

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

MEMORIA DEL AÑO 2018

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 Hacienda y Política Financiera), 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 2018 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/>

Es de destacar que este año 2018 se ha producido un hecho de gran trascendencia para la actividad del Tribunal: la aprobación por el Parlamento de Navarra de la nueva Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que deroga la anterior norma contractual vigente en la Comunidad Foral de Navarra, la Ley Foral, 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y que entró en vigor el 7 de mayo de 2018.

2.- FUNCIONES.

A) La función principal del TACPN es la resolución de las reclamaciones especiales en materia de contratación pública que puedan ir referidas 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 y, a lo largo de 2018 han formado parte del mismo don Javier Martínez Eslava (Presidente), doña

Marta Pernaut Ojer (Vocal) y doña María Ángeles Agúndez Caminos (Vocal), siendo suplentes de los titulares doña Silvia Doménech Alegre (suplente del Presidente), don Juan Bautista Labairu Elizalde y don Eduardo Jiménez Izu (suplentes de los Vocales). Tras el cese por motivos personales de don Juan Bautista Labairu Elizalde, por Acuerdo del Gobierno de Navarra se designó como Vocal suplente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra a doña María Pilar Gay-Pobes Vitoria.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos el Tribunal, aunque independiente en su composición y funciones, ha estado adscrito orgánicamente a la Junta de Contratación Pública, que a su vez está adscrita al Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra. Esta adscripción venía entre otras cuestiones motivada por la asistencia del personal de dicho Departamento al Tribunal. Sin embargo, esta asistencia tenía un carácter limitado pues no existía personal adscrito de forma permanente al Tribunal y ello conllevaba problemas de gestión de los procedimientos de reclamación (como retrasos del conocimiento de la interposición de nuevas reclamaciones, de la aportación de documentos a las mismas o escaso apoyo técnico en la preparación de los asuntos). Por ello, reiteradamente era solicitado por el Tribunal un mayor apoyo administrativo y técnico, así como una importante mejora de la aplicación informática que soporta el procedimiento de reclamación que, como está legalmente establecido, únicamente puede tramitarse a través de estos medios electrónicos. A mayor abundamiento, los miembros del Tribunal desarrollan su función compatibilizándola con su puesto de trabajo a jornada completa en diferentes Administraciones, por lo que estas mejoras eran absolutamente necesarias para el funcionamiento del órgano. A todo ello hay que añadir que el número de reclamaciones crece cada año, lo que agudiza estos problemas e impide un mejor funcionamiento.

La nueva Ley Foral ha venido a paliar parcialmente estos problemas, determinando en su artículo 121.9 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.

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. Igualmente, la Ley Foral 27/2018, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2019 contempla las partidas presupuestarias necesarias para que el Tribunal pueda contar con sus propios medios. Finalmente, tras cesar como Presidente del Tribunal, mediante Orden Foral 102/2018, 24 de julio, el Consejero de Hacienda y Política Financiera nombra a don Javier Martínez Eslava Secretario del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. Hasta esa fecha el Secretario de la Junta de Contratación Pública de Navarra había venido ejerciendo las funciones de Secretario del TACPN, ocupando dicho cargo durante 2018 doña Silvia Baines Zugasti.

Para atender el mandato normativo de dotar de medios suficientes al Tribunal, para el año 2019 se prevé dotar a este del personal técnico-jurídico que precisa.

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

El TACPN opera exclusivamente por medios telemáticos y no tiene un registro físico donde puedan 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 particular, en este ejercicio se produjo la VI reunión de coordinación de Tribunales y Órganos de recurso especial en materia de contratación pública, que tuvo lugar en Sevilla el día 9 de marzo de 2018.

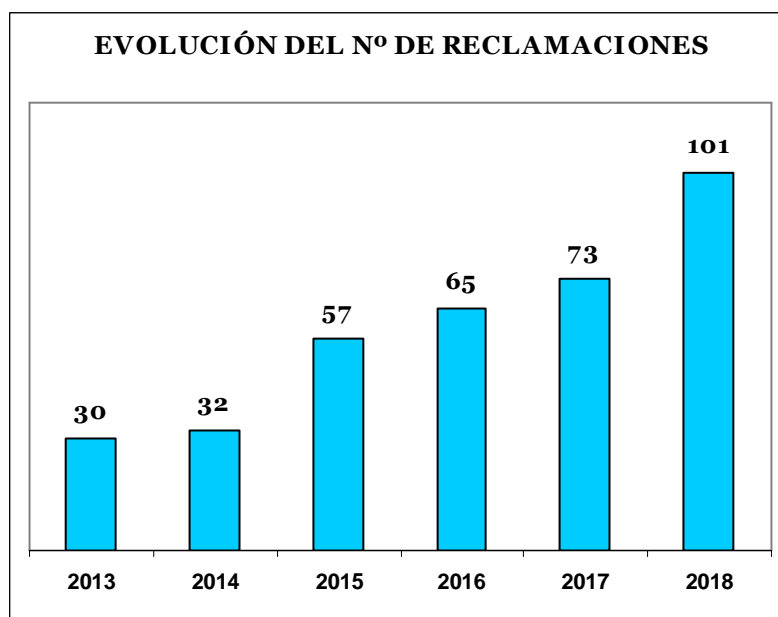
5. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL. AÑO 2018.

