursos especiales en materia de contratación, y de hecho las formuló en el ámbito del recurso contra la adjudicación, solicitando la desestimación del recurso (...).

Como se ha dicho, este Tribunal abordó todas las cuestiones y motivos de impugnación que ahora se vuelven a reiterar, adoptando un criterio que no puede desconocer sin vulnerar el efecto de cosa juzgada administrativa o firmeza administrativa de su propia resolución. Nada ha impedido al actual recurrente, (...), una vez que ha conocido como parte interesada las resoluciones de este Tribunal impedir su firmeza definitiva recurriéndolas ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, siendo precisamente esa vía la única manera de revisar la decisión de este Tribunal sobre el fondo de las cuestiones controvertidas. (...).

En consecuencia, todas las cuestiones controvertidas que plantea ahora el recurrente fueron analizadas y resueltas en la citada Resolución dictada por este Tribunal en este mismo procedimiento de contratación, razón que debe conducir a la inadmisión del presente recurso especial en materia de contratación, tal como informa el Órgano de Contratación, siguiendo la doctrina de este Tribunal con cita de Resoluciones como las siguientes: Resolución 880/2015 (...). Resolución nº 460/2015 (...)."

4) Condiciones y requisitos para la admisión de alegaciones complementarias, tanto del reclamante, como del órgano de contratación o de terceros interesados.

Los Acuerdos 36/2020, de 10 de junio, 74/2020, de 4 de septiembre, y 121/2020, de 23 de diciembre se pronuncian sobre la posibilidad de que los interesados en una reclamación (ya sea el propio reclamante, el órgano de contratación o los terceros interesados) formulen alegaciones fuera del momento procedimental previsto en la LFCP, estableciendo un criterio restrictivo al respecto. El primero de dichos acuerdos señala:

"Con carácter previo al análisis y resolución de la cuestión de fondo planteada, en los términos identificados, en el escrito de interposición, este Tribunal, a la vista de los escritos de ampliación de la reclamación y de alegaciones complementarias aportados por las reclamantes y por la entidad contratante, respectivamente, debe pronunciarse sobre un aspecto procedimental de especial relevancia y que no es otro que la procedencia de su admisión. Cuestión sobre la que nos hemos pronunciado en anteriores ocasiones, poniendo de relieve, adelantamos ya, la improcedencia de admitir y, por ende, tener en cuenta a la hora de resolver las alegaciones complementarias presentadas fuera de los trámites y plazos que para cada una de las partes regula la LFCP, salvedad hecha de aquellos supuestos en que ello derive de la complejidad del asunto o del conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo correspondiente.

Efectivamente, en nuestro Acuerdo 44/2019, de 21 de mayo, señalamos que "Efectivamente, como esgrime el reclamante, según consta en el art. 126 de la LFCP el procedimiento de reclamación ante este Tribunal sólo prevé que el órgano de contratación aporte sus alegaciones en el plazo de dos días hábiles, tras lo cual se da traslado al resto de interesados, sin contener ninguna referencia o posibilidad de realizar alegaciones complementarias.

Por tanto no se contempla en la regulación procedimental la posibilidad de presentar nuevas alegaciones en cualquier momento distinto del que específicamente se prevé en el citado art. 126, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento administrativo, art. 53.1.e) y 76 de la Ley 39/2015, si bien en ese caso debe tenerse en

cuenta lo dispuesto en el art. 118.1 de dicha Ley que establece que no se tendrán en cuenta hechos, documentos o alegaciones cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no se haya hecho.

Y ello es así puesto que como indica el Tribunal Supremo (STS de 9 de julio de 2012) el silencio de la regulación debe interpretarse en el sentido de excluir tal facultad: “dicha norma no resulta aplicable a los procedimientos en concurrencia, como es el caso de los procesos selectivos, en los que confluyen intereses de terceros junto con los de los solicitantes; razón por la que los interesados están obligados a presentar la solicitud y acreditar la pretensión de que se trate dentro del periodo inicial establecido para ello, dado que, en otro caso, se introducirían elementos de inseguridad en el desarrollo de tales procedimientos que perturbarían gravemente el principio de igualdad que debe regir en su seno con especial significación”.

A ello debemos añadir que nos encontramos ante un procedimiento de trámites tasados y presidido por el criterio de máxima celeridad, en el que se trata de evitar continuos nuevos motivos de oposición y de impugnación entre las partes que llevarían a prolongar excesivamente la duración del procedimiento puesto que la admisión de nuevas alegaciones por una parte, en virtud del principio contradictorio, conlleva necesariamente la obligatoriedad de abrir un nuevo plazo para rebatirlas por las otras partes.

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 si 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.

(...).

La aplicación de lo expuesto al supuesto que analizamos nos lleva a inadmitir las alegaciones complementarias del órgano de contratación porque constituye un trámite no contemplado en el procedimiento de reclamación en materia de contratación pública y, como tal, no debe ser tenido en cuenta, dado que la alegación de extemporaneidad de la reclamación frente a la aclaración pudo efectuarse en el momento de sus alegaciones iniciales y no se refiere a hechos nuevos o de nuevo conocimiento.”

5) Inexistencia de suspensión automática conforme al artículo 124.4 de la LFCP cuando se recurre frente a la modificación de un contrato, e inadmisión de la medida cautelar solicitada una vez transcurrido el plazo para interponer la reclamación especial.

El Acuerdo 51/2020, de 29 de junio, inadmite una solicitud de medida cautelar presentada una vez transcurrido el plazo legalmente previsto para la interposición de la reclamación, señalando que el recurso frente a una modificación contractual no conlleva su suspensión automática, así como que la falta de solicitud de medida cautelar no constituye una circunstancia que justifique el requerimiento de subsanación de la reclamación por el Tribunal:

“Tal y como puede advertirse, la suspensión automática se circunscribe a los supuestos de impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, y no a un supuesto como el actual, en el que se recurre frente a la modificación de un contrato por considerar que la misma debió ser objeto de una licitación independiente. No se

produce, por lo tanto, el efecto suspensivo automático del acto recurrido previsto legalmente.

CUARTO.- En el escrito presentado con fecha 25 de junio de 2020 sí se solicita expresamente la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión. Cabe recordar, a este respecto, que el artículo 125 de la LFCP señala lo siguiente: (...).

La solicitud de la medida cautelar debe presentarse, tal y como señala el apartado 1 transcrito, “en los plazos señalados en el artículo anterior”, referencia hecha a los plazos que para la interposición de la reclamación prevé el artículo 124.2, que se cifra en diez días.

Dado que la Resolución recurrida se notificó a la reclamante el 9 de junio, tal y como esta misma asevera en su reclamación, ha de concluirse que la solicitud de la medida cautelar de 25 de junio se ha presentado fuera del plazo legalmente previsto, por lo que debe ser inadmitida.

Ha de señalarse, igualmente, que el artículo 126.2 de la LFCP establece el contenido que debe tener el escrito de la reclamación y los documentos que deben adjuntarse al mismo, señalando el apartado 3 del mismo artículo que “si la reclamación fuese incompleta, se otorgará un plazo de subsanación de dos días hábiles”.

La obligatoriedad de este Tribunal de requerir la subsanación de una reclamación se circunscribe, por lo tanto, a los supuestos en que se aprecien defectos que pudieran impedir su tramitación y conducir a su inadmisión conforme al artículo 127.3.c), no siendo este el presente caso.”

6) Notificaciones defectuosas: consecuencias respecto al cómputo del plazo para interponer la reclamación especial.

Los Acuerdos 69/2020, de 21 de agosto, y 113/2020, de 24 de noviembre, examinan las consecuencias de la notificación defectuosa del acto recurrido respecto al cómputo del plazo para interponer la reclamación, en aplicación del artículo 40, apartados 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El primero de dichos acuerdos señala lo siguiente:

“En el supuesto analizado, con fecha 26 de junio de 2020 se dicta resolución de adjudicación del contrato, si bien en dicha resolución al indicar los medios de impugnación procedentes contra la misma se omite cualquier referencia a la posibilidad de interponer la reclamación especial en materia de contratación pública (páginas 169 y 170 del expediente administrativo); medio de impugnación procedente frente al acto administrativo que nos ocupa. Resolución notificada, en idénticos términos y en la misma fecha, mediante correo electrónico (páginas 173 y 174 del expediente), constando, asimismo, su notificación a través de la sede electrónica con fecha 6 de julio (página 175 del expediente); interponiéndose la presente reclamación con fecha 17 de julio del año en curso. De donde se deduce que la presentación de la reclamación frente el mencionado acto de adjudicación, ha de considerarse, en principio, extemporánea, al haberse producido una vez transcurrido el plazo de diez días naturales legalmente establecido.

Empero, en la notificación del acto de adjudicación del contrato se indicó un pie de recursos erróneo, siendo, en consecuencia, una notificación defectuosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas – en adelante, LAPACAP -, en cuya virtud “2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda”.

En los casos de notificación defectuosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 transcrito, dicha notificación sólo puede quedar convalidada desde la fecha en que el interesado realizó actos que ponen de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o interpuso el recurso procedente pues, como señala el Tribunal Constitucional - por todas, Sentencia 158/2000, de 12 de junio -, lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 40.2 LAPACAP recoge.

En el supuesto examinado, como quiera que la notificación que se realizó a la reclamante del acto de impugnación entre los recursos procedentes contra la misma no contiene la referencia a la posibilidad de interponer la reclamación especial en materia de contratación pública, debe reputarse una notificación defectuosa, con la consecuencia de que el plazo de impugnación de dicho acto de adjudicación queda abierto y, por tanto, la reclamación que aquí se examina debe considerarse ejercitada dentro del plazo legalmente establecido para su interposición.

Así lo ha declarado, entre otras, la Sentencia 22/2016, de 29 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inadmisión a trámite, por extemporáneo, de un recurso especial en materia de contratación, se declara que (...).”

7) Solicitud de acceso al expediente dentro del plazo previsto para la interposición de la reclamación: efectos en relación con la interposición de la reclamación dentro del plazo legalmente previsto.

El Acuerdo 71/2020, de 26 de agosto, alude a la doctrina relativa a la suspensión del plazo para interponer la reclamación desde el momento en que se solicite el acceso al

expediente hasta que este se produzca, siempre y cuando dicho acceso resulte necesario para fundar la reclamación, como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva:

“Empero, debemos reparar en que con fecha 3 de agosto, es decir dentro del plazo para la interposición de la reclamación, la reclamante, a la vista del contenido del acto de adjudicación que no indicaba el detalle de la puntuación otorgada a cada proposición, solicita el acceso a tal información; siendo ésta facilitada por la entidad contratante con fecha 6 de agosto. Debiendo analizar este Tribunal si tal circunstancia ha podido tener incidencia en el cómputo del plazo para recurrir el acto adjudicación.

A tales efectos, podemos ya señalar que el acto de adjudicación del contrato infringe lo dispuesto en el artículo 100.3 LFCP en cuya virtud “La adjudicación deberá ser motivada y contendrá al menos las razones por las que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características y ventajas de la oferta seleccionada, señalando el plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación y los medios de impugnación que procedan y se comunicará a todos los interesados en la licitación”. Y ello, toda vez, que únicamente indica el precio ofertado y la puntuación total que en los distintos criterios de adjudicación han obtenido las dos personas licitadoras que resultaron admitidas. De este modo, los licitadores, a través de la notificación del acto de adjudicación, no han tenido un conocimiento adecuado de las puntuaciones que se han otorgado por los diversos criterios de valoración que han servido de base para la puntuación final obtenida y, por tanto, su justificación, incumplándose así las exigencias previstas en el precepto citado.

La finalidad de tal exigencia no es otra que permitir a los licitadores ejercitar, de manera fundada, los recursos que procedan a través de un recurso eficaz y útil; pues de lo contrario, se ocasionaría indefensión a los interesados, por cuanto tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2010 (Asunto C-406/08 Uniplex) (...).

Como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, entre otros, en su Acuerdo 59/2012, de 27 de diciembre, “En la notificación de la adjudicación, en todo caso, deberán incluirse las puntuaciones obtenidas por los licitadores en relación con todos los criterios de valoración, no siendo suficiente incluir únicamente una puntuación global, aunque en este caso se separe la correspondiente a criterios objetivos y subjetivos. Además, será necesario que conste la justificación de cada una de las puntuaciones obtenidas en cada criterio por todos los licitadores, así como la descripción de las ventajas de la oferta del adjudicatario que determinen su selección con preferencia al resto”.

Pues bien, en este caso, es precisamente la infracción de lo dispuesto en el citado artículo 100.3 LFCP, lo que motiva la solicitud de información adicional formulada por la reclamante en orden a conocer el detalle completo de la puntuación obtenida; información que se ha revelado imprescindible en orden a poder interponer, con mínimas garantías, la presente reclamación, toda vez que ésta se fundamenta, precisamente, en la errónea aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el pliego. Restando dilucidar si, en tales concretas circunstancias, la solicitud de acceso a la citada información, formulada dentro del plazo habilitado para la interposición de la reclamación, ha tenido incidencia en el cómputo del plazo establecido legalmente a tales efectos.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal con anterioridad, entendiendo que en supuestos como el que nos ocupa el plazo para la interposición de la reclamación quedaba en suspenso desde la solicitud de vista del expediente hasta que se llevase a cabo ésta, volviendo a correr a partir de entonces.

Así lo pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 81/2019, de 24 de octubre, donde razonamos que (...).

En el caso concreto, el hecho que el acceso a la información solicitada resultase necesario en orden a la interposición de una reclamación fundada, conduce a la aplicación de la doctrina contenida en el Acuerdo anteriormente transcrito. Así pues, el plazo para la interposición de la reclamación – cuyo día a quo se inició el día 31 de julio de 2020 – se vio interrumpido en la fecha en que se solicitó acceso a la información contenida en el expediente, es decir, el 3 de agosto, reanudándose al día siguiente de haber sido facilitada la misma (7 de agosto), debiéndose concluir que la reclamación se ha interpuesto en plazo, toda vez que, en tales circunstancias, el plazo de 10 días naturales expiraba el día 13 de agosto de 2020.”

8) Derecho a la tutela judicial efectiva y consecuente interpretación restrictiva de las causas de inadmisión de las reclamaciones. Solicitud de inadmisión de la reclamación por carencia manifiesta de fundamento.

Los Acuerdos 74/2020, de 4 de septiembre, 78/2020, de 15 de septiembre, y 97/2020, de 23 de octubre, aluden a la interpretación restrictiva de las causas de inadmisión de las reclamaciones y, en concreto, a la consistente en la carencia manifiesta de fundamento. El primero de los acuerdos citados señala:

“Conviene advertir, en primer término, que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “pro actione” exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Así lo viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional – por todas, Sentencia de 11 de abril de 2013 -, que pone de relieve que “Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”.

Debe traerse a colación, en este sentido, la doctrina constitucional en materia de acceso a la jurisdicción contenida, entre otras muchas, en la STC 102/2009: "corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda. En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)".

Quiere ello decir que el derecho a la tutela judicial efectiva - como afirma el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 40/1994, de 25 de febrero - si bien también se satisface cuando el pronunciamiento Jurisdiccional no sea de fondo, sino de inadmisión, ello ha de ser siempre que ésta se funde en una causa prevista en la Ley interpretada en los términos más favorables a la efectividad del acceso a la Jurisdicción para obtener una resolución de fondo y aplicada razonada y razonablemente.

(...).

En consecuencia, de dichos preceptos resulta que las causas de interposición de la reclamación en materia de contratación pública son tasadas, de manera que para determinar la procedencia o no de la misma debe analizarse previamente si el supuesto coincide con alguno de los previstos en la norma y que tienen carácter de "numerus clausus"; análisis que requiere, conforme al principio de seguridad jurídica, una interpretación restrictiva de la concurrencia de causa de inadmisión fundada en tal motivo. Interpretación restringida que se impone, especialmente, en lo referente a la ausencia de fundamento, a fin de evitar que esta vía sea utilizada como una fórmula de desestimación anticipada de la reclamación.

Debe advertirse, asimismo, que la interpretación de todas las causas de inadmisión debe preservar el efecto útil de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos; que aconseja una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las posibles ilegalidades.

Como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 127/2018, de 12 de abril, por recurso que carece manifiestamente de fundamento, a efectos de su inadmisión a trámite, debe entenderse el que puede ser desestimado sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del asunto, por ser notoriamente improsperable la pretensión deducida a través del mismo. Imponiéndose, por tanto, limitar tal causa de inadmisión a aquellos supuestos en que la falta de fundamento aparezca como evidente y palmaria, a primera vista y cuando sea apreciable mediante sumarísimo enjuiciamiento del fondo del asunto.”

9) Inadmisión de reclamación interpuesta frente a un acto no susceptible de reclamación y, además, interposición previa de un recurso administrativo basado en el mismo motivo.

El Acuerdo 79/2020, de 17 de septiembre, inadmite una reclamación interpuesta frente a la desestimación presunta de un recurso de reposición por no ser un acto susceptible de reclamación y, además, por haberse interpuesto un recurso administrativo previo basado en el mismo motivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 124.1 de la LFCP:

“Cabe recordar, a este respecto, que el artículo 122.2 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), señala 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”.

Por lo tanto, los actos administrativos frente a los que cabe interponer la reclamación especial en materia de contratación pública han de haberse dictado, necesariamente, en el seno de un procedimiento de adjudicación, circunstancia que no ocurre en la desestimación presunta del recurso administrativo interpuesto por el reclamante.

SEGUNDO.- De igual forma, el artículo 124.1 de la LFCP señala que “La reclamación especial tiene carácter potestativo y sustitutivo, impidiendo la interposición simultánea de cualquier otro recurso administrativo basado en el mismo motivo, sin perjuicio de la interposición de cuantas otras reclamaciones o recursos basados en otros motivos se interpongan ante otros órganos”.