El número de reclamaciones presentadas fue de 101 y el número total de Acuerdos adoptados a lo largo del año, 101, de los cuales 64 corresponden a Acuerdos con pronunciamiento sobre el fondo.

Así mismo, 14 de las reclamaciones serán objeto de resolución durante el año 2018.

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



El valor estimado global de las licitaciones en relación con las cuales se han interpuesto las reclamaciones durante el año 2018 asciende a 265.787.124,95€.

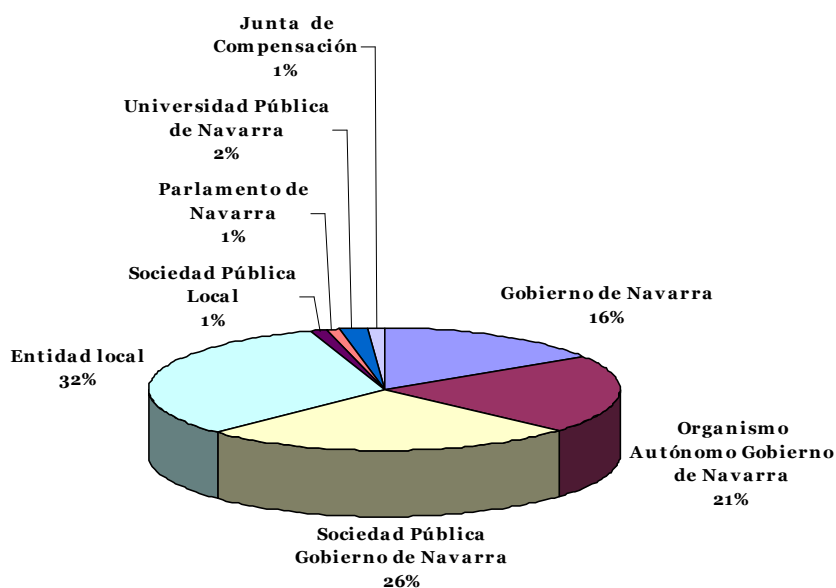
La evolución del valor estimado de las licitaciones que han sido impugnadas desde la creación del TACPN es la siguiente:

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

Por entidades adjudicadoras, la entidad frente a la que se han formulado más reclamaciones ha sido la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos con un total de 37 reclamaciones (36,63 % del total).

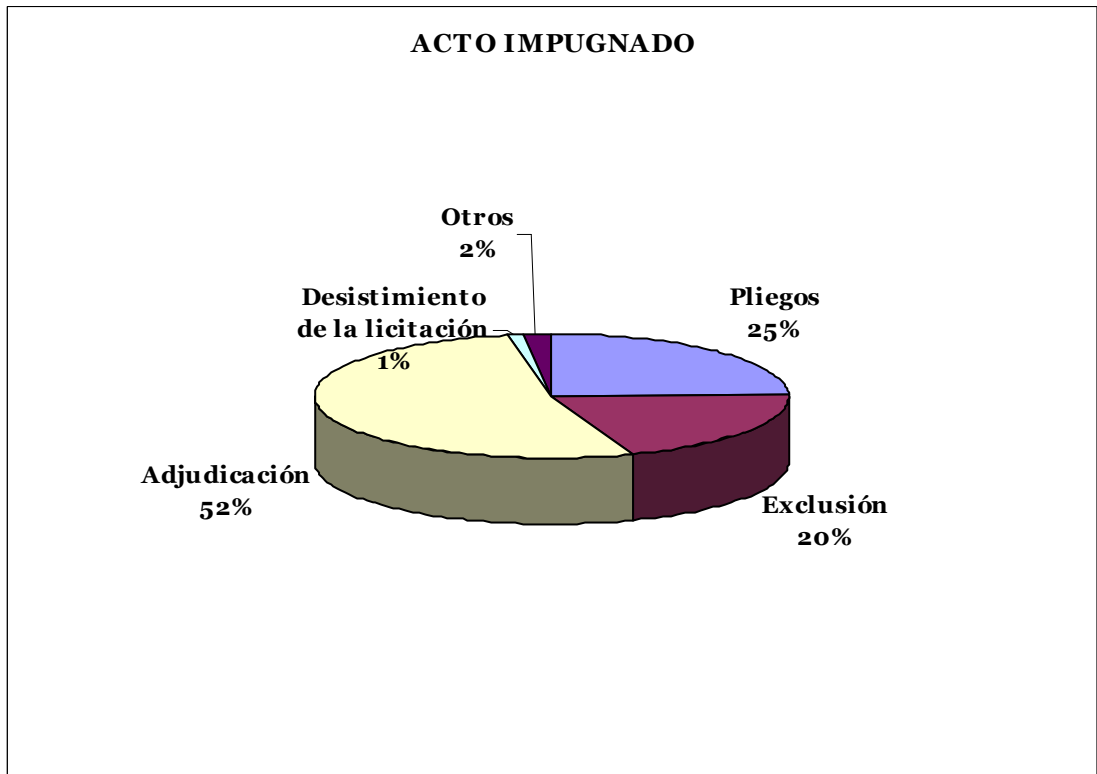
PODER ADJUDICADOR	NÚMERO	%
Gobierno de Navarra	16	15,84
Organismo Autónomo Gobierno de Navarra	21	20,79
Sociedad Pública Gobierno de Navarra	26	25,74
Entidad local	33	32,67
Sociedad Pública Local	1	0,99
Parlamento de Navarra	1	0,99
Universidad Pública de Navarra	2	1,98
Junta de Compensación	1	0,99
	101	100,00

PODERES ADJUDICADORES FRENTE A LOS QUE SE RECLAMA



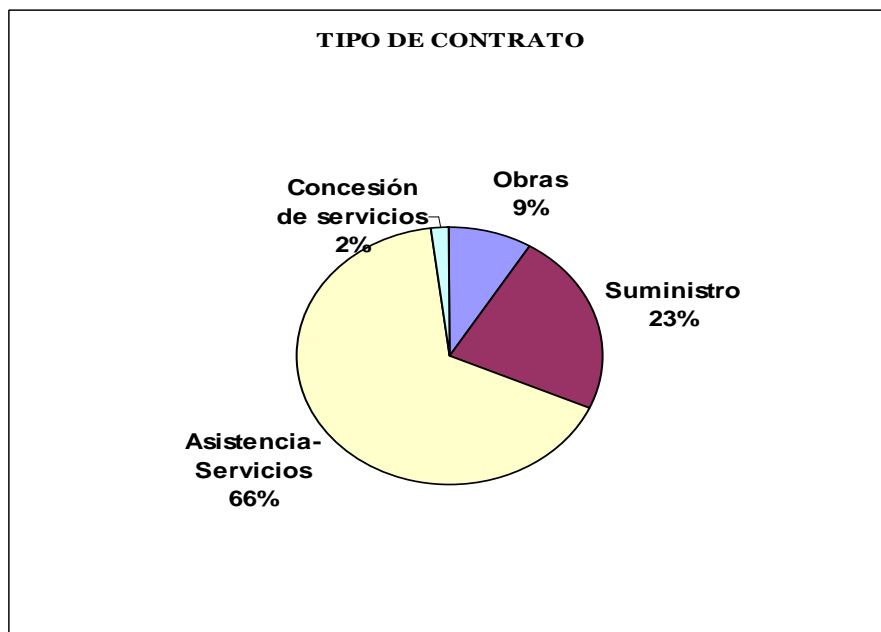
Respecto al acto impugnado, el número y porcentaje de las reclamaciones ha sido el siguiente:

ACTO	NÚMERO	%
Pliegos	25	24,75
Exclusión	20	19,80
Adjudicación	53	52,48
Desistimiento de la licitación	1	0,99
Otros	2	1,98
	101	100,00



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

TIPO DE CONTRATO	NÚMERO	%
Obras	9	8,91
Suministro	23	22,77
Asistencia-Servicios	67	66,34
Concesión de servicios	2	1,98
	101	100,00