Consta en el presente caso la interposición de un recurso de reposición basado en el mismo motivo que la reclamación especial, dado que esta se interpone precisamente para combatir la desestimación presunta de aquel. Asimismo, los motivos aducidos tanto en el recurso administrativo como en la reclamación especial son los mismos, dado que el reclamante se remite a ellos expresamente, adjuntado dicho recurso a la reclamación.

Por lo tanto, por los motivos expuestos, debe inadmitirse la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta, por no ser recurrible por esta vía el acto frente al que se interpone, y por haberse interpuesto con anterioridad un recurso administrativo basado en los mismos motivos.”

Igualmente, el Acuerdo 125/2020, de 28 de diciembre, inadmite una reclamación especial por la interposición previa de un recurso administrativo basado en el mismo motivo, y el Acuerdo 124/2020, de 24 de diciembre, inadmite uno de los motivos de la reclamación por ser idéntico al desestimado previamente en un recurso de reposición.

10) Legitimación del reclamante vinculada a la pretensión ejercitada por el mismo.

El Acuerdo 84/2020, de 24 de septiembre, analiza la legitimación exigida para interponer la reclamación, reconociendo la misma al reclamante, pese a que su oferta obtuvo la tercera máxima valoración, en atención a la pretensión que ejercita:

“Con carácter previo a un eventual examen del fondo de la cuestión, se estima oportuno analizar si la reclamante, FACTORÍA DE SOLUCIONES, S.L., está legitimada para interponer la reclamación especial en materia de contratación pública, desde la perspectiva de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, toda vez que ha quedado como tercera clasificada en el procedimiento al que la misma se contrae.

A este respecto, el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de mayo de 2008, entre otras, señala que “Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo

(beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997)."

Así pues, ese interés ha de ser cualificado y específico, actual y real no potencial o hipotético, que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que deba repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, y que sea cierto y concreto sin que baste por tanto su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento. De este modo, la reclamación especial en materia de contratación pública 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 de la reclamación habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica de la reclamante.

La legitimación se configura por tanto, como un especial vínculo con la finalidad de la reclamación especial, que resulta necesario acreditar. Sólo en este caso existirá legitimación activa y permitirá a este Tribunal analizar el fondo del asunto, para decidir sobre la legalidad de las distintas actuaciones de un procedimiento de licitación. Debiendo de atenderse siempre para resolver sobre la legitimación activa a las circunstancias de hecho concurrentes en el caso y al interés invocado por la parte reclamante respecto del acto objeto de impugnación.

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de mayo de 2019 apunta que (...).

Sobre la base de tales criterios jurisprudenciales, este Tribunal entiende que debe reconocerse legitimación activa a la reclamante, puesto que habiendo quedado como tercera clasificada interesa la anulación de la fórmula de valoración del criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica; resultando así que una eventual estimación de la reclamación, en la medida en que afecta a una decisión relativa a un criterio de adjudicación supondría la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento – por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria -, y podría determinar que la reclamante obtuviera una nueva posición a consecuencia de ello, a saber, el inicio de una nueva licitación y, por ende, la presentación de su proposición en el seno de un nuevo procedimiento destinado a la adjudicación del mismo contrato. Dicho de otro modo, de la estimación de la pretensión la reclamante sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real, por cuanto el órgano de contratación vendría obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato.

Así pues, siendo en este caso inseparable la apreciación de la legitimación del estudio de la cuestión de fondo, ha de reconocérsele legitimación a la reclamante y, por tanto, procederse al análisis de las pretensiones deducidas en el escrito de interposición de la reclamación.”

11) Momento procedimental para la solicitud de apertura de un periodo de prueba y necesidad de justificar la pertinencia de la prueba por parte del peticionario.

El Acuerdo 97/2020, de 23 de octubre, alude a los requisitos sobre proposición de prueba en el procedimiento de reclamación especial:

“Sobre la apertura y práctica de periodo de prueba en el procedimiento de la reclamación especial en materia de contratación pública determina el artículo 126.6 LFCP que “Cuando las personas interesadas lo soliciten o el procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura de un período de prueba por un plazo de cinco días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas se juzguen pertinentes, previa comunicación a todas las personas interesadas. El Tribunal podrá rechazar la prueba propuesta si la considera improcedente o innecesaria. La práctica de la prueba tendrá carácter contradictorio, pudiendo aportarse cualquier documento que se considere pertinente. Tras la práctica de la prueba se procederá a su valoración y a la elevación a definitivas de las pretensiones de las partes en el plazo de dos días hábiles. Los gastos derivados de la práctica de la prueba serán de cuenta de quien la hubiera solicitado. Durante el plazo de práctica de la prueba se suspenderá el plazo del que dispone el Tribunal para resolver”.

Respecto al derecho a la utilización de los medios de prueba, el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 165/2001, de 16 de julio, señala que “a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (...), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi, b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento.”

Como puede observarse, la doctrina constitucional citada pone de relieve que la proposición de medios de prueba debe realizarse en el momento legalmente previsto para ello. Momento procedimental que en nuestro caso, si bien la LFCP no contiene previsión alguna al respecto, no es otro que los escritos de interposición de la reclamación y de alegaciones presentados por las partes. Requisito procedimental que, como se ha dicho, no se ha observado en el presente caso y que determina el rechazo de la práctica de la prueba propuesta.

Efectivamente, entiende este Tribunal que el momento en el que se tiene que solicitar que en el procedimiento se practiquen pruebas está limitado a los escritos de interposición y alegaciones, y a aquellos en los que las partes realicen alegaciones complementarias por haberse puesto de manifiesto nuevos hechos trascendentes para la

resolución de la reclamación; y ello en garantía del principio de contradicción inherente al procedimiento que nos ocupa.

Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010, que razona que (...).

En similares términos se pronuncia el mismo Tribunal en Auto de 27 de julio de 2015, donde señala que (...).

Pero es que además la admisión de la petición de apertura de periodo de prueba formulada choca, a juicio de este Tribunal, con otro obstáculo, esta vez relacionado con la pertinencia de la práctica de la prueba interesada, en la medida en que es carga de la parte proponente de la misma justificar la necesidad de su práctica en orden a la resolución de la reclamación formulada.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018 (...).

Siendo esto así, lo cierto es que en los escritos formulados proponiendo la apertura de periodo de prueba la reclamante nada indica acerca de las razones por las que los medios de prueba propuestos resultan necesarios para la resolución de la controversia. No sólo no indica qué hechos pretende acreditar a través de la actividad probatoria propuesta sino que ambos parecen derivar de las alegaciones formuladas por la entidad reclamante relacionadas con la admisión de la reclamación - cuestión que ya ha sido solventada por este Tribunal - y con la oferta de la reclamante; improcedencia que se manifiesta más si cabe respecto a la solicitud de incorporación al expediente de la propia oferta de la reclamante, cuando el objeto de la reclamación no versa sobre la misma."

12) Admisión de la legitimación del licitador excluido para reclamar frente a su exclusión, pero, confirmada la legalidad de esta, no para instar la nulidad del procedimiento cuando no podría concurrir, por existir una causa de prohibición para contratar, al nuevo procedimiento de licitación.

El Acuerdo 121/2020, de 23 de diciembre, establece:

"Se ha de advertir que tratándose de un licitador excluido resulta clara en cuanto a dicha exclusión la acreditación un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, toda vez que la estimación de la misma permitiría a éste continuar la tramitación del procedimiento de contratación. Pero, también debe tenerse presente que si la exclusión se ajustara a derecho, el reclamante carecería de interés legítimo para mantener su pretensión de nulidad o anulabilidad del procedimiento, pues ninguna ventaja cabría apreciar del ejercicio de la acción, toda vez que la efectiva concurrencia de la causa de prohibición para contratar apreciada impediría su participación en un eventual nuevo procedimiento de licitación; sin que sea obstáculo para ello el hecho de su participación conjunta en el procedimiento, pues, además de que la otra interesada no sólo no ha recurrido su exclusión sino que ni siquiera se ha personado en el presente procedimiento de reclamación, lo cierto es que tal prohibición también le impediría, como es obvio, participar conjuntamente con otros licitadores."

13) Legitimación activa para interponer la reclamación: concepto de interés legítimo comprensivo de un interés distinto al de la participación en el procedimiento, vinculado con el proceso, siempre y cuando de la estimación pudiera derivarse una ventaja real y no meramente hipotética para el reclamante.

El Acuerdo 126/2020, de 29 de diciembre, repasa la doctrina existente en relación con la legitimación activa requerida para la interposición de una reclamación especial, admitiendo un interés legítimo que no se circunscribe exclusivamente a la participación en el procedimiento de licitación, sino también a la afectación de los derechos o intereses legítimos del reclamante:

“El examen de la legitimación del reclamante debe partir de la regulación contenida en la LFCP. Así, el artículo 122.1 señala que “La reclamación especial en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público, así como las organizaciones sindicales”. Regulación que, en una primera aproximación, parece restringir la legitimación, además de a las organizaciones sindicales, a quienes están interesados en la licitación y adjudicación y, por ello, a quienes puedan concurrir o participar en el procedimiento de que se trate.

No obstante, el artículo 123.1 de la LFCP, bajo la denominación precisamente de “Legitimación”, contempla una regulación más amplia de la misma, cuando establece que “La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados. Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando (...)”.

(...).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2007, de 12 de marzo, nos recuerda, en relación al orden contencioso-administrativo, “que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; con relación a un sindicato, STC 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3)”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2015, recoge una consolidada doctrina sobre la legitimación activa en los siguientes términos: (...).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 45/2011, de 3 de febrero, recogiendo el concepto de interés legítimo coincidente con la doctrina citada, concluye que “no es en absoluto cierto que resulte obligada la presentación de ofertas a una licitación si se pretende impugnar el correspondiente pliego de cláusulas, sino que, con toda evidencia, estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y, por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso contra aquel hecho valer”. Resolución que parte de un concepto amplio de legitimación, pero limitada a quien puede participar potencialmente en la licitación.

No obstante, el mismo órgano revisor, en su Resolución 425/2018, de 27 de abril, admite la legitimación de los vecinos de una localidad para impugnar el pliego regulador del contrato de limpieza viaria, en los siguientes términos: (...).

Por su parte, la Resolución 67/2012, de 27 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, tras aludir al concepto de legitimación “ad causam”, recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho, requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente, reconoce la misma “a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación”.

También este Tribunal se ha pronunciado acerca de la legitimación activa en varios de sus acuerdos; así, en el Acuerdo 84/2019, de 8 de noviembre, se señala lo siguiente: (...).

Por lo tanto, aun cuando la legitimación se reconoce, en primer término, a quien concurre a la licitación o no puede hacerlo precisamente por los términos en que se encuentra redactado el pliego que recurre, también se reconoce legitimación a quien acredite un interés legítimo de otro tipo que se vincule con el proceso, de tal forma que la estimación de la reclamación le produzca una ventaja real, no meramente hipotética.

Además de todo ello, como argumento fundamental a favor de la admisión de la reclamación, se encuentra el principio “pro actione”, que en el ámbito subjetivo en el que nos encontramos se traduce en un criterio de “in favor legitimationis”, de manera que, en principio, debe de partirse de la base de que, como norma general, ante la duda, debe ser reconocida legitimación en el recurrente, tendente a admitir el recurso de que se trate. Si bien, incluso en los casos de reconocimiento de legitimación amplia, siempre resulta necesario acreditar el beneficio de índole material o jurídica, o la evitación de un perjuicio, afectado por la resolución del recurso, acordando el Tribunal la inadmisión del mismo, en caso contrario. Es decir, lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado del recurso especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible.

En el presente caso, con independencia de si la reclamante puede o no concurrir a la licitación, consideramos que no cabe negarle, en virtud de su objeto social, legitimación activa para interponer la reclamación, dado que la mayor parte de las cláusulas del pliego que recurre podrían afectarle como empresa editora de un medio de comunicación que se publica en Navarra, y, por tanto, de uno de los medios en los que se puede insertar la publicidad institucional. En efecto, los términos del acuerdo marco, recogidos en su pliego regulador, afectan indubitablemente a los derechos e intereses de los medios de comunicación, pese a no ser los destinatarios del acuerdo marco. (...)”.

II.- CUESTIONES DE FONDO.

14) Habilitación empresarial o profesional como requisito de capacidad y no de solvencia, falta de capacidad como causa de nulidad de pleno derecho, y necesidad de que los requisitos de capacidad exigidos a los licitadores estén relacionados directamente con las prestaciones del contrato.

El Acuerdo 2/2020, de 8 de enero, estima la reclamación interpuesta frente a la convocatoria de licitación de un contrato de asesoramiento urbanístico en el que la titulación exigida a los licitadores (arquitecto/a superior) no se corresponde con alguno de los servicios cuya realización se exige al contratista (principalmente, de tipo jurídico). El citado acuerdo señala:

“Habilitación profesional que, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 89/2019, de 10 de diciembre, se refiere al requisito legal exigido para el ejercicio de determinadas profesiones o actividades empresariales, y es por tanto un requisito de legalidad y no de solvencia de las empresas que deseen participar en determinadas licitaciones convocadas por los distintos poderes adjudicadores.

Así se pronuncia, igualmente, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 47/2013, de 25 de junio, cuando razona que “Como bien se deduce de las alegaciones del órgano de contratación, la solicitud del recurrente de que sean suficientes para licitar la titulación y la simple colegiación equivale a exigir que no se solicite solvencia alguna, ya que tales requisitos se refieren a la habilitación profesional, cuestión distinta de la solvencia y previa a ella (artículo 54.2 del TRLCSP)”. Añadiendo en su Resolución 99/2014, de 3 de octubre, que es el licitador quien debe acreditar el cumplimiento de tales requisitos, puesto que “la habilitación empresarial o profesional es un requisito que afecta a la capacidad de obrar del licitador, entendida ésta como la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces. Lo que pretende el legislador al exigir el requisito de la habilitación es el evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal (Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 de la JCCA)”.

(...).

Sobre la capacidad de la persona contratista señalamos en nuestro Acuerdo 29/2017, de 26 de junio, que “No obstante, como acertadamente manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2013, de 23 de enero:

La falta de capacidad de obrar se sanciona, en el artículo 32 TRLCSP (en Navarra en el artículo 126.4 de la LFCP), con la nulidad de pleno derecho del contrato. La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos u obligaciones, o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho. Doctrinalmente se distingue entre capacidad jurídica —o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones—, que tiene toda persona por el hecho de existir, y capacidad de obrar —o de realizar con validez y eficacia un concreto acto o negocio—. El régimen jurídico de la capacidad no se aborda directamente por la normativa de contratos del sector público, sino que ésta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico.

(...)

No existe duda alguna doctrinal sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata. Sobre tal necesidad ha sido reiterada la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado (Informes 4/99, 20/00 y 32/03) y también otras Juntas Consultivas. Es decir, debemos entender que la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social. (...). Habrá que atender, por tanto, a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos de la sociedad.”

Sentado lo anterior, cabe advertir que no se cuestiona la exigencia de la concreta titulación contemplada en el pliego, sino la inclusión en el objeto del contrato de la prestación correspondiente al asesoramiento jurídico, emisión de informes de tal carácter y control o seguimiento de expedientes administrativos; y ello por entender —adelantamos ya, de manera acertada— que exceden de la competencia profesional de la titulación en arquitectura de la que deben disponer las personas licitadoras.

Los requisitos de capacidad exigidos a los licitadores deben, obviamente, estar directamente relacionados con las prestaciones objeto del contrato; de forma que cuando como tal se contempla una determinada titulación académica, las funciones deben estar comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad profesional de que se trate.”

15) Cumplimiento de prescripciones técnicas por las ofertas de los licitadores. Discrecionalidad técnica en su apreciación y presunción de acierto del informe técnico emitido. Requisitos para la exclusión.

Los Acuerdos 3/2020, de 21 de enero, 4/2020, de 23 de enero, 63/2020, de 3 de agosto, 67/2020, de 17 de agosto, y 93/2020, de 15 de octubre, establecen las pautas para decidir acerca de la exclusión de la oferta de un licitador por el incumplimiento de las prescripciones técnicas previstas como obligatorias en los pliegos. El primero de dichos acuerdos señala lo siguiente:

“Sentado lo anterior, debemos reiterar, asimismo, que el examen del cumplimiento de las prescripciones técnicas incorpora un juicio técnico por parte del órgano de contratación, al que la LFCP atribuye la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato y, por tanto, del pliego con objeto de satisfacer el interés general al que sirve; juicio técnico que, entrando dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, limita las facultades de su revisión por parte de Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error en el mismo, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 207/2018, de 26 de noviembre: (...).

Finalmente, como hemos advertido en varias ocasiones – por todos, Acuerdo 101/2018, de 6 de octubre -, para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, debiendo interpretarse y aplicarse las exigencias de los pliegos de prescripciones técnicas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa. En este sentido, indicamos que el artículo 53.1 LFCP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna, establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así, no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.

16) Valoración y puntuación de las ofertas técnicas: aceptación de la motivación “in aliunde”.

El Acuerdo 8/2020, de 29 de enero, se refiere a la motivación de la valoración de las ofertas técnicas y a la aceptación de la motivación mediante la remisión a los informes y documentos obrantes en el expediente (motivación “in aliunde”), en los siguientes términos:

“Al respecto interesa traer a colación lo puesto de manifiesto por este Tribunal en su Acuerdo 23/2015, de 27 de marzo, con cita del Acuerdo 39/2014, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al que alude el SNS-O, en que se señala que “aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, se da cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 y 58 de la LRJPAC, siempre que la misma apareciere suficientemente justificada a lo largo del procedimiento”.