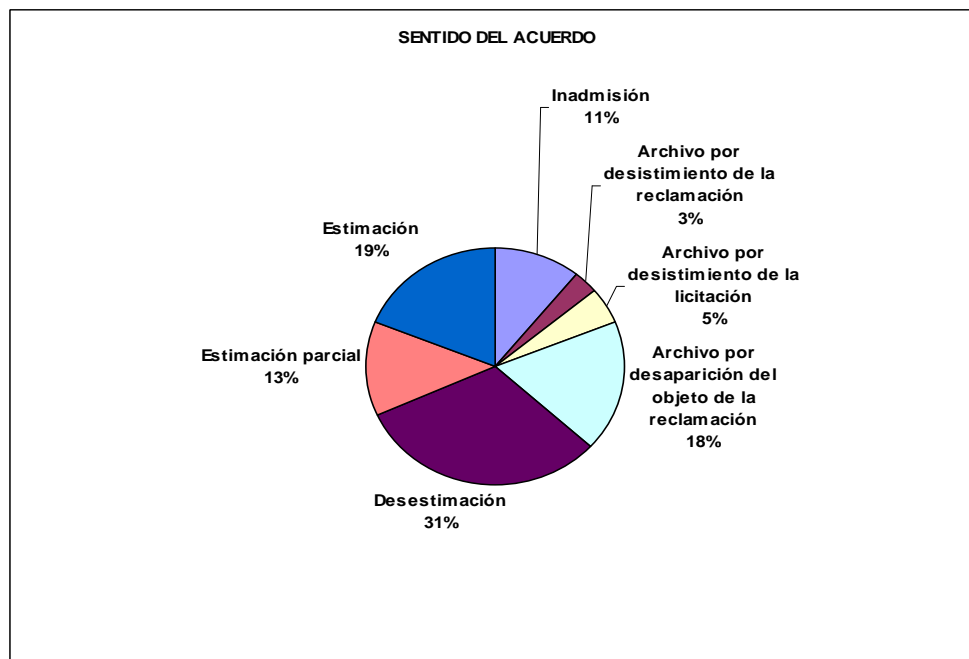


El número total de Acuerdos finalizadores del procedimiento adoptados a lo largo del año ha sido 101, de los cuales 64 corresponden a Acuerdos con pronunciamiento sobre el fondo. Así mismo, 14 de las reclamaciones serán objeto de resolución durante el año 2019. Respecto del cumplimiento de plazos, hay 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, ha sido de 23 días.

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

SENTIDO	Nº	%
Inadmisión	11	10,89
Archivo por desistimiento de la reclamación	3	2,97
Archivo por desistimiento de la licitación	5	4,95
Archivo por desaparición del objeto de la reclamación	18	17,82
Desestimación	32	31,68
Estimación parcial	13	12,87
Estimación	19	18,81
	101	100,00

Excluidas las inadmisiones y archivos, el porcentaje de reclamaciones estimadas (total o parcialmente) ha sido del 50,00 %.



Durante 2018, en ocho ocasiones los acuerdos del TACPN han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y durante el año han recaído las sentencias relativas a los Acuerdos que se relacionan a continuación:

ACUERDO TACPN	SENTENCIA DEL TSJN	SENTIDO
27/2015, de 11 de mayo	122/2018, de 9 abril	Desestimación
54/2017, de 13 de septiembre	2058/2018, de 3 de julio	Estimación
10/2015, de 18 de febrero	268/2018, de 10 de julio	Estimación parcial
23/2018, de 23 de marzo	323/2018, de 11 de octubre	Estimación
10/2018, de 13 de febrero	326/2018, de 18 de octubre	Estimación parcial
11/2017, de 10 de marzo	405/2018, de 5 de diciembre	Estimación parcial
79/2017, de 13 de septiembre	442/2018, de 21 de diciembre	Desestimación
10/2017, de 27 de febrero	444/2018, de 21 de diciembre	Desestimación

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

I.- CUESTIONES PROCESALES

a) Ante discrepancias en el plazo de presentación de ofertas entre el anuncio publicado en el Portal de Contratación y el establecido en el Pliego del contrato, debe aplicarse el más amplio.

El Acuerdo 36/2018, de 23 de mayo, resuelve una reclamación especial en materia de contratación pública frente a un Acuerdo que inadmite la oferta presentada por un licitador por extemporánea.

La reclamante alega que el anuncio del Portal de Contratación establece como plazo límite el día 5 de febrero de 2018 a las 13:00 horas, pero el pliego publicado no se correspondía con la licitación, de modo que la Administración publicó el pliego corregido en el Portal de Contratación, indicando el nuevo pliego las 15:30 horas como hora límite, aunque el anuncio seguía indicando las 13:00 horas. La reclamante indica que presentó la oferta el día 5 de febrero a las 14:48 horas, de modo que se encontraba dentro del plazo legal establecido.

Por su parte, el órgano de contratación señala que al corregir el error en la publicación del pliego no se modificó el plazo de presentación de ofertas, por lo que la fecha límite seguía siendo el día 5 de febrero a las 13:00 horas. Considera que es el anuncio de licitación el que determina la fecha de comienzo y fin del plazo, no el Pliego, ya que en el mismo no puede preverse cuándo va a ser publicado, y la LFCP hace referencia al Portal de Contratación como medio de publicidad. De esta manera, justifica la exclusión en la aplicación del principio de igualdad a todos los licitadores.

El Tribunal determina que ante una discrepancia entre el anuncio que se publica en el Portal de Contratación y el Pliego de Cláusulas Administrativas del Contrato, es aplicable la doctrina sobre la oscuridad o contradicción en documentos contractuales, según la cual ésta oscuridad no puede perjudicar a quién no la ha causado, ya que sería contrario a los principios de confianza legítima, transparencia y concurrencia pública.