A ello debemos añadir también lo expuesto en nuestro Acuerdo 52/2019, de 11 de junio: “... resultando, en este sentido, que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respecto al contenido de los actos administrativos establece que “La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”, precepto que no hace sino reconocer la validez de lo que la Jurisprudencia ha denominado motivación “in aliunde” de los actos administrativos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2003 razona así al respecto: “(...) la posibilidad de que la motivación venga a ser sustituida por el hecho de que se incorporen al expediente administrativo los correspondientes informes, como ha ocurrido en el presente caso”. Acude, en definitiva, aunque no lo manifieste expresamente, a la motivación “in aliunde”, es decir, a “la aceptación de informes o dictámenes obrantes en el expediente procediendo en los acuerdos de que se trate debido a la unidad orgánica de los expedientes, y a la interrelación existente entre sus distintas partes, considerados como elementos integrantes en un todo, rematado por actos que pongan fin a las actuaciones”, aceptada dicha motivación por reiterada jurisprudencia de esta Sala -así, por todas, sentencia de 15 de febrero de 1991- a la que también ahora nos acogemos”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado en sentido amplio la regulación contenida en el citado artículo 88.6 (equivalente al artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), al no exigir que la incorporación consista en la reproducción de los informes sino sólo en su aceptación, entre otras en Sentencia de 21 de octubre de 2011, en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica “in aliunde” satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración.

En consecuencia, tal motivación in aliunde será suficiente en la medida en que el informe al que se remita contenga información suficiente sobre las concretas razones por las que la documentación cuyo acceso no se facilita tiene afección sobre determinados secretos técnicos o comerciales o se corresponde, de manera efectiva, con aspectos confidenciales de la oferta.”

17) Suspensión automática del acto impugnado conforme al artículo 124.4 de la LFCP. Distinción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento prevista en el artículo 125 de la misma Ley Foral.

El Acuerdo 12/2020, de 14 de febrero, inadmite la petición de suspensión del acto impugnado, por operar la misma de forma automática conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP:

“Se solicita por la reclamante, como medida cautelar, la suspensión del acto de adjudicación del contrato, pese a que la reclamante reconoce que la misma se produce automáticamente con la interposición de la reclamación.

Efectivamente, tal y como reconoce la reclamante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, la interposición de la reclamación frente a la adjudicación, como es el caso, 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. En consecuencia procede inadmitir igualmente dicha solicitud.”

Esta suspensión automática del acto impugnado debe diferenciarse de la suspensión del procedimiento instado como medida cautelar, conforme al artículo 125 de la LFCP, en cuyo último párrafo se refiere a aquella:

“Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática del acto de adjudicación o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos”.

18) Reclamación interpuesta frente a los pliegos reguladores: suspensión automática conforme al artículo 124.4 de la LFCP.

Los Acuerdos 15/2020, de 24 de febrero, y 41/2020, de 25 de junio, se pronuncian acerca de si la reclamación interpuesta frente a los pliegos reguladores del contrato produce su suspensión automática conforme al artículo 124.4 de la LFCP, señalándose en el primero lo siguiente:

“Respecto a la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación, bien de forma automática o como medida cautelar, que realiza la empresa reclamante, cabe señalar que la misma opera de forma automática en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, que señala 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”.

El poder adjudicador se opone a dicha suspensión señalando, respecto a la producida de forma automática, que el citado artículo 124.4 no la prevé en el supuesto de que se hubieran recurrido los pliegos reguladores.

Sin embargo, no puede admitirse tal alegación, porque si bien es cierto, como señala aquel, que los pliegos reguladores tienen por finalidad fijar los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos jurídicos, administrativos, económicos y técnicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.1 de la LFCP, también lo es que su aprobación y publicación se inserta en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, constituyendo el contenido fundamental de un acto de trámite de especial relevancia dentro del mismo.

Así, respecto a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, el artículo 138 de la LFCP señala que los pliegos reguladores de la contratación “aprobados por el órgano de contratación” serán parte del expediente de contratación, disponiendo el apartado 4º de dicho artículo lo siguiente: “Completado el expediente de contratación, excepto en el procedimiento simplificado, en el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación y en el procedimiento especial para contratos de menor cuantía, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución comprenderá también la autorización del gasto”.

Los pliegos, por lo tanto, constituyen uno de los contenidos del acto por el que se inicia el procedimiento de contratación; acto que, si bien puede ser calificado de trámite, reviste especial importancia tal y como señala el Informe 31/05, de 29 de junio de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado: “(...) el acto del órgano de contratación por la que se aprueba el mismo – el expediente de contratación - y se autoriza el gasto necesario, es decir, se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas conforme a lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley, procediendo seguidamente a la convocatoria de la licitación pública, acto de significada trascendencia que permite a las empresas interesadas admitir el contenido de los pliegos y, en su caso, presentar sus proposiciones o impugnarlos conforme al procedimiento establecido”.

La jurisprudencia también viene considerando la aprobación del expediente de contratación como un acto de trámite frente al que cabe recurso, lo cual resulta indubitado a la vista del artículo 122.2 de la LFCP. Así, la STSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única) 14 febrero 2000. R.º 504/1998, señala que:

“El acto por el que se convoca un procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo, aun siendo un acto de trámite en cuanto es evidente que sólo inicia el procedimiento de adjudicación, está provisto de virtualidad propia ya que, si se quiere que prospere un eventual recurso contra el acto final de adjudicación definitiva –que es el que cierra el procedimiento-- con base en causas que afectan a la convocatoria propiamente dicha, la citada impugnación devendría inadmisibles porque el mero hecho de participar en la misma conlleva la aceptación de sus bases (conforme a que nadie puede ir contra sus propios actos), de ahí que admitiendo esa tesis estaríamos ocasionando indefensión al recurrente”.

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de 5 de julio de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta),

confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, Rec. 3368/2012:

“Ahora bien, no puede haber duda sobre la posibilidad general de impugnación del pliego de cláusulas técnicas, o más exactamente la resolución que lo aprobó, dado que se trata de un acto de trámite cualificado que condiciona definitivamente la licitación. En ese contexto, si no procedía el recurso especial en materia de contratación, la Administración había de haber recalificado el recurso de acuerdo con lo previsto en el art. 110.2 de la ley 30/1992, tomándolo en definitiva como un recurso ordinario”.

Cabe señalar, asimismo, que la publicación del correspondiente anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra y, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea, facilitando el acceso completo a los pliegos del contrato, constituye una obligación prevista en el artículo 88.2.c) de la LFCP, siendo la forma a través de la cual los posibles licitadores tienen conocimiento del acto de aprobación del expediente de contratación y posibilitándoles, con ello, la interposición de los recursos y reclamaciones pertinentes.

Por todo ello, debemos concluir que los pliegos reguladores constituyen uno de los contenidos del acto de aprobación del expediente de contratación, que su publicación faculta a los posibles interesados para accionar las correspondientes vías de recurso, y que, como acto de trámite, resulta susceptible de impugnación ante este Tribunal, la cual conlleva su suspensión automática. Todo ello, atendiendo a que la previsión del artículo 124.4 de la LFCP tiene como finalidad preservar el efecto útil de la reclamación especial en materia de contratación, limitando los perjuicios que pudieran derivarse de las infracciones cometidas en los procedimientos de licitación en cualesquiera de sus fases, también, en la fase inicial de aprobación del expediente.”

19) Criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas objetivas: automatismo en su valoración.

Los Acuerdos 12/2020, de 14 de febrero, 71/2020, de 26 de agosto, 94/2020, de 21 de octubre, y 99/2020, de 28 de octubre, recuerdan que la discrecionalidad del órgano de contratación respecto a los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas finaliza con su elección, dado que su aplicación se caracteriza por su automatismo y ausencia de subjetividad. El primero de dichos acuerdos señala lo siguiente:

“Finalmente indicar que al tratarse de un criterio que se valora mediante la aplicación de fórmula no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración. Así lo señala la Resolución 796/2015, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: “debe recordarse que lo que se discute en este litigio es la valoración efectuada en relación con los criterios evaluables mediante fórmulas. Siendo esto así ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo

limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.

Como ya se ha señalado por este Tribunal, una vez abiertos los sobres correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmula, el resultado de la licitación ya es conocido y en esas condiciones no es posible reconocer discrecionalidad alguna a la mesa de contratación a la hora de aplicar la valoración, pues de otro modo no sería posible garantizar la imparcialidad y objetividad de la misma, fundamento último de la doctrina de la discrecionalidad técnica a que aluden las partes”.

En el mismo sentido, el Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, señala:

“En relación con los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, tal y como manifestamos en el Acuerdo antes citado, con cita de la doctrina contenida en la Resolución 34/2018 de 8 de marzo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, debemos recordar que el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema" y su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011, señala que la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación: "Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)."

A diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad, los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, razón por la que no se necesita su motivación, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación.

Así pues, ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la Mesa de Contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.”

20) Obligación de los licitadores de estar inscritos en los registros profesionales o mercantiles requeridos en la fecha final de presentación de ofertas.

El Acuerdo 14/2020, de 19 de febrero, señala que la inscripción de los licitadores en los registros profesionales o mercantiles que, por razón de su actividad, resulten preceptivos constituye un requisito de capacidad, exigible en la fecha final de presentación de ofertas, y ello, aun cuando el pliego no lo establezca expresamente:

“Llegados a este punto, cabe recordar, como hace la Resolución 148/2017, de 1 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad que constituya el objeto del contrato es un requisito de legalidad, de derecho necesario, cuya exigencia a los licitadores que pretendan contratar con el sector público impone la normativa de contratación pública.

Asimismo, el contrato tiene por objeto prestaciones que incluyen servicios para cuya ejecución resulta necesaria la habilitación conferida a través de la inscripción en el Registro Metrológico a que se ha hecho referencia. Requisito de capacidad exigible a los licitadores a pesar de no haberse contemplado en el pliego, y ello por cuanto tal omisión del citado documento contractual no puede ser convalidada por no haberse cuestionado en el momento procedimental oportuno, habida cuenta que la falta de capacidad constituye, como hemos indicado, una de las causas de nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato, resultando, por otro lado, indiferente a estos efectos que sea escaso el número de equipos sometidos al control metrológico del que deriva tal exigencia de capacidad.

Así las cosas, siendo obligatoria la inscripción en el Registro de Control Metrológico para el desarrollo de parte de los servicios que conforman el objeto del contrato, dicha habilitación debe concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y exigirse su acreditación al que vaya a ser propuesto como adjudicatario. Siendo esto así, lo cierto es que no sólo no se ha exigido tal acreditación, sino que la tercera interesada nada aduce en contra de la afirmación realizada en el sentido de que carece de tal habilitación necesaria para la ejecución del contrato; motivo por el cual este Tribunal entiende que procede su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato.”

21) Volumen de negocios como solvencia económica y financiera: exceso respecto al límite máximo previsto en la LFCP sin justificación alguna. Nulidad por restricción injustificada de la concurrencia y del principio de igualdad.

El Acuerdo 15/2020, de 24 de febrero, señala lo siguiente:

“Señala al respecto que la exclusión del año 2019, resulta ilógica e incongruente, al ser este año el anterior a la licitación, además de resultar contraria al artículo 16.1 c) de la

LFCP. A ello añade que la exigencia de un volumen de negocios superior a 2.000.000 de euros supera el límite que dicho artículo impone, al establecer que el volumen de negocio no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados, siendo que dicho valor estimado es de 500.000 euros, y que no media justificación alguna.

La entidad contratante por su parte, alega que los tres últimos ejercicios disponibles en la fecha de aprobación del expediente (10 de diciembre de 2019), no podían ser otros que los señalados, así como que el volumen de negocios exigido se justifica tomando como base el volumen de negocios de las instalaciones objeto del contrato, que supera la cantidad exigida, y que, además, debe realizarse una inversión mínima de 300.000 euros.

El artículo 16.1 c) LFCP, cuya infracción se alega establece lo siguiente: (...).

La LFCP no establece el momento de inicio del cómputo de los ejercicios a considerar en relación con la exigencia relativa al volumen de negocio, de modo que nada parece que pueda oponerse al hecho de que la entidad contratante refiera los tres ejercicios anteriores a aquel en que aprueba el expediente.

Por otra parte, la expresión “ejercicios disponibles”, debe entenderse referida a periodos contables, que abarcan el tiempo necesario para la contabilización de los resultados del ejercicio, en lugar de a años naturales, como parece haber entendido la entidad reclamante. En consecuencia, no se aprecia la alegada infracción del artículo 16.1.c de la LFCP.

No acontece lo mismo, sin embargo, con el volumen de negocios exigido (2.000.000 euros), ya que éste se sitúa muy por encima del límite establecido por el referido artículo (vez y media el valor estimado del contrato que asciende a 500.000 euros), con clara infracción del mismo.

Sobre la trascendencia de este límite, en relación con los principios de la contratación pública, en particular, los de competencia, concurrencia e igualdad, así como con los objetivos marcados por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y recogidos en la LFCP en relación con las PYMES, el título preliminar de ésta última contiene la siguiente declaración:

“se establece una limitación en el volumen de negocio exigible como solvencia económica, en el afán de facilitar la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública. No obstante, esta cantidad de una vez y media del valor estimado del contrato debe ser bien entendida, como tope máximo que es, y aplicada en todo caso de acuerdo con el principio de proporcionalidad, con el único fin de garantizar que las empresas o profesionales que concurren a la licitación se encuentran en disposición de cumplir adecuadamente con los compromisos financieros que del contrato puedan derivarse. De esta forma, resulta imperativo para el órgano de contratación valorar caso

por caso la solvencia que va a exigirse y de esta valoración puede resultar que una cifra de negocio de una vez y media del valor estimado del contrato resulte excesiva y por ello ilegal al restringir desproporcionadamente la competencia y violar los principios de concurrencia e igualdad.”

Volviendo al volumen de negocios impugnado, a la vista del expediente de contratación, se observa que el informe sobre la necesidad de la contratación, parte de un error al establecer que, “en lo que respecta a la solvencia, la misma se ha determinado en función del contenido del contrato y volumen de las últimas cuentas de explotación de las instalaciones”, ya que, esta consideración desconoce por completo que conforme al artículo transcrito, el medio de solvencia consistente en la exigencia de determinado volumen de negocios debe establecerse en función del valor estimado del contrato y no del volumen de las instalaciones cuya gestión es objeto del contrato.

Por ello, tampoco pueden ser acogidas las justificaciones en dicho sentido realizadas en fase de alegaciones, ni la relativa a que “el valor estimado se ha calculado teniendo en cuenta el canon fijo mínimo, pero no el canon variable y la inversión mínima de 300.000 euros” pues, no es mediante la superación del referido límite, el modo en que el órgano de contratación puede corregir los defectos detectados en el cálculo del valor estimado del contrato. Ello, porque según se establece con absoluta claridad en el artículo de referencia, la única excepción posible al límite establecido en el mismo es la concurrencia de “riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros”, debiendo en este caso indicarse en los pliegos las principales razones de tal decisión.

Conforme a lo expuesto se aprecia clara vulneración del artículo 16.1.c) de la LFCP, resultando de ello la exigencia de un nivel de solvencia desproporcionado que restringe injustificadamente la concurrencia e infringe el principio de igualdad, motivo por el que se estima la alegación, declarándose la solicitada nulidad de la cláusula 7 impugnada.”

22) Límites a la facultad de solicitar aclaraciones respecto de las ofertas.

Los Acuerdos 18/2020, de 3 de marzo, 27/2020, de 19 de mayo, y 36/2020, de 10 de junio, aluden a la facultad de solicitar aclaraciones en caso de que las ofertas adolezcan de oscuridad o inconcreción, así como a los límites en el ejercicio de la misma como garantía al principio de igualdad de trato de los licitadores. El primero de los citados acuerdos señala lo siguiente:

“Así las cosas, y sobre la improcedencia de solicitar aclaración alguna e supuestos como el que nos ocupa se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 834/2019, de 18 de julio, que desestima un recurso contra la exclusión de un licitador por ofertar un precio que excede el presupuesto de licitación, indicando que “la jurisprudencia ha admitido en ocasiones la subsanación de defectos en la oferta económica, pero que “no debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico,

pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de modo sustancial después de haber sido presentadas”.

El mismo órgano revisor en su Resolución 973/2019, de 9 de septiembre, pone de relieve que “(...) lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo ‘cuando no alteren su sentido’”.

Este mismo criterio ha sido recogido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/15, de 6 de abril de 2016, en cuyas conclusiones afirma: “En relación con la tercera pregunta, la solicitud de aclaraciones sólo debe ser utilizada para el caso de errores u omisiones en la documentación acreditativa de la capacidad o la solvencia. En relación con el contenido de la oferta podría emplearse exclusivamente para errores u omisiones materiales.”

Este mismo criterio ha sido recogido de forma general por otros órganos consultivos en materia de contratación. Por todos, Informe 7/2013, de 9 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno Balear, que declara:

“Por tanto, debe considerarse que no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el hecho de que el órgano de contratación les solicite aclaraciones sobre el contenido de las ofertas presentadas, dado que esta actuación es una exigencia que deriva de los principios de buena administración y de proporcionalidad, que son aplicables a todos los procedimientos de contratación. No obstante, esta posibilidad tiene un límite que no puede sobrepasarse: la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, ya sea porque modifique su sentido inicial o porque incorpore otros términos no previstos inicialmente. El Texto Refundido incorpora este límite en el artículo 183.1 en cuanto a los procedimientos de diálogo competitivo.” En consecuencia, sólo la apreciación por el órgano de contratación de que concurre un error material en la oferta presentada debería dar lugar a solicitar aclaración de la misma. Esta situación no se ha producido en el caso que nos ocupa, en el que lo que apreció el órgano de contratación fue un incumplimiento claro y flagrante de los requisitos establecidos en los pliegos. A la vista de ello, lo que procede es la exclusión del licitador incurso en tal circunstancia, sin solicitar aclaración de ninguna clase. Otro comportamiento podría dar lugar a la modificación de la oferta presentada, extremo que, como se ha visto, está absolutamente prohibido por la normativa aplicable (...).”

En esta línea, hemos señalado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 10/2020, de 10 de febrero -, que la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos; resultando, añadimos ahora, improcedente tal solicitud cuando la subsanación a realizar conlleve modificación de la oferta.”

23) Criterios de adjudicación de carácter social: requisitos.

El Acuerdo 23/2020, de 7 de mayo, alude a los requisitos para la válida inclusión de criterios de adjudicación de carácter social, conforme a la exigencia contenida en el artículo 64.6 de la LFCP:

“No obstante, como indicamos en nuestro Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, tal regulación en modo alguno habilita que los criterios en tal sentido previstos no reúnan los requisitos que, con carácter general, se exigen de los criterios de adjudicación a utilizar en los contratos públicos. Y ello toda vez que resulta obvio que ésta no es, en ningún caso, la finalidad perseguida por el legislador al introducir lo que se ha venido denominando “cláusulas sociales” en la contratación pública. Así lo pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 119/2018, de 21 de octubre, donde razonamos que “(...) en cualquier caso, la inclusión de dicha tipología de criterios entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, obviamente, respetar las condiciones y limitaciones que, con carácter general se aplican a los criterios de adjudicación – recogidas en el artículo 64.1 LFCP y que nuestra doctrina y Jurisprudencia proclaman de forma reiterada -, a saber, la exigencia de vinculación del criterio con el objeto del contrato, garantizar la transparencia el procedimiento dando publicidad a los criterios de valoración mediante su incorporación a los pliegos, su formulación objetiva, concreta y clara, de forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma, y garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva comprendiendo 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 establecidos (...).”

En consecuencia, no podemos obviar que la normativa de contratación pública contempla una serie de requisitos de obligada observancia en la elección, formulación y aplicación de cualesquiera criterios de adjudicación; requisitos también exigibles en lo que a los criterios sociales de adjudicación se refiere.

La doctrina sostiene que en los criterios de adjudicación que en cada caso se determinen para la valoración de las ofertas deben concurrir los siguientes requisitos: a) ser objetivos, en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores y estar vinculados al objeto del contrato; b) no otorgar al poder de adjudicación una libertad de elección ilimitada, debiendo estar formulados sobre una base objetiva; c) estar expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato, debiendo ser específicos, objetivos y cuantificables; y d) atenerse a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios jurídicos que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.”

24) Valoración de la experiencia como criterio de adjudicación.

El Acuerdo 31/2020, de 26 de mayo, alude a la posibilidad de que se valore como criterio de adjudicación la experiencia del personal que vaya a ejecutar el contrato, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución, no pudiéndose valorar, en abstracto, la experiencia del licitador, lo cual constituye un requisito de solvencia:

“Así pues, la experiencia como criterio de adjudicación debe ir referida al personal encargado de la ejecución del contrato de que se trate, siendo necesario que la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución; no resultando ajustado a derecho introducir como criterio de adjudicación la experiencia por referencia a la persona licitadora en lugar de al concreto equipo adscrito a la ejecución del contrato. Conclusión avalada por la propia literalidad del artículo 64.3.b) 2º LFCP que alude, sin lugar a dudas, a la experiencia del personal que vaya a ejecutar el contrato.

Así lo indica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 873/2018, de 1 de octubre, que respecto a la impugnación de un criterio de adjudicación consistente en valorar la experiencia del adjudicatario señala que “La cláusula transcrita está viciada de nulidad, pues consigna un criterio de adjudicación, sujeto a juicio de valor, referido al adjudicatario y no de manera específica a la oferta que se ha presentado en el contrato. Se valora, en definitiva, la experiencia de la empresa en abstracto, habiendo sido esta ya apreciada al determinar si tiene aptitud o no para la correcta ejecución del contrato, esto es, si reúne los requisitos de solvencia técnica establecidos en el PCAP”.

En los mismos términos se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 119/2017, de 28 de noviembre, que recoge la doctrina expuesta sobre la distinción entre criterios de solvencia y de adjudicación, pero indica que “Cuestión distinta es que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y para ello resulten relevantes los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C601/13 (en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación); que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, incorporado ahora en el artículo 145 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continúa siendo un criterio de solvencia”.

25) Titulación como requisito de solvencia técnica o profesional: principio de libertad con idoneidad prevalente respecto al de exclusividad y monopolio.

Los Acuerdos 33/2020, de 28 de mayo, y 50/2020, de 29 de junio, aluden al criterio jurisprudencial y doctrinal relativo a la reserva de determinados servicios a profesiones

determinadas, señalando que debe hacerse de forma restrictiva y justificada, admitiéndose la prestación de servicios por quienes tienen “la capacidad técnica real para el desempeño de las respectivas funciones”. El primero de dichos acuerdos señala:

“Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere la determinación del técnico competente en función del proyecto concreto de que se trate y el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión, sin atribuciones generales a titulaciones específicas. Así, como señala el Tribunal Supremo Sentencia 732/2017, de 28 de abril, con cita de la Sentencia de 25 de abril de 2016 “(...) con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues, como se recoge en aquella sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido. Ahora bien, como dijimos en la sentencia también citada de 19 de octubre de 2015 (casación 1482/2013), esa interpretación jurisprudencial amplia debe proyectarse sobre los concretos preceptos legales que se refieren a los distintos tipos de obras y edificaciones y a la titulación o titulaciones habilitadas para la realización de los proyectos correspondientes”.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras Resoluciones, la 160/2011 de 8 de junio, y la 112/2012, de 16 de mayo “(...) frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de "libertad con idoneidad" (por todas, STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987,8685), de 27 de mayo de 1998 (1998,4196), o de 20 de febrero de 2012 (JUR 2012,81268)), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de 1999), debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007,6693))”.

(...).

En sentido similar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1511/2019, de 26 de diciembre, recuerda que “la doctrina jurisprudencial es contraria a las reservas de actividad en favor de determinadas profesiones o titulaciones, en lugar de valorar individualmente las competencias concretas de cada uno de los

profesionales (por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 2019, recurso 110/2016)”.

Es importante destacar que no se trata del reconocimiento de un derecho a la igualdad de todos los profesionales, sino de aquéllos que tienen “la capacidad técnica real para el desempeño de las respectivas funciones”, elemento éste que, a falta de previsión normativa, debe ser objeto de un análisis casuístico. Señalando, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2012, que la competencia, en cada caso concreto, debe determinarse, además de por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate.

En definitiva, la jurisprudencia rechaza el monopolio de competencias a favor de una profesión técnica determinada, al mantener la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un determinado nivel de conocimientos técnicos. Por ello, la reserva competencial a una titulación o profesión debe ser objeto de interpretación restrictiva, debiendo estar convenientemente justificada la restricción que impida la libre concurrencia; si bien tal competencia deberá examinarse caso por caso atendiendo al objeto de cada contrato, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de febrero de 2013: “(...)”.

26) Onerosidad y precio cierto de los contratos: no se ven afectados por la oferta de cero euros en uno de los precios unitarios.

El Acuerdo 38/2020, de 17 de junio, señala que la realización de una oferta de cero euros en uno de los precios unitarios del contrato no afecta al carácter oneroso exigido por la LFCP, ni a la certeza en el precio del contrato:

“Así pues, la cuestión que debe resolverse es, si el hecho de que se establezca un precio de 0 euros para uno de los productos incluidos en el lote 3, tiene como consecuencia la anulación de la onerosidad del contrato, la certeza sobre el precio y su adecuación al Mercado, así como la vulneración del derecho de los contratistas a la remuneración de las prestaciones realizadas.

A este respecto, la doctrina de los tribunales de contratos ha venido a establecer que la existencia de un precio unitario de 0 euros no incide sobre la onerosidad del contrato, ni sobre el equilibrio entre las partes, lo que es extensible al resto de notas cuya vulneración se afirma en este caso, en la medida en que el coste del producto ofertado a 0 euros puede considerarse incluido en el precio total del contrato.

Así lo recoge la Resolución 38/2018, de 31 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que al resolver una reclamación relativa a una oferta de 0 euros respecto a uno de los precios unitarios, señala, en su fundamento quinto, que:

“El modelo de proposición económica aprobado en el PCAP no contempla el importe total por el que se comprometen los licitadores a ejecutar el contrato sino tan solo el precio/hora unitario ofertado para cada categoría con y sin IVA.

(...).

Como reiteradamente ha manifestado este Tribunal, la exigencia de que el cálculo del valor del contrato se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

El Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en un supuesto semejante al que ahora nos ocupa, estimó un recurso, trayendo a colación la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C451/08, Helmut Müller GmbH, en que el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (F.J. 45). Los tribunales de recursos contractuales admiten un concepto amplio de onerosidad y han reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato. Así, el TACRC en las Resoluciones 661/2014 y 1045/2015, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 98/2015 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 61/2014 y 13/2015.

Cabe citar también la Resolución 396/2014, del TACRC, que, tras mencionar las conclusiones del Abogado General, presentadas el 11 de abril de 2013, en el Asunto C-576/10 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2010, en el asunto 451/2010, concluye que “estos pronunciamientos cuando hablan de la onerosidad del contrato público se centran, sobre todo, en el beneficio del poder que adjudica el contrato, resultando, al menos en estas referencias, la naturaleza de la contraprestación de la otra parte, del contratista, que funciona también como esencial en los contratos onerosos, pero con un carácter, si se quiere, menos riguroso, al menos en lo que al concepto económico se refiere, que el beneficio económico que debe suponer, en todo caso, el contrato, para la administración.”

Este Tribunal, acogiendo la doctrina expuesta, considera que la proposición ofertada por la adjudicataria (cero euros/hora en el coste de uno de los integrantes del equipo que prestará el contrato) no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse, que dicho coste se retribuye con cargo al precio general del contrato. Abunda en esta consideración la circunstancia de que existen supuestos admitidos normativa y doctrinalmente en que eventualmente una prestación o producto de los ofertados puede serlo a precio cero euros, como sería el caso de las ofertas integradoras, variantes con rapeles, ofertas 3x2, etc.

Este Tribunal considera además que la oferta de la adjudicataria no infringe los principios de concurrencia e igualdad una vez que se admite la onerosidad del contrato, puesto que nada impide que otros licitadores hubieran realizado la misma oferta sin que exista por otro lado identidad de razón con las Resoluciones del TACRC citadas por la recurrente en que la oferta a la postre se traduce en una cantidad indeterminada de

productos que ni responde a las necesidades del órgano de contratación, ni es posible ejecutar. Sin embargo, en este caso se trata del precio hora del coordinador cuyas horas de prestación están determinadas en la oferta y que deben entenderse incluidas en el precio global del contrato sin que ello implique que no van a verse satisfechos los derechos laborales del trabajador que desempeñe tales tareas.

Por todo lo cual considera el Tribunal debería desestimarse el recurso por este motivo.”

(...).

A la luz del marco legal y doctrinal expuesto, debemos concluir, partiendo de que el precio de los productos ofertados a 0 euros puede verse compensado con el precio total del contrato, que no resulta acreditado que en el presente caso no opere esta circunstancia, especialmente a la vista del volumen del mismo, así como del conjunto de los precios y cantidades estimadas del resto de los productos que componen el Lote 3. Asimismo, se concluye que el contrato cuenta con un precio cierto, según se establece en el referido apartado 10.1.B.1 del cuadro de características, que no se ve alterado por la existencia de un precio unitario de 0 euros, obteniéndose la misma conclusión en relación con la adecuación del precio al mercado y el derecho de los contratistas a obtener la correspondiente remuneración.”

27) Establecimiento de un umbral de saciedad o saturación en relación con los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas: necesidad de justificar las razones de interés público que amparan su establecimiento.

El Acuerdo 41/2020, de 25 de junio, alude a la posibilidad de establecer umbrales de saciedad o saturación en relación con las ofertas valorables mediante fórmulas, señalando la evolución doctrinal existente en la materia, así como las condiciones en que su establecimiento resulta posible, y advirtiendo de la falta de unanimidad al respecto por los distintos tribunales especializados en materia de contratación pública:

“Así las cosas, a la vista de a la argumentación contenida en el escrito de interposición, la reclamante sostiene que los criterios de adjudicación cuantitativos, evaluables mediante fórmula, correspondientes al canon y a las inversiones, están afectados por lo que la doctrina denomina “umbral de saciedad”; lo que determina su invalidez.

(...).

SÉPTIMO.- Como se ha indicado, considera la reclamante que los citados criterios incurren en lo que la doctrina denomina “umbrales de saciedad”, consistentes en el establecimiento de fórmulas matemáticas que propician que a partir de un determinado valor en la respectiva oferta la puntuación a obtener por el licitador sea la misma, lo que puede llegar a producir el efecto de desincentivar que la oferta de éste sea la mejor posible, contraviniendo el principio de eficiencia en el gasto público. Además, ello pudiera permitir a los licitadores conocer la concreta oferta que han de realizar para obtener la máxima

puntuación, de manera que el “umbral de saciedad” puede llegar a determinar un empate en el criterio afectado y, por tanto, que la valoración de los criterios cualitativos sea la determinante de la adjudicación del contrato.

Como apunta el Acuerdo 143/2019, de 27 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el denominado “umbral de saciedad” determina que no se puede obtener más puntuación pese a ofrecer más, por lo que pudiera producirse un desincentivo a la hora de ofertar y, por tanto, vulnerarse los principios de eficiencia y control del gasto, y los de igualdad de trato y de proporcionalidad que es contrario a atribuir la misma puntuación a ofertas disparmente ventajosas.”

Tras citar diversos pronunciamientos doctrinales contrarios a la posibilidad de establecer umbrales de saciedad, el citado acuerdo señala:

“Empero, lo cierto es que la doctrina de los distintos Tribunales Administrativos de Contratos ha experimentado una evolución en el sentido de admitir, con la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público – coincidente, en este particular, con la regulación contenida en la LFCP -, el establecimiento de umbrales de saciedad en los criterios de adjudicación cuantitativos; si bien, adelantamos ya, no de forma unánime.

Así, la Resolución 1502/2019, de 26 de diciembre, pone de manifiesto que, en relación con el umbral de saciedad su doctrina se ha visto rectificada a raíz de la entrada en vigor de la LCSP; recordando que se ha mostrado contrario a aplicar estos umbrales en tanto que actúan de manera contraria a la competencia y al beneficio de la entidad pública contratante de obtener, mediante el concurso de distintos licitadores, la mejor oferta, al mejor precio. Si bien puntualiza que ello es así siempre que el único criterio a valorar en la oferta sea, precisamente, el precio; resultando que, de otra manera, es decir, cuando se valoran elementos o parámetros distintos del precio, no necesariamente la oferta con el precio más bajo es la mejor.

Indica la Resolución citada, en línea con lo manifestado por la entidad contratante en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, que la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el pliego índices de saciedad que limiten la valoración de la oferta económica mediante la atribución del máximo de puntos posibles a las ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite. (...).”

Se advierte, a continuación, que existen resoluciones que disienten con este parecer, por lo que la opinión doctrinal al respecto no es unánime:

“De hecho, el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 976/2018, de 26 de octubre, afirma que considera que ésta no es la mejor práctica, y que su adopción debería estar suficientemente justificada, siendo preferible

dejar que los precios ofrecidos por los distintos licitadores sean los que éstos libremente decidan, en función de su previsión de costes y expectativas de beneficio.

Especialmente significativa resulta la reciente Resolución 400/2020, de 19 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde pone de relieve que el elemento decisivo para decidir sobre la procedencia de la fijación de umbrales de saciedad es la justificación y motivación en el expediente de contratación; (...).

El mismo órgano revisor en su Resolución 853/2019, de 18 de julio, apunta que para determinar si el establecimiento de una cláusula como la cuestionada es o no ajustada a derecho, hay que tomar en consideración el conjunto de criterios de valoración que se establecen para la licitación, así como su respectiva ponderación, de modo que solamente procederá anular la cláusula cuanto se detecte que el establecimiento del umbral de saciedad infringe una norma imperativa o contradice los principios que rigen en materia de contratación pública, pudiendo dar lugar a una manipulación de la licitación.

En consecuencia, la legalidad de la fijación de umbrales de saciedad o saturación en relación con los criterios cuantitativos deberá examinarse caso por caso; siendo exigible, la justificación en el expediente de la concurrencia de las razones de interés público que aconsejan su aplicación, lo que, en el caso concreto que nos ocupa, se traduce en la justificación de las razones por las que un canon o unas inversiones por importe superior a los máximos establecidos en el pliego ponen en riesgo la calidad o la viabilidad del servicio.”

28) Impugnación de modificación contractual: insuficiente justificación del interés público concurrente y afección al contenido sustancial del contrato.

Los Acuerdos 53/2020, de 16 de julio, 56/2020, de 23 de julio, y 54/2020, 58/2020, 59/2020, 60/2020, 61/2020, 62/2020, todos ellos de 24 de julio, resuelven diversas reclamaciones interpuestas frente a modificaciones contractuales basadas en la normativa dictada para hacer frente al COVID-19, recordando las causas que amparan una modificación contractual y señalando que dicha normativa no desplaza la existente en materia de contratos públicos:

“Sentado lo anterior, entre las prerrogativas que, conforme al artículo 34 LFCP, ostenta el órgano de contratación en materia de contratación pública, se encuentra la de modificación de los contratos (el denominado ius variandi). Prerrogativa cuyo ejercicio queda subordinado a la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos; además de tener carácter excepcional, y, por tanto, de interpretación estricta, de manera que las condiciones iniciales de un contrato no se vean sustancialmente alteradas, por cuanto ello puede suponer una vulneración de los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública. Así lo pone de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía en su informe de 17 de octubre de 2016 cuando indica que (...).