Igualmente rechaza que deba procederse a la exclusión del licitador en aplicación del principio de igualdad, puesto que es presupuesto necesario de este principio que todos los licitadores reciban la misma información, lo que no se ha producido con esta contradicción entre el anuncio y el Pliego. Asimismo, muestra su disconformidad con la prevalencia alegada del anuncio sobre el Pliego, porque la Directiva 2014/24/UE considera a ambos como instrumentos de documentación contractual, sin establecer prevalencia de uno sobre otro, así como tampoco establece prevalencia alguna la LFCP. De esta forma, el Tribunal estima la reclamación especial presentada.

b) Los sindicatos tienen legitimación activa para interponer reclamación especial en materia de contratación pública cuando la licitación objeto de la misma afecte a intereses colectivos de sus afiliados.

El Acuerdo 113/2018, de 29 de octubre, resuelve una reclamación frente al Pliego de un contrato de servicio de estacionamiento regulado en la vía pública, interpuesto por un sindicato de policías.

El Tribunal analiza la legitimación activa del reclamante, señalando que si bien la LFCP reconoce a los sindicatos legitimación para interponer reclamaciones cuando afecten a los intereses de los trabajadores, la doctrina del Tribunal Constitucional indica que esto no les convierte “*en guardianes abstractos de la legalidad, por lo que, en cada caso en que el sindicato ejercite acciones, se exige un vínculo o conexión entre el propio Sindicato y la pretensión ejercitada. Y ese vínculo no puede ser otro que un interés en sentido propio, específico y cualificado*”.

De esta manera, la amplitud del concepto de interés legítimo no significa que exista una acción popular o desaparezca el requisito formal de la legitimación, por lo que un sindicato está legitimado para ser reclamante en un proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, pero esta capacidad abstracta debe concretarse mediante un vínculo entre el sindicato y la pretensión ejercitada.

Aplicando estas consideraciones a la reclamación especial interpuesta, el Tribunal destaca que el objeto del contrato son prestaciones que los afiliados del sindicato no van a realizar, ni pueden afectar a sus derechos, de manera que no se aprecia el vínculo entre el sindicato y la pretensión ejercida, lo que determina la falta de legitimación activa del mismo, comportando la inadmisión de la reclamación interpuesta.

c) La determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores es competencia de la Jurisdicción Social

El Acuerdo 116/2018, resuelve una reclamación de un sindicato frente al Pliego de un contrato, por incumplimiento de los artículos 66 y 67 LFCP al no reflejar fielmente la situación de los trabajadores a subrogar, por entender que el convenio colectivo señalado en el mismo como aplicable a los trabajadores no es el correcto. Se indica el Convenio Colectivo Marco Estatal Ocio Educativo y Animación Sociocultural en el Pliego, entendiendo el reclamante que el convenio colectivo aplicable es el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de Navarra, que además es el que señalaban los pliegos de la licitación anterior.

El órgano de contratación alega que los trabajadores acordaron con la anterior adjudicataria una novación contractual en cuanto al convenio colectivo de aplicación.

Señala el Tribunal que una designación equivocada del convenio colectivo en modo alguno altera el mismo, correspondiendo a los órganos de la Jurisdicción Social la competencia para determinar el convenio colectivo que resulta de aplicación.

No obstante, indica que el motivo de impugnación es que el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales es el que consta en los contratos de los trabajadores, y no se ha reflejado así en el Pliego. Sin embargo, en el expediente consta la novación alegada por el órgano de contratación, constando en los contratos de los trabajadores el convenio colectivo de ocio educativo y animación sociocultural, de modo que no pueden entenderse incumplidos los artículos 66 y 67 LFCP, al reflejarse por la empresa actualmente adjudicataria las condiciones de los contratos de los trabajadores a subrogar.

d) El plazo para interponer reclamación especial frente al anuncio de licitación, cuando supera el umbral comunitario, comienza a partir del día siguiente de su publicación en el DOUE.

El Acuerdo 120/2018, de 26 de noviembre, resuelve una reclamación en la que se plantea, entre otras cuestiones, la extemporaneidad o no de una reclamación al producirse una irregularidad en la publicación del anuncio de licitación.

El Tribunal recuerda que el art. 89 LFCP establece que cuando el valor estimado del contrato supera el umbral comunitario, el anuncio que debe enviarse al Diario Oficial de la Unión Europea debe preceder cualquier otra publicidad, de modo que primero debe enviarse al DOUE y cuando se haya confirmado su publicación o hayan transcurrido 48 horas desde la recepción debe publicarse en el Portal de Contratación de Navarra. Sin embargo, en el expediente consta que se publicó en el Portal el día 28 de septiembre de 2018, y se envió al DOUE ese mismo día, publicándose el 2 de octubre.

La trascendencia de esta irregularidad radica en el cómputo del plazo tanto para presentar proposiciones como para presentar reclamación especial frente a dicho anuncio, ya que el plazo empieza a contarse desde la publicación del anuncio. De esta manera, al publicarse el anuncio en el Portal de Contratación el día 28 de septiembre y presentarse la reclamación el día 11, a priori parece que incurre en causa de inadmisibilidad por extemporánea, sin embargo, indica el Tribunal que no es así.