Como requisito de carácter sustantivo se exige una singular motivación de hechos, que, como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984, en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos regidos por el principio ne varietur. De otro lado, resulta preciso observar, como se ha indicado, los requisitos que para la modificación de los contratos recoge el artículo 114 LFCP, habida cuenta que la habilitación normativa consecuencia del COVID – 19 en modo alguno desplaza la aplicación de la normativa de contratación pública. Siendo éste el objeto del análisis que debe realizar este Tribunal.”

Se citan, a continuación, sendas sentencias del Tribunal Supremo en relación con la potestad de modificación contractual, señalándose lo siguiente:

“Así pues, adjudicado y formalizado el contrato de servicios, debe iniciarse y desarrollarse su ejecución en los términos derivados de la LFCP y de los documentos contractuales que lo regulan, no siendo posible introducir modificaciones en el mismo si no es ante la concurrencia de motivos de interés público que lo justifiquen, y con observancia de los límites impuestos por dicha norma jurídica. Sin que la previsión contenida en la Ley Foral 6/2020, de 6 de abril, a causa del COVID – 19, actúe con carácter general como título habilitante de modificaciones contractuales, debiendo justificarse y concretarse el interés público en cada caso, mediante la acreditación de la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma citada, que no es otro que la afección para el propio contrato consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra para hacer frente a la pandemia. (...).

En consecuencia, los requisitos a verificar en el análisis de la legalidad de la modificación contractual impugnada son, partiendo de que, según indica la entidad contratante, ésta no afecta al precio del contrato, la concurrencia de razones de interés público que la justifiquen y que a través de ella no se vea afectado el contenido esencial del contrato sobre el que opera la modificación.”

29) La renuncia a la adjudicación de un contrato requiere de razones de interés público debidamente acreditadas.

El Acuerdo 55/2020, de 23 de julio, señala, en relación con la renuncia a la adjudicación de los contratos públicos, lo siguiente:

“En relación con la renuncia a un contrato, en nuestro Acuerdo 69/2019, de 7 de agosto, reproducimos la Resolución 400/2017, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que sintetiza su doctrina sobre esta materia del siguiente modo:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación con la renuncia y desistimiento del contrato. De las principales resoluciones dictadas en la materia, puede destacarse lo siguiente:

(...)

b) En el caso de la renuncia, (...), basta con que se justifique en el expediente la concurrencia de una causa de interés público que determine la renuncia. En este sentido, se

ha señalado que si el órgano de contratación es libre de iniciar o no el procedimiento de contratación, esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación. Ahora bien, ello siempre con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general (resolución nº 731/2014).

c) Para que proceda válidamente la renuncia es necesario por ello que se den tres requisitos: i) que la renuncia se acordada por el órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato; ii) que concurra una causa de interés público y iii) que la resolución sea motivada y que las razones se encuentren justificadas en el expediente.

(...)

Debe tenerse en cuenta que la apreciación de las causas de interés público que hayan de motivar la renuncia del contrato constituye una potestad discrecional, y por tanto su revisión por este Tribunal se encuentra forzosamente limitada y se constriñe a comprobar que se alega una causa razonable que no produzca discriminación ni arbitrariedad y sin que sea necesario que por el órgano de contratación se acredite exhaustivamente la concurrencia de la causa alegada, bastando con que la misma aparezca suficientemente identificada y justificada en el expediente. (...)

Lo expuesto se puede complementar con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 608/2019, de 21 de octubre, que en referencia al acto de renuncia en la contratación pública señala, en lo que interesa, que "El desistimiento de la Administración no se configura de esta manera como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él " (Memoria del Consejo de Estado, año 2000), siendo lícita la renuncia cuando la prosecución de los trámites del procedimiento de adjudicación perjudique al interés público, imponiendo a los órganos de contratación el deber de extremar el cuidado en la preparación correcta de los contratos de manera que, en la medida de lo posible se eviten situaciones que puedan dar lugar a la necesidad de renunciar a la licitación por un defecto de los actos preparatorios que impida conseguir el fin que se pretendía y de paso se vean afectados los licitadores que de buena fe participan en el procedimiento y muestran sus ofertas viendo luego revocada la licitación.

Insiste el juzgador, en cuanto a ideas esenciales, en el deber de atender el "interés público" como elemento central para ejercer el control sobre la decisión recurrida y la necesidad de motivar el acto."

30) Deber de diligencia del contratista en la formulación de su oferta e imposibilidad de modificación de la misma por la Mesa de Contratación.

El Acuerdo 72/2020, de 26 de agosto, hace referencia a la caracterización de la oferta como declaración de voluntad del licitador, al deber de diligencia de este en su formulación, y a la imposibilidad de modificar la misma por la Mesa de Contratación:

“En este segundo motivo se alega la indebida actuación de la Mesa al valorar su oferta con 0 puntos cuando debería haberle atribuido la puntuación correspondiente al porcentaje no sujeto a la aclaración. Frente a ello el órgano de contratación manifiesta la imposibilidad de la Mesa de Contratación de modificar la oferta presentada ante la existencia de contradicción entre los porcentajes ofertados del 15% o del 11,35%, no siendo una función prevista en el art. 51 de la LFCP, y remitiéndose a diversas Resoluciones del TACRC que aluden a la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas, con el límite de que no se modifiquen estas.

(...).

De igual modo, ha de señalarse que los licitadores son responsables de sus ofertas y de los términos en que estas son realizadas, para lo que resulta exigible un mínimo de diligencia por su parte, no pudiendo el órgano de contratación modificar estas ni subsanar los defectos de que adolezcan. A este respecto, el Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, señala:

“Con carácter general cabe señalar que la oferta constituye la declaración de voluntad mediante la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la entidad contratante en los concretos términos que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, oferte en su proposición. En cuanto manifestación de la voluntad del contratista, la oferta constituye un presupuesto esencial del contrato administrativo, sin cuyo concurso no puede llegar a existir el contrato.

Así las cosas, conforme a lo exigido en el pliego en relación con la forma y contenido de las proposiciones, la oferta a realizar se formaliza a través de la cumplimentación del modelo de Anexo III donde se indican los aspectos que son objeto de valoración, siendo lo indicado en tal modelo la declaración de voluntad en tal sentido formulada por el licitador; y ello sin perjuicio de la presentación de documentación complementaria que, en atención a tal carácter, en ningún caso puede enervar o primar sobre la literalidad de la oferta, es decir, sobre lo consignado en el modelo exigido, de manera preceptiva, por el pliego. Por ello, la incorporación de un certificado referido a un modelo distinto no puede ser, como así sucedió, tomada en consideración; (...).

Sentado lo anterior, y siguiendo la argumentación de la reclamante, no cabe calificar la indicación del dato del consumo de combustible como un mero error material, pues su enmienda determinaría modificar la oferta realizada, en el sentido de entender que el modelo de chasis ofertado se corresponde con el indicado en el certificado y no con el consignado por el propio licitador en el modelo de oferta a presentar; lo que está vedado a la Mesa de Contratación en tanto que supondría una modificación de la oferta realizada.

Al hilo de lo anterior, tal y como razona el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 747/2017, de 5 de septiembre, salvo en supuestos en que se hubiera cometido un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada, presentada la oferta no cabe la posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de

solicitar la subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.”

Por lo tanto, ha de desestimarse la segunda de las alegaciones realizadas, dado que la Mesa de Contratación no puede atribuir una puntuación distinta a la que resulte de la oferta realizada mediante la interpretación o modificación de esta como pretende la reclamante. Cuestión distinta es que, tras la admisión y examen de la aclaración presentada, la Mesa de Contratación proceda a valorar su oferta conforme al contenido de aquella.”

31) Cumplimentación defectuosa y falta de subsanación del DEUC: exclusión.

El Acuerdo 76/2020, de 8 de septiembre, examina el carácter y la función del documento europeo único de contratación, el derecho de los licitadores a subsanar el mismo conforme a lo dispuesto en la LFCP, y la exclusión de los mismos en caso de su defectuosa cumplimentación:

Sobre la naturaleza y función del DEUC, decíamos en nuestro Acuerdo 84/2019, de 8 de noviembre, que “como razona el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 995/2019, de 6 de septiembre “Como señalan las Instrucciones para la aplicación del DEUC incorporadas como Anexo 1 al R 2016/7, de conformidad con el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, constituye una declaración formal por la que el operador económico certifica que no se encuentra en alguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido; que cumple los criterios de selección pertinentes, así como, cuando proceda, las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar (...).

Sobre el valor y alcance del DEUC - siguiendo la doctrina, entre otras, de la Resolución de 52/2019, de 8 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi - se debe señalar que este documento está previsto en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y es, en síntesis, una forma de acreditación provisional de los requisitos de aptitud para contratar fijados en las bases de la licitación. Consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye a los certificados expedidos por autoridades públicas o por terceros y que sirve de prueba preliminar en el procedimiento de contratación de que el licitador u otros operadores económicos (como aquel cuya solvencia integra la del licitador) cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, que no se encuentra en ninguna de las prohibiciones para contratar y que cumple con los criterios de selección establecidos en los documentos contractuales. Tan sólo el adjudicatario deberá presentar los certificados que constituyan la prueba, sin perjuicio de que a los demás se les pueda solicitar en cualquier momento alguno o todos los documentos. Su objetivo es reducir las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otra documentación relacionada con los criterios de exclusión y de selección en las licitaciones públicas; y se redacta sobre la base de un formulario uniforme, aprobado por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016”.

En definitiva, el DEUC es el documento mediante el que se acredita el cumplimiento de los requisitos de participación en la correspondiente licitación, de modo que su correcta o incorrecta cumplimentación, salvando el derecho a subsanación en caso de error, determina la admisión o exclusión del procedimiento, como se desprende del artículo 96 LFCP, conforme al cual: (...).”

32) Acumulación de los niveles de solvencia en los licitadores que participan conjuntamente.

El Acuerdo 80/2020, de 18 de septiembre, examina la cuestión relativa a la acumulación de los niveles de solvencia por los licitadores que concurren conjuntamente y, específicamente, si es necesario que todos y cada uno de ellos acrediten un mínimo de aquella:

“Lo cierto es que uno de los motivos principales para que los licitadores participen conjuntamente es poder acumular y acreditar la solvencia exigida en el contrato; de ahí que el Acuerdo 7/2009, de 6 de noviembre, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública frente a la exclusión de la licitación de una unión temporal de empresas, afirme que “como la valoración de la solvencia técnica implica la suma de solvencias de los integrantes, no se puede excluir a los licitadores en participación porque uno de ellos no alcance el nivel de solvencia exigido, ya que la solvencia o capacitación técnica que se debe evaluar es la del conjunto de empresas agrupadas”.

Especialmente clara resulta, al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 152/2014, de 14 de marzo, cuando afirma que “(...) La solvencia económica y financiera, así como la solvencia técnica o profesional, sí son transmisibles, extensibles a otra empresa, es decir, que las carencias en estos aspectos de una de ellas pueden ser perfectamente suplidas por otra u otras de las que forman la UTE (...)”.

En el mismo sentido, este Tribunal en su Acuerdo 12/2016, de 22 de febrero, puso de manifiesto que (...).

Cabe recordar que la interpretación de los preceptos positivos debe ser obtenida no solo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico que busca el espíritu y sentido así como la finalidad de la Ley y su ponderación sistemática ex art 3 CC debiéndose atender a la ubicación sistemática de la norma interpretada, integrada en el seno de un conjunto de disposiciones trabadas o relacionadas entre sí con coherencia interna, como decimos, para averiguar (interpretación teleológica) el sentido de la norma. Y así, la admisibilidad de la acreditación conjunta de los requisitos de solvencia en el supuesto de licitadores que liciten conjuntamente se hace todavía más patente cuando se advierte que siendo posible el recurso a medios externos cuando éstos pertenecen a terceros extraños a la licitación, con más razón debe admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas que licitan conjuntamente.

El Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 76/2013, de 29 de noviembre, en relación con las uniones temporales de empresarios, entiende que para acreditar la solvencia basta con que reúna los requisitos exigidos en el pliego una de las empresas que la forman, razonando que: (...).

Así las cosas, es pacífico en este caso que acumulando las características de las tres empresas que licitan conjuntamente se alcanza la solvencia económica y técnica exigidas en el pliego. Acumulación que, en contra de lo apuntado por la reclamante nada tiene que ver con el porcentaje de participación de cada una de ellas.

Efectivamente, la acumulación de las solvencias sirve para completar la de cada uno de ellos cuando ninguno de los miembros alcanza el nivel exigido al margen de su participación conjunta, pues lo relevante es que la agrupación, como tal en su condición de licitador, reúna tales requisitos; no pudiéndose sostener que en el cómputo de la solvencia de los licitadores que participan conjuntamente deba tenerse en cuenta la parte proporcional de participación de cada uno de los miembros, sino todo lo contrario, toda vez que tal acumulación sólo será necesaria en la medida en que ninguno de los licitadores que participan conjuntamente alcance por sí mismo los umbrales de solvencia exigidos, que no es el caso.

Realizada la anterior precisión, resta analizar las consecuencias jurídicas derivadas del hecho de que una de las licitadoras no haya aportado evidencia alguna de poseer una mínima experiencia en contratos similares al que es objeto de licitación; que es lo que en nuestro caso acontece con ARPA.

Sobre este particular, cabe citar el Informe 3/2019, de 3 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía que señala que (...).

Conoce este Tribunal la disparidad de criterio existente en los distintos órganos jurisdiccionales y en los Tribunales Administrativos de Contratos, exigiendo algunos de ellos, de cara a la acumulación, como requisito indispensable que todos los integrantes de las UTEs acrediten, algún grado siquiera mínimo de solvencia técnica. No obstante, tales posiciones, que concluyen que si una de las empresas que se integraría en la UTE carece de la más mínima solvencia no puede suplirse con la del otro operador que si la tiene, parten de la aplicación de artículo 24.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas según el cual "en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento"; precepto que, en nuestro caso, no tiene fuerza vinculante en atención a la competencia legislativa exclusiva de la Comunidad Foral en materia de contratación pública recogida en el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

En consecuencia, siendo, como hemos dicho, la suma de capacidades económicas o técnicas, uno de los motivos principales para que las empresas liciten conjuntamente,

aunque alguna de ellas no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego o, en su caso, no la acredite – como sucede en nuestro caso con la solvencia técnica de Arpa A&C, S.L. –, deberá aplicarse tal acumulación en orden a verificar si, de este modo, la agrupación de licitadores alcanza los requisitos mínimos de solvencia exigidos. Dicho de otro modo, en supuestos como el indicado, si ninguna de las otras licitadoras acredita que reúne por sí misma la solvencia mínima exigida debe procederse a la acumulación de la solvencia de todas las licitadoras que concurren en participación, de forma que si el sumatorio alcanza los niveles requeridos en el pliego regulador deberá entenderse que la agrupación – que, no olvidemos, es la entidad que ostenta la condición de licitador - alcanza la solvencia exigida y, por tanto, deberá ser admitida a la licitación; admisión que todavía resulta más evidente cuando ni siquiera se precisa acudir a tal acumulación por haber acreditado una de las licitadoras el cumplimiento de tales requisitos.”

33) Relación entre el objeto social de los licitadores y la prestación contractual: en caso de licitadores que participan conjuntamente este requisito resulta exigible respecto de cada uno.

El Acuerdo 80/2020, de 18 de septiembre, también alude a la necesidad de que el objeto del contrato se encuentre previsto entre los fines sociales de los licitadores, si bien no resulta exigible una coincidencia literal de los mismos, y resultando exigible, igualmente, respecto de todos y cada uno de los licitadores que concurren conjuntamente:

“En nuestro Acuerdo 29/2017, de 26 de junio, señalamos que “No obstante, como acertadamente manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2013, de 23 de enero: “La falta de capacidad de obrar se sanciona, en el artículo 32 TRLCSP (en Navarra en el artículo 126.4 de la LFCP), con la nulidad de pleno derecho del contrato. La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos u obligaciones, o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho. Doctrinalmente se distingue entre capacidad jurídica —o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones—, que tiene toda persona por el hecho de existir, y capacidad de obrar —o de realizar con validez y eficacia un concreto acto o negocio—. El régimen jurídico de la capacidad no se aborda directamente por la normativa de contratos del sector público, sino que ésta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico.

(...)

No existe duda alguna doctrinal sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata. Sobre tal necesidad ha sido reiterada la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado (Informes 4/99, 20/00 y 32/03) y también otras Juntas Consultivas. Es decir, debemos entender que la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social. Para la acreditación de esta capacidad de obrar dispone el artículo 72.1 TRLCSP: «la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad debidamente

inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate».

Habrá que atender, por tanto, a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos de la sociedad. El problema surge cuando los términos de tal objeto social plantean dudas sobre las prestaciones amparadas por el mismo, porque lo que no se aborda en la legislación de contratos es el alcance o grado de amplitud con que debe estar definido el objeto social, así como la necesidad o no de equivalencia o identidad entre el mismo y las prestaciones objeto del contrato; o bien el suficiente encaje de tales prestaciones dentro de un objeto social definido en términos amplios. En este punto, la ley no exige esa identidad o equiparación de la definición de las prestaciones propias con las del objeto contractual, de modo que entendemos que basta con la simple valoración de hallarse incluidas tales prestaciones en el objeto social. Este criterio ha sido así expresado en el informe 11/2008, de la Junta Consultiva del Gobierno de las Islas Baleares, en el que se afirma: «cabe interpretar el artículo 46.1LCSP (actual artículo 57 TRLCSP) en un sentido amplio, es decir, que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato. Así, es suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto del contrato encajan o quedan amparadas o englobadas en estos fines, objeto o ámbito de actividad».

Como recuerda la Resolución 730/2020, de 26 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata tiene como finalidad evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre competencia; exigiéndose así que las prestaciones objeto del contrato estén comprendidas en los fines, objeto y ámbito de la actividad de la empresa.

De igual modo, la Resolución 27/2012, de 13 de marzo de 2012, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, señala que (...).

De manera específica, este mismo órgano revisor señala su Resolución 69/2015, de 3 de julio que “Por lo que se refiere a las UTE’s, que carecen de personalidad jurídica, el cumplimiento del requisito establecido en este precepto requiere que todos y cada uno de los partícipes ostenta alguna relación directa o indirecta entre su objeto social y la prestación contractual (ver, por ejemplo, la Resolución 552/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC)”.

34) Ausencia de estudio de viabilidad en concesión de servicios: nulidad de pleno derecho.

El Acuerdo 81/2020, de 23 de septiembre, señala que la ausencia del preceptivo estudio de viabilidad en una concesión de servicios constituye una causa de nulidad conforme a lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable por remisión del artículo 116.2.a) de la LFCP:

“No obstante, examinados los pliegos advertimos una carencia importante en el contenido, puesto que efectivamente no se cuantifica en modo alguno los gastos y los eventuales rendimientos de la concesión, tal y como alega la reclamante. En este sentido cabe recordar lo dispuesto en el artículo 40 de la LFCP:

“Antes de comenzar la tramitación del contrato se realizará un estudio de viabilidad para aquellas contrataciones cuyo valor estimado sea superior a 5.000.000 euros y sean susceptibles de explotación posterior. En los contratos de concesión de obras y servicios el estudio de viabilidad será obligatorio en todo caso. El estudio de viabilidad valorará, entre otros aspectos, la sostenibilidad y rentabilidad económica, financiera y social de la inversión y en particular el impacto de género. En los casos necesarios, el estudio de viabilidad incorporará un estudio de gastos de explotación por un período mínimo de diez años.”

Por su parte el art. 206.1 de la LFCP señala que “De acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de contratación fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.”

Igualmente, el artículo 207 señala que los contratos de concesión de servicios deberán incluir necesariamente, además de las cláusulas de alcance general reguladas en esta ley foral, estipulaciones referidas a los siguientes aspectos: (...).

Pues bien, tras lo expuesto, se puede comprobar como los pliegos no dan cumplimiento a dichas prescripciones legales: no contienen información alguna relativa a la variación de los costes de las prestaciones, ni la imputación de los riesgos a la demanda de dichas prestaciones, no estableciéndose tampoco las tarifas que deben abonar los usuarios ni los procedimientos para su revisión. Asimismo, tampoco se desglosan los criterios utilizados para calcular los costes de funcionamiento del servicio.

En definitiva, los pliegos no cuantifican los gastos que conlleva la explotación del servicio ni los eventuales rendimientos que pueda generar, y ello se debe a que tal y como este Tribunal ha podido constatar en el expediente remitido, el órgano de contratación no ha tramitado el preceptivo estudio de viabilidad en los términos previstos en el art. 40 de la LFCP, que prevé su realización como un trámite previo a la propia tramitación del contrato, y además preceptivo al prever que en caso de concesiones de servicios “será obligatorio en todo caso”. A mayor abundamiento su ausencia se reconoce por el propio órgano de contratación cuando alega que la reclamante es quien tiene los datos precisos de la gestión del contrato y la falta de disposición al propio Ayuntamiento, reconociendo, por lo tanto, que la tramitación del expediente de contratación se ha realizado sin conocer los resultados de la gestión del servicio y sin que ninguna de las alegaciones realizadas por el órgano de contratación sirva para justificar su ausencia.

Resta analizar las consecuencias jurídicas de este incumplimiento. En este sentido interesa reproducir lo establecido en la Resolución 201/2017, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la que se señala lo siguiente:

“La falta de estudio de viabilidad o documentación que le sustituya impide que se garantice la igualdad y concurrencia de los licitadores con el debido conocimiento de las características del servicio al elaborar las ofertas. No se trata de una mera irregularidad formal, sino de la ausencia de un acto preparatorio necesario para proceder válidamente a la licitación y adjudicación de la concesión.

Nos hallamos ante un requisito de procedimiento preceptivo cuya vulneración causa indefensión a los interesados que se ven obligados a formular sus ofertas sin datos básicos de referencia para efectuar sus proposiciones en condiciones de garantía de viabilidad, que tiene prevista una tramitación, y como, ni se ha elaborado estudio de viabilidad o documento sustitutivo, ni se ha sometido este a información pública, nos encontramos en un supuesto de nulidad del acuerdo de apertura del procedimiento de licitación para construir y explotar en régimen de concesión la obra pública.”

Al respecto interesa traer a colación la sentencia núm. 1253/2006, de 3 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que reitera la doctrina referida al alcance de la causa de nulidad por prescindir totalmente del procedimiento establecido reconociendo que no concurre sólo cuando se dicta un acto sin observancia de procedimiento alguno u observando un procedimiento distinto del previsto, sino también cuando se prescinde de un trámite que, por su importancia y singularidad, caracterizan el procedimiento en cuestión- con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados-, como ocurre en el presente caso, con el estudio de viabilidad exigible en los contratos de concesión de servicios: (...).

Es por ello que advertimos la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con el art. 116.2.a) de la LFCP por tratarse de un requisito de procedimiento preceptivo cuya vulneración causa indefensión a los interesados.”

35) Discrecionalidad del órgano de contratación en la elección de los criterios de adjudicación que mejor responden al objeto del contrato y, en concreto, en la elección de la fórmula para la valoración de las ofertas económicas de los licitadores.

El Acuerdo 84/2020, de 24 de septiembre, alude a la discrecionalidad en la elección de los criterios de adjudicación y, en concreto, en la elección de la fórmula para la valoración de las ofertas económicas, sin que resulte exigible en todo caso la utilización de fórmulas estricta y absolutamente proporcionales.

“Como puede observarse, la LFCP no utiliza el concepto de oferta económicamente más ventajosa, sino que alude a la oferta con mejor calidad precio; objetivo que se puede alcanzar de distintas formas en función de la tipología de criterios de adjudicación concretos de cada caso y a cuya consecución contribuye también la previsión legal,

configurada ni más ni menos que como principio de la contratación pública, de introducir criterios sociales y medioambientales en la adjudicación y ejecución de los contratos. Pudiéndose distinguir, así, entre aquellos procedimientos que seleccionan la mejor oferta en relación calidad/precio en función exclusivamente de criterios basados en el coste – eficacia (el precio, el coste del ciclo de la vida); aquellos que la seleccionan a través de la aplicación de los criterios basados en el coste – eficacia referidos junto con criterios cualitativos, y, finalmente, aquellos que únicamente prevén criterios cualitativos. Formas todas que, conforme a la previsión legal citada, sirven, de manera indistinta, a la finalidad que debe perseguir todo contrato público, a saber, la selección de la mejor oferta en relación calidad – precio; resultando todas ellas, por tanto, ajustadas a la legalidad, correspondiendo a la entidad contratante optar, en cada caso, por la modalidad que mejor se ajuste para la cobertura de las necesidades a satisfacer.

A este respecto, debemos recordar, como hicimos en nuestro Acuerdo 49/2018, de 12 de julio, que la entidad contratante ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, si bien, como afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 y de 24 de enero de 2006, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada; en esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego.

De hecho, en nuestro Acuerdo 41/2020, de 25 de junio, expusimos que “Resulta preciso señalar que la fijación de los criterios de adjudicación a utilizar en cada caso constituye una facultad discrecional del órgano de contratación dentro de los parámetros reglados establecidos en el artículo 64 LFCP, pues como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 600/2020, de 14 de mayo, es “al órgano de contratación a quien le corresponde fijar las necesidades a satisfacer, y atendiendo a aquellas los elementos determinantes de la adjudicación para obtener una oferta que, por reunir una mejor relación calidad precio, sea la más adecuada para una buena ejecución del contrato. No son pues los intereses particulares de los licitadores los que deben determinar la fijación de las reglas del procedimiento de adjudicación y del contrato reflejadas en los pliegos, sino, antes bien, los intereses generales a los que las Administraciones y demás entidades del sector público sirven por imperativo constitucional. (...)”.

En similares términos se expresa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1204/2018, de 28 de diciembre, cuando señala que (...).

Así pues, la determinación de los criterios de adjudicación contenida en el pliego regulador, que comprende tanto la aplicación de criterios relacionados con el coste – eficacia (el precio) como criterios cualitativos, resulta ajustada a la LFCP, constituyendo una de las formas que el artículo 64.3 anteriormente transcrito contempla en orden a identificar a la mejor oferta calidad – precio. Resultando, además, que la introducción del factor calidad no puede ir, como pretende la reclamante, referida al criterio del precio sino al conjunto de criterios de adjudicación previstos; siendo obvio que cualquier fórmula que se fije en el pliego para valorar el precio atenderá exclusivamente al coste pues es éste el

único factor a tener en cuenta en este concreto criterio de adjudicación. Tampoco la ponderación que al factor coste – es decir, al criterio correspondiente a la oferta económica – atribuye el órgano de contratación merezca reproche alguno, pues, como se ha dicho, constituye una facultad discrecional de éste que debe respetar los condicionantes previstos en el precepto citado, como es el caso.

Dicho lo anterior, procede analizar la fórmula prevista en el pliego regulador para valorar las ofertas económicas; fórmula que la reclamante cuestiona por cuanto asigna automáticamente la máxima puntuación a la oferta económicamente más reducida, no reflejándose en la puntuación atribuida al resto la diferencia económica real entre las mismas.

Sobre las fórmulas para valorar las proposiciones económicas, este Tribunal acoge y comparte la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, expuesta, entre otras, en su Resolución del 260/2019, de 15 de marzo, en la que, reiterando la doctrina contenida en su Resolución 1051/2018, señala: (...).

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, la reclamación no puede prosperar, pues la fórmula prevista en el pliego para la valoración de la oferta económica, como no puede ser de otra forma, asigna la puntuación más alta a la oferta más barata, la puntuación más baja a la oferta más cara y la distribución de los puntos entre las restantes se hace de una forma proporcional, toda vez que, como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 65/2017, de 1 de marzo, “La proporcionalidad es un concepto matemático que supone una relación entre magnitudes de forma que si una varía la otra cantidad es un múltiplo constante de la anterior”; resultando, como hemos señalado, admisibles y, por ende ajustadas a la legalidad, fórmulas de las que no se siga una regla de proporcionalidad pura o absoluta entre baja y puntuación obtenida.

Ciertamente, el órgano de contratación podría haber elegido otra fórmula distinta, que por ejemplo, repartiera, toda la puntuación atribuida al criterio del precio de forma estrictamente proporcional – asignando cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, la máxima puntuación a la más económica y evaluar el resto de forma proporcional a la baja realizada -, con un método de cálculo diferente y donde los resultados para los restantes licitadores también lo fueran; pero ello no significa que la escogida no resulte adecuada a derecho. Debiendo advertir este Tribunal, por otro lado, que la distorsión en el resultado que alega la reclamante por referencia a la valoración técnica obtenida no es tal, sino que lo que acontece es que una oferta que obtiene la mayor puntuación en los criterios cualitativos no resulta la más ventajosa en su conjunto por no alcanzar al propio tiempo la máxima puntuación en los criterios cuantitativos; circunstancia que en modo alguno cabe calificar como infracción del ordenamiento jurídico.

Es más, la legalidad de una fórmula como la que nos ocupa ha sido confirmada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 38/2019, de 30 de enero, donde señala que “(...)”.

36) Experiencia en contratos anteriores con entidades públicas como criterio de solvencia técnica o profesional: nulidad de pleno derecho por vulneración de los principios de igualdad y no discriminación.

El Acuerdo 86/2020, de 29 de septiembre, recuerda que la regulación de la solvencia técnica o profesional del artículo 17 de la LFCP tiene carácter imperativo, sin que quepa limitar su acreditación mediante la prestación de servicios anteriores, exclusivamente, a entidades públicas, salvo que los mismos sólo existieran en el sector público y no en el privado. En caso contrario, la inclusión de dicha limitación se sanciona con nulidad de pleno derecho por vulneración del principio y derecho a la igualdad del artículo 14 CE:

“Para resolver esta cuestión, debe recordarse que el contenido de los preceptos de la LFCP que regulan la acreditación de la solvencia es imperativo, de forma que, tanto los medios para acreditarla como los instrumentos que le sirven de soporte formal, deben ajustarse exactamente a lo prevenido en dicha Ley Foral; disponiendo, en lo que ahora interesa, en su artículo 17.2.b), entre tales medios la aportación de la relación de los principales servicios efectuados durante como máximo los tres últimos años, “en la que se indique el importe, la fecha, el destinatario público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho”.

Sobre el alcance e interpretación de este apartado se ha pronunciado este Tribunal en su Acuerdo 32/2018, de 10 de mayo, citado por la reclamante, en el que sobre la posibilidad de restringir la experiencia exigida para acreditar la solvencia de los licitadores a los contratos prestados solo al sector público, con exclusión de los sujetos privados, hemos señalado lo siguiente: “(...) Así pues, entre tales principios se encuentran los de libre concurrencia, que persigue promover la concurrencia amplia, objetiva e imparcial conforme al cual todo procedimiento de adjudicación tiene como finalidad fundamental permitir el acceso a la contratación pública de todas las empresas que estén en condiciones de formular una oferta, y el de no discriminación; principios conforme a los cuales no es posible dar una interpretación rigorista al 14.2.b) LFCP si con ello se excluye o limita la concurrencia, e impiden acoger la interpretación sostenida por la entidad contratante puesto que si fuera posible, en relación con la experiencia como medio para acreditar la solvencia, elegir entre referir la misma al sector público o al privado, se estaría posibilitando, en la práctica, una clara discriminación sin base objetiva alguna impidiendo el acceso a la contratación pública con el único fundamento de la opción realizada por el órgano de contratación, desvirtuando el proceder que éste debe observar, que no es otro que la búsqueda de fórmulas que, a la par que satisfagan la acreditación de la solvencia, permitan abrir la contratación a otros licitadores.

En consecuencia, y en contra de lo sostenido por la entidad contraste, la única interpretación posible del citado artículo 14.2.b) LFCP es que, con carácter general, la experiencia en contratos anteriores, como medio de acreditación de la solvencia técnica, debe ir referida, a ambos sectores, público y privado. Dicho en otros términos, una interpretación contraria al hecho de que los contratos ejecutados por los licitadores a aportar como medio de solvencia deban y puedan ser, indistintamente, prestados en el ámbito público o privado no resulta ajustada a derecho, y ello por resultar contraria a los principios rectores antes citados.

(...).

En este sentido, cabe concluir que cuando el artículo 14.2.b) LFCP regula como medio de acreditación de solvencia el consistente en una relación de servicios o trabajos realizados por el licitador, esta relación debe comprender, sin excepción o restricción alguna, cualquier tipo de destinatario, público o privado; debiendo por ello declararse nulas aquellas exigencias relativas a que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público, salvedad hecha de aquéllos servicios cuya prestación esté reservada a las entidades del sector público; circunstancia que, obviamente, no concurre en el supuesto que nos ocupa”.

En sentido similar, en nuestro Acuerdo 9/2017, de 23 de febrero, señalamos que (...).

Así las cosas, podemos ya concluir que lo único decisivo, por lo tanto, debe ser que los trabajos o servicios anteriores sean análogos o similares a los que son objeto de licitación, sin consideración a si sus destinatarios han sido entidades del sector público o del privado. De este modo, con carácter general, en aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo el pliego, debe acreditarse la existencia de los contratos en los términos expuestos, de modo indiferente entre el destinatario público o privado de aquéllos previos servicios, sin que sea posible que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público.

Interpretación ajustada a la previsión contenida en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, en relación con la prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública, que establece que (...). Precepto que, como apunta la Resolución 266/2014, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, tiene como finalidad no sólo evitar la posición de ventaja del licitador anterior en la prestación de los concretos servicios objeto del contrato, sino que el legislador busca con tal medida fomentar la apertura de la contratación del sector público a nuevos licitadores.

Ahora bien, conforme a la doctrina expuesta, la imposibilidad de que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público o al privado se dará en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato tenga la versatilidad de poder ser contratado en ambos sectores. Pero lo cierto es que existen contratos cuyo objeto es, por esencia, propio del sector público, sin que pueda el sector privado desempeñar tal actividad; supuestos en los que la solvencia técnica acreditada por servicios previos habrán, necesariamente, de ir referidos al sector público.

Así lo indica también la Resolución 191/2017, de 28 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, (...).

Siendo esto así, procede analizar si en el caso concreto concurre tal especificidad, es decir, si el objeto del contrato es, por esencia, propio del sector público, puesto que si ello es así la limitación introducida en el pliego no podrá ser calificada de discriminatoria.

(...).

Por lo tanto, es claro que cuando el artículo 17.2.b) LFCP regula como medio de acreditación de solvencia el consistente en una relación de servicios o trabajos realizados por el licitador, esta relación debe comprender, con carácter general, sin excepción o restricción alguna, cualquier tipo de destinatario, público o privado; no concurriendo en este caso base objetiva y razonable que justifique la limitación introducida. Debiéndose concluir que la previsión contenida en la cláusula novena del pliego regulador produce un efecto de distorsión en la competencia al restringirla mediante el veto a quien no haya resultado adjudicatario de un contrato similar al servicio de una entidad del sector público; lo que constituye una vulneración del derecho a la igualdad, contemplado en el art. 14 CE, debiendo por ello declararse nula la exigencia que contiene el Pliego de que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público. Debe, pues, estimarse también esta segunda alegación.”

37) Concesiones de servicios de transportes: aplicación preferente de la legislación sectorial y especial.

El Acuerdo 89/2020, de 9 de octubre, resuelve una reclamación interpuesta frente al pliego regulador de un contrato de concesión de servicios de transporte, señalando que la normativa aplicable preferentemente es la sectorial, siendo de aplicación la normativa reguladora de la contratación pública sólo de forma supletoria:

“A la vista de las alegaciones formuladas por las partes, procede abordar la cuestión a partir del régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión de servicios, a los efectos de valorar la relación entre las normas de contratación y las sectoriales que lo regulan.