Señala que al ser preceptiva la publicación en el DOUE previamente a la publicación en el Portal de Contratación de Navarra, el cómputo del plazo para reclamar se inicia el día de la publicación en el DOUE, el 2 de octubre, ya que el precepto citado de la LFCP establece que el anuncio del Portal de Contratación deberá indicar la fecha de envío al DOUE y no contener información distinta a aquél.

Así se pronuncia también el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, cuyo artículo 19.1 dispone que cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio.

II.- CUESTIONES DE FONDO.

e) Validez de subcriterios de adjudicación que no constaban en el Pliego, si cumplen determinadas condiciones.

El Acuerdo 5/2018, de 22 de enero, resuelve una reclamación en la que, entre otros motivos, se plantea que la Mesa de Contratación, al valorar las propuestas técnicas presentadas, ha incluido cuatro subapartados en un criterio de adjudicación que no constaban en el Pliego, por lo que la reclamante entiende que se vulnera el mismo al modificar la Mesa los criterios aprobados en el Pliego. El órgano de contratación considera que estos subapartados sí constan en el Pliego, si bien no como subapartados sino como puntos a valorar cuando se describe el criterio de adjudicación.

A priori, se indica que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos y la obligación de transparencia se oponen a que en un procedimiento la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Condiciones. Además, el artículo 58 LFCP indica que los servicios técnicos del órgano de contratación valorarán las ofertas presentadas conforme a los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego.

Sin embargo, el Tribunal señala que la jurisprudencia comunitaria ha matizado estas afirmaciones, indicando como ejemplo la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis, Alexandroupolis y otros, que establece que cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, los licitadores deben conocer al preparar sus ofertas todos los factores que se tendrán en consideración para seleccionar la oferta más ventajosa. Pero, en ese caso, en el que la entidad adjudicadora fija a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios, declara válida esta forma de proceder siempre que cumpla tres requisitos:

- No modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación.

- No contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación.
- No haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Asimismo, el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 92/2015, establece que *“cuando los pliegos no establecen una ponderación concreta en relación con los distintos subcriterios o aspectos que se han utilizado para describir cada criterio, es necesario que el órgano de contratación explique claramente la forma en que se ha valorado cada oferta, valoración que habrá de hacerse en todo caso con arreglo a lo señalado en el pliego, sin introducir nuevos aspectos que no estuvieran especificados previamente o aspectos que, de haber sabido los licitadores que iban a haber sido valorados de una determinada manera, hubieran influido en la oferta realizada”*.

En consecuencia, el Tribunal analiza la actuación de la Mesa a la luz de estos criterios, y determina que estos subcriterios no modifican el criterio de adjudicación establecido en el Pliego, no contienen elementos que, de haber sido conocidos por los licitadores, habrían influido en la preparación de las ofertas, y tampoco se acredita que estos subcriterios hayan tenido un efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores, por lo que el Tribunal desestima este motivo de impugnación.

f) Las facultades de valoración de las proposiciones y elevación de la propuesta de adjudicación corresponden a la Mesa de Contratación, no a la unidad gestora, y su propuesta al órgano de contratación es vinculante.

El Acuerdo 6/2018, de 23 de enero, resuelve una reclamación frente a una adjudicación, que se impugna por no cumplir la oferta de la adjudicataria el Pliego de prescripciones al contemplar un número de horas de servicio inferior al mínimo contemplado, considerando que dicha adjudicación debe ser anulada y la oferta del licitador debe ser excluida por incumplir el Pliego. El órgano de contratación considera que las horas que constan en el Pliego tienen carácter orientativo.

El Tribunal procede a la interpretación de la cláusula del Pliego conforme al criterio gramatical del artículo 3 del Código Civil, determinando que establece claramente ese número de horas como mínimo y no orientativo.

Se analiza la actuación de la Mesa de Contratación, que ante la oferta económica de 891.862,82€ del licitador con 210 horas menos, la considera válida y acuerda efectuar propuesta de adjudicación a su favor de conformidad con la propuesta presentada. Esta oferta, además, no puede considerarse que adolezca de un error formal o material que pudiera subsanarse a través del trámite de aclaración de la oferta, ya que el límite a las aclaraciones es la modificación de la oferta presentada. De este modo, la admisión de esta oferta resulta contraria a la legalidad por vulnerar el Pliego, que es la ley entre las partes que el órgano de contratación debe respetar, circunstancia que implica la anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones al trámite anterior a la propuesta de adjudicación en orden a la exclusión de dicha oferta.

Sin embargo, el Tribunal aprecia que, además, consta en el expediente que con posterioridad a la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación, desde el Área de Servicios Contratados del Ayuntamiento se mantiene conversación telefónica con el licitador para preguntarle sobre el déficit de horas ofertadas, respondiendo el licitador que su interpretación viene de la respuesta de una aclaración sobre el pliego de prescripciones, en la que se adjunta un cuadro con las horas anuales en el que no se hace referencia a esas 210 horas que constaban en el Pliego.

De este modo, la Concejalía Delegada de Oficina Técnica y Servicios Contratados, y no la Mesa de Contratación, eleva a la Junta de Gobierno Local propuesta de adjudicación del contrato, en la que modifica la oferta presentada para incluir las 210 horas no ofertadas, y amplía la cuantía de los 891.862,82€ de la propuesta de adjudicación de la Mesa a 895.934,72€. Finalmente, la Junta de Gobierno Local asume íntegramente la propuesta elevada por la Concejala Delegada de Oficina Técnica y Servicios Contratados, y adjudica el contrato en los términos propuestos.

El Tribunal destaca que la Mesa de Contratación en ningún momento acuerda sustanciar trámite de aclaración alguno, aclaración que se solicita por un técnico que no forma parte de la Mesa. Las funciones de valoración de las proposiciones y elevación de la propuesta de adjudicación corresponden a la Mesa de Contratación, encontrándonos con que la unidad gestora del contrato se arroga dichas facultades, y además en el momento procedimental improcedente, pues ya había sido propuesto adjudicatario.

A mayor abundamiento, en la respuesta a dicha aclaración la adjudicataria se ratifica en la oferta presentada, alegando confusión por una aclaración, y la unidad gestora, nuevamente sin intervención de la Mesa de Contratación, propone modificar la oferta formulada respecto al número de horas y el precio anual, actuación totalmente contraria a Derecho, ya que la oferta supone la declaración de voluntad del licitador y una vez presentada resulta indisponible. Y finalmente, el órgano de contratación se separa de la propuesta realizada por la Mesa, aprobando la propuesta realizada por la Concejala Delegada, que es una vocal de la Mesa pero que no puede arrogarse las facultades de ésta, que corresponden a la Mesa como órgano colegiado.

La LFCP determina que la propuesta de la Mesa de Contratación tiene carácter vinculante para el órgano de contratación, quien sólo puede separarse de la misma en caso de que ésta infrinja el ordenamiento jurídico, y para ello es preceptivo que solicite informe vinculante a la Junta de Contratación Pública, trámite que el órgano de contratación ha omitido, lo que determina igualmente la nulidad del acto de adjudicación, por haberse dictado prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

g) Discrecionalidad técnica en la fijación del presupuesto del contrato.

El Acuerdo 19/2018, de 28 de febrero, resuelve una reclamación frente a los pliegos de una licitación en la que se plantea, entre otros motivos, que entiende que

el precio del contrato se encuentra por debajo de los costes razonables, lo que afecta a la calidad de la prestación. El órgano de contratación señala que la reclamante no aporta ningún cálculo alternativo para determinar que los honorarios están por debajo de los costes.

El Tribunal indica que es a la entidad contratante a quién corresponde determinar el importe del presupuesto del gasto de la contratación, por ser quién mejor conoce el interés público que se pretende satisfacer. Así, la Administración dispone de discrecionalidad técnica para establecer este presupuesto, de modo que conforme a la doctrina de la discrecionalidad técnica, no puede revisarse su decisión salvo que incurra en error o arbitrariedad, y se preserven los principios rectores de la contratación.

Concluye que en dicha licitación no se aprecia error manifiesto ni arbitrariedad, por lo que se desestima esta alegación.

h) La obligación de subrogación del personal, aunque deriva del convenio colectivo de aplicación, debe incluirse en el Pliego.

El Acuerdo 21/2018, de 12 de marzo, resuelve una reclamación frente al Pliego de una licitación por no contemplar datos relativos a la subrogación de los trabajadores. El órgano de contratación alega que la LFCP sólo contempla esta obligación respecto a los contratos de concesión de servicios, y no de asistencia.

Conforme al Acuerdo 56/2017 TACPN, la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista en el momento de convocatoria de la licitación no deriva del Pliego del contrato, sino del ordenamiento jurídico laboral, de modo que su omisión en nada afecta a la validez de dicha obligación, pues no viene impuesta por el Pliego sino por el convenio colectivo de aplicación.

Además, la LFCP exige con carácter general para todos los contratos públicos que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporen la advertencia de que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las obligaciones legales de Seguridad Social y las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial de aplicación.

Atendiendo al convenio colectivo de aplicación al caso, se observa que sí prevé la obligación de subrogación de personal cuando finalice el contrato, obligación que se prevé de manera genérica tanto si el contrato es de concesión de servicios como de asistencia.