Al respecto, el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha recogido este régimen jurídico, en su Resolución nº 315/2020, de 5 de marzo, estableciendo lo siguiente:

“Pues bien, comparte este Tribunal los acertados argumentos expuestos en el informe de la Abogacía del Estado ante el Ministerio de Fomento evacuado con ocasión del pliego que nos ocupa y que, por lo que aquí interesa, señala: “En primer lugar, es aplicable el Reglamento CE 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo. En su artículo 1, el citado reglamento declara que su objeto es “definir las modalidades según las cuales, en cumplimiento de las disposiciones del Derecho comunitario, las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar.”

En su artículo 5 regula la adjudicación de contratos de servicio público estableciendo las siguientes normas: “1. Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de

servicios en la acepción de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE.” Es decir, a “sensu contrario”, cuando tales contratos adoptan la forma de concesión de servicios, no se aplican, al menos de forma directa, las Directivas europeas sobre contratación pública. Esa exclusión está confirmada por la actualmente vigente Directiva 2014/23 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (las dos Directivas que cita el artículo 5 del Reglamento CE 1370/2007 ya están derogadas), que en su artículo 10.3 establece: Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras [...] 3. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) no 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (22), o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) no 1370/2007.

Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) declara en su propio título que tiene por objeto “transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”.

La exclusión de la aplicación directa de las directivas europeas a estos contratos de concesión de servicios determina, por tanto, que la LCSP no sea aplicable de modo directo, aunque sí supletorio como observamos a continuación.

En efecto, la norma especial y sectorial aplicable preferentemente a estas concesiones de transporte es la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; cuyo artículo 71 establece:

“Artículo 71. Los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración [...]

En lo no previsto en esta ley ni en la reglamentación de la Unión Europea acerca de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera o en las normas reglamentarias dictadas para la ejecución y desarrollo de tales disposiciones, la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos.”

Por tanto, al establecer la regulación aplicable en la cláusula 2 del Pliego sometido a informe, debemos precisar que rige, en primer lugar, la legislación sectorial y especial (El Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 y la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, así como, el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOTT, en lo que no se oponga a la misma.)

De forma supletoria, resulta aplicable la normativa reguladora de la contratación del sector público, integrada por la LCSP, y en lo que no se oponga a la misma, el Real Decreto 1098/2001 y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo”.

38) Vulneración del secreto de las ofertas: no constituye causa de exclusión automática. Para acordar la exclusión deben haberse visto vulnerados los principios que rigen la contratación pública. Aplicación de los principios de igualdad de trato, proporcionalidad y concurrencia.

El Acuerdo 102/2020, de 4 de noviembre, señala que sólo cabe la exclusión de los licitadores por el conocimiento anticipado de sus ofertas cuando ello produzca una vulneración efectiva del principio de igualdad de trato y de objetividad en la valoración, no de forma automática, y ello pese a que así se prevea en el pliego regulador:

“Tras lo expuesto conviene recordar el motivo por el que resulta trascendente separar la valoración de los criterios cualitativos contenidos en la oferta, de los otros cuantitativos que se calculan mediante fórmulas. A tal fin recordaremos lo expuesto por este Tribunal en el Acuerdo 125/2018, de 21 de diciembre: (...).

De lo expuesto podemos concluir que la anticipación de parte de la oferta que debía permanecer en secreto hasta el momento de su apertura, únicamente conllevará la grave consecuencia de exclusión del licitador infractor, cuando ello pueda afectar a la objetividad en la valoración de la oferta y a la igualdad de trato de los licitadores.

Por tanto, la exclusión no se configura como una consecuencia automática, sino que deben ponderarse las circunstancias del caso concreto, mediante un análisis finalista y sistemático. Y sólo en aquellos casos en que la objetividad y la igualdad entre licitadores resulte afectada, la exclusión deviene obligada, tanto por lo dispuesto en la LFCP como por lo previsto en el pliego regulador del contrato, sin embargo no lo estará, cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

Sin que dicha doctrina pueda verse matizada, como pretende el órgano de contratación, por el mero hecho de constatarse de tal modo en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, en el que taxativamente se alude a la exclusión automática, y constituir éste la ley del contrato. Previsión que debe interpretarse conforme a lo dispuesto en la Ley Foral de Contratos y la doctrina previamente citada, que en aras de garantizar el principio de concurrencia, principio básico de la normativa contractual, limita los supuestos de exclusión por defectos formales a los debidamente justificados por menoscabar efectivamente los principios que rigen la contratación pública, en concreto, en lo que ahora nos toca, la objetividad en la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores. En este sentido interesa traer a colación lo dispuesto en nuestro Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre: (...).

39) Causas de nulidad de pleno derecho: plazo de presentación de ofertas inferior al legalmente establecido; ausencia de negociación real y efectiva en un procedimiento negociado; licitación del contrato al margen de la Plataforma de licitación electrónica de Navarra.

El Acuerdo 108/2020, de 12 de noviembre, establece que las infracciones señaladas en el encabezamiento constituyen causas de nulidad de pleno derecho, por lo que pueden ser apreciadas por el Tribunal de oficio, conforme a lo dispuesto en el artículo 127.2 de la LFCP: *“Si el Tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes, previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y el otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días hábiles a los interesados”.*

40) Error del licitador al formular la oferta económica por no incluir el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido, conforme a lo exigido por el pliego. Imposibilidad de subsanar el error por constituir una modificación de la oferta.

El Acuerdo 109/2020, de 16 de noviembre, recuerda la doctrina relativa a la subsanación o corrección de errores en las ofertas de los licitadores, la cual es posible siempre y cuando el error detectado sea de carácter puramente formal o material, pero no cuando suponga una modificación de la oferta:

“Entrando en la cuestión de fondo planteada, se trata de analizar si la exclusión del reclamante, a la vista de la justificación aportada en relación con la oferta anormalmente baja formulada, resulta ajustada a la legalidad; justificación que, como se ha expuesto, consiste en reconocer que había incurrido en un error al formular dicha oferta, puesto que en el precio ofertado no estaba incluido el impuesto sobre el valor añadido. Análisis cuyo punto de partida deben ser las previsiones contenidas al respecto en el pliego regulador del contrato.

(...).

Sobre la inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido en el precio de los contratos públicos, dispone el artículo 43.3 LFCP “Siempre que en el texto de esta Ley Foral se haga alusión al importe de los contratos, se entenderá que en los mismos no está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario”. Previsión que, como viene siendo habitual, respetan los pliegos reguladores de los contratos, pues la valoración del precio debe realizarse sin tener en cuenta el importe del citado impuesto, tal y como apunta la Resolución 352/2017, de 22 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuando señala que “En este sentido son numerosas las resoluciones de los Tribunales de contratación y de los órganos consultivos que lo ratifican, entre otras las que alega el recurrente. Procede recordar que el Informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre: “Criterio aplicable en la valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos” en su conclusión única afirma sin lugar a dudas que “La valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo.”

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que el pliego regulador constituye la ley de contrato, de forma que, como indicamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 88/2020, de 7 de octubre, (...).

Partiendo pues de la firmeza del Pliego y de la consecuente consideración como Ley del contrato, necesariamente ha de estarse ahora al contenido del mismo, también en lo que a la presentación de proposiciones y contenido de las mismas se refiere; debiendo ya advertirse que, conforme a éste, la oferta económica a realizar por los licitadores debía incluir el importe correspondiente al impuesto sobre el valor añadido, pues como señala el artículo 53.1 LFCP “Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”.

No puede haber duda alguna, por tanto, a la luz de los preceptos y cláusulas transcritos, de que el licitador estaba obligado a presentar su proposición en la forma y con arreglo al modelo indicado en el pliego y, sobre todo, que la oferta económica consistía en la indicación de un importe total donde, como expresamente se indica en el Anexo a cumplimentar al respecto, debe incluirse el importe del IVA aplicable al mismo. Circunstancia que, de otro lado, no ha sido cuestionada por el reclamante.

(...).

A la vista de tal afirmación, cabe reiterar que las ofertas de las personas licitadoras deben ajustarse al pliego – que, en este caso, disponía que la oferta económica debía incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido – y, como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 973/2019, de 9 de septiembre, deben ser formuladas por las concurrentes a la licitación con la máxima diligencia y seriedad, pues en caso contrario, implicarían tratamientos discriminatorios.

(...).

Así las cosas, reconocido por el reclamante el error en la formulación de su oferta económica, la cuestión que este Tribunal debe resolver es si tal error puede ser objeto de subsanación, puesto que de ser así, tendría repercusión directa en el porcentaje de baja de la oferta económica formulada.

Pues bien, como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 443/2019, de 25 de abril, la proposición es una declaración de voluntad por la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la Administración contratante en los concretos términos que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, ofrece en su proposición. En tanto manifestación de voluntad, la oferta es presupuesto esencial del contrato administrativo, pues sin su concurso no puede llegar a existir el contrato (artículos 1254, 1261 y 1262 del Código civil –CC–). Por ello, si el consentimiento manifestado en la oferta adolece de algún vicio de la voluntad, entre los que se encuentra el error, hay que valorar en cada caso concreto sus consecuencias jurídicas. Señalando, al respecto, que la jurisprudencia admite, con carácter excepcional, la subsanación de defectos en la oferta económica, si los errores u omisiones son de carácter puramente formal o material, pues de otro modo se estaría aceptando la posibilidad de que las proposiciones puedan ser modificadas de modo sustancial después de presentadas, lo que es radicalmente contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En este sentido se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que (...).

Sobre esta cuestión este Tribunal, entre otros, en nuestro Acuerdo 27/2020, de 19 de mayo, con cita del Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, ha señalado que (...).

Así pues, como acertadamente señala la Resolución 864/2017, de 3 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no todo error que se cometa al formular una oferta puede ser objeto de aclaración o de subsanación, debiendo limitarse esa posibilidad a los que no impliquen variación en la propia oferta. Por esa razón son admisibles los errores de hecho, de cuenta o numéricos, ya que no implican variación alguna de la voluntad manifestada en la oferta, voluntad que permanece siendo la misma una vez detectado el error y corregido sin que sea para ello necesario especiales razonamientos. Y ello es así, por cuanto de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas.

Descendiendo al caso concreto, resulta evidente que la subsanación que pretende el reclamante supone una modificación de la oferta pues, como él mismo señala, pasaría de los 112.400 € (IVA incluido) indicados en su proposición a 136.004 € (IVA incluido); lo que no es admisible, pues tal subsanación equivaldría, en realidad, a proponer una nueva oferta, con evidente infracción de igualdad de trato. De hecho, debemos reiterar que así lo manifiesta el propio reclamante cuando en la justificación aportada afirma que, en realidad, el precio total con IVA incluido es de 136.004 €.

Así pues, el error advertido en su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma; y no siendo subsanable sin modificar la proposición realizada, resulta obvio que, por el mismo motivo, tampoco podía admitirse tal argumento como justificación de la oferta realizada; motivo por el cual este Tribunal no puede sino confirmar la legalidad de su exclusión del procedimiento, desestimando, por tanto, la reclamación interpuesta.”

41) Oferta anormalmente baja: justificación en base a la experiencia previa del licitador.

El Acuerdo 114/2020, de 27 de noviembre, señala que, si bien la experiencia previa del licitador no puede utilizarse como criterio de adjudicación del contrato, sí supone una circunstancia que podría justificar una rebaja del precio ofertado:

“Pero a mayor abundamiento debemos tener en cuenta que si bien la experiencia del adjudicatario en actuaciones previas no podría valorarse como criterio de adjudicación, nada obsta que sirva como argumento para justificar la viabilidad de la oferta anormalmente baja.

Al respecto interesa traer a colación la Resolución 365/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en la que indica lo siguiente: “Es correcta la apreciación de la recurrente de que el informe de la consultora técnica, al desdeñar las justificaciones de menores costes derivados de su condición de actual prestadora del servicio, confunde el principio general de salvaguarda de la libre competencia, con la justificación económica de que se puede ejecutar el contrato con el precio ofertado. El considerar que prestar actualmente el servicio supone una condición favorable para justificar la oferta económica, no significa que se atente por ello contra el

principio de la libre concurrencia; lo que se valora es la oferta económica, no el mejor conocimiento o los menores costes por estar prestando ya el servicio. Al ser anormalmente baja la oferta, un mejor conocimiento del servicio o unos menores costes por disponer de elementos ya amortizados que permiten un mejor ajuste de la oferta, se pueden tener en consideración como elementos justificativos de la misma, obviamente no como criterio a valoración”.

Asimismo, la Resolución 162/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA) reconoce que la experiencia puede suponer un ahorro en los costes valorable en la justificación de la oferta anormalmente baja: “La entidad GP en su documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta y en sus alegaciones al recurso, señala que su pertenencia a un mismo grupo, su tamaño, y disponibilidad de sus profesionales, le otorga una ventaja competitiva frente a la competencia por poder optimizar sus costes de personal en los distintos proyectos. Pues bien, en el supuesto que se examina, el poder contar con personal formado y con experiencia de la empresa o de su grupo para determinadas funciones -lo que evidentemente implicaría condiciones favorables, pues supondría probablemente disponer de ese personal a menor coste que si tuviese que buscarlo en el mercado laboral con la misma formación y experiencia-, no permite que sus costes no se repercutan en el contrato que se licita.”

42) Mayor porcentaje de mujeres en la plantilla de la empresa licitadora como criterio de adjudicación de carácter social: ausencia de vinculación con el objeto del contrato y falta de incidencia en el rendimiento o ejecución del contrato.

El Acuerdo 115/2020, de 27 de noviembre, alude a los criterios de adjudicación de carácter social, recordando que han de reunir los requisitos exigibles a cualquier criterio de adjudicación y, específicamente, tener vinculación con el objeto del contrato y permitir la selección de la mejor en relación con la ejecución del contrato:

“Es por ello que en nuestro Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, en relación con los criterios sociales de adjudicación, señalamos que “el apartado sexto del precepto transcrito reitera el mandato legal relativo a que los criterios sociales valorarán, de forma imperativa, cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, y tras indicar la ponderación mínima de los mismos, contiene un listado no exhaustivo de aspectos de carácter social que pueden ser objeto de valoración, cuya concreción deberá efectuarse caso por caso, en función del objeto del contrato correspondiente; comprendiendo en tal enumeración ejemplificativa la valoración como tal criterio de adjudicación de carácter social de aspectos relativos a la igualdad de hombres y mujeres, posibilidad ya apuntada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (...).

No obstante, debemos advertir que tal regulación en modo alguno habilita que el criterio en tal sentido previsto no reúna los requisitos que, con carácter general, se exigen de los criterios de adjudicación a utilizar en los contratos públicos. Y ello toda vez que resulta obvio que ésta no es, en ningún caso, la finalidad perseguida por el legislador al introducir lo que se ha venido denominando “cláusulas sociales” en la contratación pública. Así lo indicamos en nuestro Acuerdo 119/2018, de 21 de octubre, donde razonamos que

“(...) en cualquier caso, la inclusión de dicha tipología de criterios entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, obviamente, respetar las condiciones y limitaciones que, con carácter general se aplican a los criterios de adjudicación – recogidas en el artículo 64.1 LFCP y que nuestra doctrina y Jurisprudencia proclaman de forma reiterada -, a saber, la exigencia de vinculación del criterio con el objeto del contrato, garantizar la transparencia el procedimiento dando publicidad a los criterios de valoración mediante su incorporación a los pliegos, su formulación objetiva, concreta y clara, de forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma, y garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva comprendiendo 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 establecidos (...)”.

En consecuencia, no podemos obviar que la normativa de contratación pública contempla una serie de requisitos de obligada observancia en la elección, formulación y aplicación de cualesquier criterio de adjudicación; requisitos también exigibles en lo que a los criterios sociales de adjudicación se refiere.

Así, la doctrina sostiene que en los criterios de adjudicación que en cada caso se determinen para la valoración de las ofertas deben concurrir los siguientes requisitos: a) ser objetivos, en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores y estar vinculados al objeto del contrato; b) no otorgar al poder de adjudicación una libertad de elección ilimitada, debiendo estar formulados sobre una base objetiva; c) estar expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato, debiendo ser específicos, objetivos y cuantificables; y d) atenerse a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios jurídicos que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia”.

Interpretación confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 137/2020, de 15 de junio, cuando, al desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo 64/2019, de 26 de abril, de este Tribunal, afirma que (...).

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 235/2019, de 8 de marzo, cuando indica que la adecuación a la legalidad de los criterios sociales de adjudicación precisa, por un lado, que se trate realmente de criterios de adjudicación – es decir, que permitan medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato en sentido estricto – y, en caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público que anteriormente hemos enumerado.

(...).

Empero, este Tribunal, a la vista de la formulación del criterio de adjudicación objeto de análisis, debe advertir que lo que se valora a través del mismo es el mayor porcentaje de mujeres en la plantilla de la persona licitadora, no el mayor porcentaje de mujeres que adscriba a la ejecución de este contrato, habida cuenta que expresamente indica que se valorará con la mayor puntuación a “la propuesta que presente en su plantilla un mayor porcentaje de profesionales mujeres con categoría de conductor sobre el total de la plantilla de conductores del licitador”, no por referencia al concreto personal adscrito al servicio objeto de contratación; lo que resulta contrario a lo dispuesto en los preceptos transcritos y determina que debemos concluir, por tal motivo, la ausencia de vinculación con el objeto del contrato.

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

El mismo órgano revisor en su Resolución 660/2018, respecto al criterio de adjudicación correspondiente a la existencia de un mínimo de 50% de mujeres en la plantilla, señala que (...).

Idéntica conclusión alcanza este Tribunal en su Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, donde concluimos que (...).

Así pues, resulta obvio que no existiendo identidad entre el objeto del contrato y las características de la persona licitadora, cuando un criterio de adjudicación se refiere a ésta en su conjunto, o a su personal en general, como es el caso, tal criterio se configura como una característica subjetiva de ésta y no como un criterio vinculado al objeto del contrato, ni añade, avanzamos ya a pesar de que lo veremos más adelante, calidad a la oferta técnica de cada licitador, limitándose a valorar una cualidad de las licitadoras ajena a las ofertas presentadas.

(...).

SÉPTIMO.- Por otro lado, debe advertirse que, como se ha dicho, los criterios de adjudicación de carácter social sólo son admisibles como tales criterios si además cumplen el requisito propio sustancial de cualquier criterio de adjudicación, que es que afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, que afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas. Requisito cuya concurrencia, dada la ausencia de vinculación del criterio impugnado con el objeto de contrato en atención a la circunstancia anteriormente analizada, tampoco cabe, como apunta la reclamante, apreciar en nuestro caso.

Efectivamente, como señala la Resolución 344/2019, de 29 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (...).

Aplicando la doctrina citada al supuesto que nos ocupa, lo cierto es que este Tribunal, a priori, no aprecia en qué mejora el rendimiento del contrato o su ejecución el hecho de que la persona que lo ejecute sea mujer, estando el expediente remitido al Tribunal huérfano de cualesquier motivación o justificación al respecto, que tampoco se ha incorporado en el informe de alegaciones en defensa de la legalidad del acto impugnado remitido por la entidad contratante. Y mucho menos podemos apreciar tal circunstancia cuando, como es el caso, tal condición ni siquiera va referida al personal adscrito al contrato sino a la plantilla de la persona licitadora.”

43) Participación de empresas vinculadas: necesidad de acreditar un riesgo real de falseamiento de la competencia, no constituyendo causa de exclusión automática.

El Acuerdo 116/2020, de 4 de diciembre, resuelve la reclamación de una empresa excluida de un procedimiento de licitación tras advertir, mediante una declaración, que formaba parte del mismo grupo empresarial que otro de los licitadores, señalando que este hecho no puede ser causa de exclusión automática de los licitadores que se encuentren en la citada situación, sino que debe verificarse que la misma ha afectado realmente a la competencia por la coordinación de las ofertas:

“SÉPTIMO.- Expuestas las alegaciones de la reclamante debemos partir de que tanto TEXPOL como TEGOSA presentaron junto con sus ofertas (en el Sobre 1) una declaración en la que señalan que pertenecen al mismo grupo empresarial conforme al art. 42.1 del Código de Comercio. Se trata de una cuestión no discutida por las partes, pese a que el órgano de contratación no ha aportado la correspondiente declaración junto con el expediente.

Dicho artículo señala lo siguiente: (...).

Siguiendo con el marco normativo de referencia, hemos de tener en cuenta que la LFCP alude en diversos artículos a la vinculación entre empresas. Así, en primer lugar, su artículo 18 establece, en relación con la valoración de la solvencia económica y técnica de quien licite, por referencia a otras empresas, que esta podrá producirse independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan entre ellas, así como que “en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquellas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos”.

El artículo 20, por su parte, regula las empresas vinculadas: (...).

Asimismo, el artículo 53 regula las proposiciones en la licitación, prohibiéndose la presentación simultánea de varias ofertas por un mismo licitador, de forma individual o conjunta con otros: (...).

En relación con esta última previsión interesa traer a colación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que en su artículo 139 regula la misma

materia, si bien no contiene una cláusula tan taxativa como la prevista en el artículo 53.4 de nuestra Ley Foral: (...).

Siguiendo con la exposición de la normativa reguladora hemos de recordar también como la propia Ley Foral de Contratos Públicos, en su título preliminar, establece que “los principios fundamentales elaborados por la jurisprudencia europea que se han positivizado en las directivas” “resultan ineludibles para los operadores jurídicos a la hora de interpretar y aplicar la ley foral.” Y en igual sentido, en el texto articulado, el artículo 2, al regular los Principios de la contratación pública establece expresamente, que “Las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea. Igualmente actuarán de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia.”

Pues bien, recogido sucintamente el marco normativo, hemos de tener en cuenta que la exclusión de TEXPOL se produjo a la vista de la declaración que la misma realizó respecto a su pertenencia al mismo grupo empresarial que TEGOSA, y en base a lo dispuesto en los artículos 20 y 53.4 de la LFCP. Siendo por tanto el artículo 53.4 el principal motivo de la exclusión, si bien, dicha causa de inadmisión debe interpretarse y aplicarse, conforme a lo expuesto, de manera acorde con el contenido de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, y a la jurisprudencia comunitaria en esta materia.

En este sentido, el artículo 57 de dicha Directiva 2014/24/UE regula los motivos de exclusión de los licitadores, señalando su apartado 4º lo siguiente: (...).

Resultando que la Directiva no establece la vinculación entre empresas como una causa de exclusión automática de las ofertas, sino que la exclusión podrá producirse, en todo caso, cuando el órgano de contratación tenga indicios de que las empresas licitadoras han llegado a acuerdos destinados a falsear la competencia.

Al respecto procede traer a colación lo señalado en el Acuerdo 27/2015, de 11 de mayo, de este Tribunal, que examinó la vinculación de empresas como causa de exclusión de la licitación, así como la conformidad de las disposiciones contenidas en la normativa foral de contratación con el derecho comunitario, y que fue confirmado por la Sentencia 122/2018, de 9 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (TSJN).

Del contenido del citado acuerdo podemos extractar, a modo de conclusiones, los siguientes contenidos que reproducimos: (...).

Por remisión a la jurisprudencia comunitaria interesa reproducir parte del contenido de la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2018, citada por la reclamante. De dicha sentencia cabe destacar lo siguiente: (...).

Pues bien de todo lo expuesto cabe concluir que la vinculación entre empresas no puede operar como presunciones iuris et de iure que determinen la exclusión automática, en aras de garantizar el principio de proporcionalidad, debiendo el órgano de contratación realizar las comprobaciones necesarias a fin de verificar que la presentación de las ofertas

se haya hecho de forma independiente y autónoma, pudiendo acreditarse lo contrario mediante pruebas e indicios, siempre y cuando estos sean objetivos y los licitadores puedan aportar pruebas en contrario.

Respecto a las pruebas o indicios justificativos de la existencia de prácticas colusorias en la presentación de ofertas, la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2016, señala: (...).

Pues bien, de los hechos constatados en el expediente, resulta evidente que el órgano de contratación acuerda la exclusión de manera automática de TEXPOL tras advertir la propia declaración realizada por la reclamante de pertenencia al mismo grupo empresarial que TEGOSA, sin valorar prueba o indicio alguno relativo a la realización de prácticas coordinadas contrarias a la competencia que pudieran afectar a las ofertas realizadas.

Esta actuación resulta, a nuestro entender, contraria a la doctrina expuesta. Así, la Sentencia 122/2018, de 9 de abril, del TSJN, antes citada, señala respecto a la posibilidad de las empresas de formular alegaciones ante esta situación lo siguiente: (...).

Resulta notorio que la actuación del órgano de contratación no se ha ajustado al procedimiento anteriormente descrito, declarando la exclusión automática de las empresas vinculadas, vulnerando el principio de proporcionalidad, al no concederles la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores.”

44) Subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción sociolaboral como criterio de adjudicación de carácter social: imposibilidad de requerir la aptitud técnica de aquellas entidades para la ejecución de determinadas unidades de obra sin amparo en el pliego. Doctrina del pliego como ley reguladora del contrato.

Los Acuerdos 118/2020, de 11 de diciembre, 119/2020, de 15 de diciembre, y 120/2020, de 15 de diciembre, aluden a la posibilidad de limitar la subcontratación respecto a determinadas prestaciones del contrato dada su dificultad o complejidad técnica, si bien ello debe establecerse en el pliego y motivarse en el expediente de contratación. El primero de los acuerdos señalados establece:

“Dicho esto, la cuestión que se suscita es la relativa a la posibilidad de exigir la acreditación de la solvencia técnica, que la entidad contratante denomina como aptitud de los medios técnicos y humanos, de los centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, de iniciativa social o empresas de inserción cuya subcontratación se propone en el marco del criterio de adjudicación de carácter social previsto en el pliego, cuando dicho documento contractual no prevé tal exigencia; y, por tanto, sobre la adecuación a derecho de justificar la exclusión de la oferta en la circunstancia de no haber acreditado el extremo en tal sentido requerido. (...).

Centrada en tales términos la cuestión jurídica planteada, procede realizar una serie de consideraciones sobre la figura de la subcontratación en el ámbito de la

contratación pública, pues, como no puede ser de otro modo, van a constituir las pautas interpretativas en la resolución del debate suscitado.

Mediante la subcontratación, como señala la Resolución 243/2017, 13 de septiembre, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero; resultando claro que no puede haber subcontrato sin contrato principal previo. El contrato principal es presupuesto necesario para la existencia del subcontrato; y el objeto del subcontrato ha de ser la realización de alguna de las prestaciones que son, a su vez, objeto del contrato principal. A diferencia de lo que sucede con la figura de la cesión del contrato, el subcontratista no se subroga en la posición del contratista, que sigue siendo el único responsable ante la entidad contratante.

En términos generales, las previsiones sobre la subcontratación se encuentran recogidas en el artículo 107 LFCP que la admite salvo que el pliego disponga lo contrario, o que por su naturaleza o condiciones se trate de prestaciones que sólo pueden ser ejecutadas por el adjudicatario. Dice así, el precepto citado: (...).

Así pues, el precepto transcrito, diferencia dos supuestos en que puede operar la subcontratación, a saber, aquella que se ponga de manifiesto por el licitador en el momento de acreditar su solvencia técnica (apartado primero) y la que se produzca una vez formalizado el contrato (apartado segundo); supuestos diferentes, sometidos también a requisitos y consideraciones distintas, que, como luego veremos, también contempla el pliego regulador del contrato.

De otro lado, el artículo 64.6 LFCP, al regular los criterios de adjudicación de carácter social, también hace referencia a la subcontratación, al disponer que (...).

Así las cosas, la subcontratación puede emplearse como forma de integración de la solvencia por medios externos, o bien integrarse en la fase de ejecución del contrato. Delimitación que resulta de especial relevancia, toda vez que en el primer supuesto el subcontratista que completa la solvencia se integra como parte del contrato; así lo indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 2/2018, de 13 de febrero, cuando razona que (...).

Así pues, la regla general es la admisión de la subcontratación, salvedad hecha de prestaciones de carácter personalísimo o de los supuestos en que así lo establezca el pliego – excepciones recogidas en el transcrito artículo 107 LFCP –; si bien, en tales casos, se precisa de la oportuna motivación en el expediente, pues como señala la Resolución 21/2018, de 31 de mayo, de la Comisión Jurídica de Extremadura “En definitiva, limitar la subcontratación, es una cuestión sobre la que el órgano de contratación tiene libertad de decisión –discrecional, que no arbitraria– y que deberá decidir en función de las características y peculiaridades de cada contrato y, en particular, de su prestación, realizando su previsión en los pliegos”.

(...).

Así pues, como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su Resolución 8/2015, de 21 de enero, es posible que el órgano de contratación establezca en los pliegos una limitación cualitativa a la subcontratación que afecte a una serie de partidas o prestaciones que no puedan ser subcontratadas.

(...).

El mismo Tribunal en Sentencia de 5 de abril de 2017, asunto C-298/15, admite que la limitación de la subcontratación con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato debe considerarse legítimo, indicando en tal sentido que “una restricción de este tipo puede justificarse en la medida en que persiga un objetivo legítimo de interés general y siempre que observe el principio de proporcionalidad, es decir, que garantice la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C234/03, EU:C:2005:644, aparta-do 25, y de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, apartado 44)”.

(...).

Así pues, cabe la posibilidad de que el órgano de contratación defina aquellas tareas críticas que, en aras de salvaguardar el interés general que subyace en la correcta ejecución del contrato, no podrán ser objeto de subcontratación; si bien tal restricción precisa de una especial concreción y motivación, debiéndose respetar el principio de proporcionalidad, no pudiéndose, así, restringir el derecho a subcontratar más allá de lo estrictamente necesario para asegurar tal finalidad. Limitaciones que, anticipamos, no recoge el pliego regulador del contrato que nos ocupa.

(...).

De este modo, la razón o motivo que subyace en la decisión adoptada es, como se ha dicho, entender que dichas entidades, por su condición de tales, no ostentan capacidad técnica para la correcta ejecución de las unidades de obra cuya subcontratación proponen las reclamantes y ello, en atención a la especial complejidad que reviste su ejecución que determina la necesidad de su realización por personal cualificado. Introduciendo así, por dicha razón, una limitación a la subcontratación que, sin embargo, el propio pliego posibilita en favor de dichas entidades sin contemplar prevención alguna al respecto. Dicho en otros términos, lo que viene a sostener la entidad contratante es que tales unidades precisan de una capacidad específica para ser ejecutadas correctamente de la que carecen los centros sociales de empleo y empresas de inserción, siendo éste el motivo por el que rechaza su subcontratación.

Siendo esto así, lo cierto es que el artículo 63.2 de la Directiva 2014/24/UE, cuando regula la limitación de la subcontratación en orden a garantizar la correcta ejecución del contrato, posibilita disponer que tales tareas sean ejecutadas directamente por el adjudicatario. Supuesto que difiere del que nos ocupa, pues en este caso, la entidad contratante no entiende que tales unidades deben ser obligatoriamente ejecutadas por el propio licitador admitiendo su subcontratación, si bien no en favor de las entidades sociales anteriormente citadas; supuesto de hecho no contemplado, como tal, en la

normativa comunitaria ni en la LFCP. No obstante, entiende este Tribunal que cabría una aplicación analógica de tal disposición al supuesto que nos ocupa, dada la similitud jurídica entre ambos, debiéndose acudir así al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados que no es otro que admitir limitaciones en la subcontratación con la finalidad de garantizar la correcta ejecución del contrato y que, como se ha visto, subyace también en la limitación restringida a los centros sociales en nuestro caso, y, siendo, por tanto también, de aplicación los requisitos formales antes citados referidos a la exigencia de motivación y de su previsión en el pliego regulador.

Así las cosas, y recapitulando, ninguna objeción cabría apreciar en la introducción de limitaciones, cuantitativas o cualitativas, a la subcontratación en orden a asegurar la correcta ejecución del contrato, si bien ello debió preverse en el pliego regulador y motivarse en el expediente, lo que no ha sucedido; máxime cuando el órgano de contratación ha optado, a través del concreto criterio social recogido, por fomentar la subcontratación de Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, de iniciativa social o Empresas de inserción. Lo que debió hacer la entidad contratante, conocedora como es obvio de la complejidad técnica de parte de las unidades de obra contempladas en el proyecto, y, por tanto, de que fuera posible que las entidades citadas no pudieran ejecutarlas adecuadamente, es preverlo en el pliego regulador limitando directamente la posibilidad de su subcontratación en la propia descripción del criterio social de adjudicación o, cuando menos, disponer por tal motivo algún tipo de prevención al respecto. No resultando admisible, por tanto, a falta de tal previsión, su establecimiento y aplicación con posterioridad, pues ello supone introducir una modificación en las condiciones que rigen la licitación al margen del procedimiento establecido; amén de no poderse perjudicar al licitador que ha contemplado tal posibilidad en su oferta, por resultar ésta admitida por el propio pliego regulador.”

45) Obligación de publicar la modificación del pliego regulador en el Portal de Contratación de Navarra, dada su condición de instrumento de publicidad de las licitaciones. Diferenciación con la Plataforma de licitación electrónica de Navarra.

El Acuerdo 124/2020, de 24 de diciembre, alude a la diferente función atribuida por la LFCP al Portal de Contratación de Navarra y a la Plataforma de licitación electrónica de Navarra, así como a la obligación de publicar en el primero cualquier modificación del pliego regulador del contrato:

“Partiendo de los hechos citados, cabe recordar que la modificación de los pliegos reguladores de los contratos se encuentra recogida en el artículo 46 LFCP, con ocasión de la regulación relativa a la fijación de los plazos de la licitación; precepto cuyo apartado tercero dispone que “La introducción de modificaciones significativas en el pliego o en las condiciones reguladoras conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación”.

Admitida la posibilidad de modificar, en los términos citados, el pliego regulador, este Tribunal debe valorar si, como indica la reclamante, el hecho de publicar las modificaciones antes reseñadas sólo en el Portal de Contratación y no en PLENA constituye

una vulneración del procedimiento legalmente establecido para introducir tales modificaciones. Alegación que, anticipamos ya, no puede tener favorable acogida.

El artículo 49.1 LFCP al regular el acceso a la información de la licitación determina que “1. Deberá ofrecerse acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos y demás documentación complementaria a través del Portal de Contratación desde la fecha de publicación del anuncio de licitación”.

Por su parte, el artículo 88 LFCP, en relación con el Portal de Contratación de Navarra, establece que (...).

A su vez, el artículo 89 del mismo cuerpo legal, sobre la publicidad en contratos de valor estimado igual o superior al umbral europeo, determina que (...).

De otro lado, el artículo 95 del mismo cuerpo legal, se refiere a la plataforma de licitación electrónica de Navarra, estableciendo que (...).

De la regulación transcrita queda claro que la citada plataforma constituye el medio para la presentación de las ofertas por parte de los licitadores interesados, mientras que el medio de publicidad oficial de los anuncios de licitación y los pliegos reguladores, que entre otros extremos contienen los criterios de adjudicación, es el Portal de Contratación de Navarra; siendo éste último también el medio donde se deben publicar, en contra de lo sostenido por la reclamante, las modificaciones que en su caso se aprueben sobre tal documento contractual. Ningún precepto de nuestra Ley Foral exige, pues, la publicación del pliego y sus modificaciones en PLENA y ello por cuanto ambos medios sirven, como se ha razonado, a finalidades distintas.”

PAMPLONA, FEBRERO 2021