Determinada tal obligación, debe incluirse tal previsión en los Pliegos de acuerdo con la STS de 1 de junio de 2004, que indica que *“viniera o no impuesta por el mismo [convenio colectivo], era obligado incluir entre las cláusulas particulares y cuando menos en el anuncio del concurso la obligación de las empresas adjudicatarias de asumir los trabajadores de la empresa anterior, pues ello afectaba y en parte importante al contenido y efectos del contrato y a los derechos de los trabajadores, que además eran ajenos a ese concurso público para la contratación del servicio de limpieza de determinados centros (...)”*.

De este modo, la subrogación del personal se rige por lo dispuesto en el convenio colectivo, no siendo competencia del TACPN resolver sobre el cumplimiento o no de estas normas, por estar atribuida dicha competencia a los tribunales de la jurisdicción social.

i) La formalización de Acuerdos Marco con una sola empresa debe justificarse en el expediente. Los contratos públicos deben respetar el principio de unidad funcional.

El Acuerdo 28/2018, de 23 de abril, resuelve una reclamación en materia de contratación pública que plantea, entre otras cuestiones, el número de licitadores con los que debe celebrarse un Acuerdo Marco y la infracción del principio de unidad funcional.

Respecto al número de licitadores, la reclamante alega el artículo 77 LFCP, que establece la regla general de que los Acuerdos Marco deben celebrarse con al menos tres empresas, de modo que la celebración con una sola requiere justificación de que la naturaleza del contrato así lo exige.

El Tribunal confirma que de la dicción “*podrán celebrarse acuerdos marco con una sola empresa cuando la naturaleza del objeto así lo exija*” resulta clara la necesidad de motivar esta elección pero, a diferencia de la reclamante, sí aprecia dicha motivación en el informe sobre la necesidad de la contratación, que señala que se selecciona un único proveedor por lote para aprovechar la economía de escala que supone agregar la demanda parcial de cada uno de los Centros dependientes del SNS-O.

Y respecto a la revisión de la motivación, señala que es reiterada doctrina de los Tribunales Administrativos la aplicabilidad de la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la configuración del contrato. De este modo, en la motivación con base en criterios técnicos de gestión y el principio de eficiencia, ambos objetivos vinculados al interés general, no se aprecia error manifiesto o arbitrariedad, de forma que se desestima la alegación.

Respecto a la infracción del principio de unidad funcional, se alega el artículo 22 LFCP, “*los contratos tendrán por objeto un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica*”. El Tribunal advierte que la reclamante afirma que la prestación del Acuerdo Marco es proveer al SNS-O del conjunto de todos los productos que contengan el principio activo “Rituximab”, pero el órgano de contratación, en ejercicio de su facultad de fijar el objeto contractual en virtud de la discrecionalidad técnica de la Administración, ha establecido como objeto del contrato no lo señalado por la reclamante sino el suministro del principio activo “Rituximab”, sirviendo a este fin tanto el medicamento original como el biosimilar, por lo que la adquisición que constituye la prestación objeto del contrato cumple por sí misma la función de tratamiento de las patologías para las que está indicado.

De esta manera, no se aprecia vulneración del principio de unidad funcional y se desestima la alegación.

j) La exigencia como requisito de solvencia técnica o profesional de experiencia en contratos con la Administración vulnera los principios de libre concurrencia e igualdad y no discriminación

El Acuerdo 32/2018, de 10 de mayo, resuelve un incidente de nulidad planteado por el Tribunal al apreciar de oficio la posible existencia de nulidad de pleno derecho de una cláusula del Pliego, que al regular la solvencia técnica por referencia a la experiencia de los licitadores, sólo admite la adquirida en el ámbito público, lo que puede conculcar el artículo 14.2 b) LFCP y artículo 45 Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores, que sanciona con la nulidad de pleno derecho las disposiciones normativas y actos que otorguen cualquier ventaja a empresas por haber contratado previamente con la Administración.

El órgano de contratación señala que al utilizar la conjunción “o” al referirse al destinatario público o privado de los servicios prestados, se habilita al órgano para optar por uno de ellos. Además, justifica esta exigencia en que se ha entendido que la capacitación y experiencia en el ámbito público para esta licitación es muy relevante por la naturaleza específica de las prestaciones objeto del contrato, que hace imposible que se hayan podido desempeñar servicios análogos para el sector privado, pretendiendo por tanto los requisitos de solvencia verificar la capacidad de los licitadores para ejecutar el contrato de forma adecuada.

Señala el Tribunal que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica y técnica o profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Así, las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non”, cuyo incumplimiento justifica la exclusión del licitador del procedimiento, constituyendo su acreditación el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren.

Corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación, por ser quien mejor conoce el interés público que se pretende satisfacer, lo que supone una facultad discrecional que deberá ser ejercitada con respeto a los principios de la contratación pública. De esta forma, no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidar que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato, y corresponderse con alguno de los medios de acreditación de la solvencia establecidos en la LFCP.

La LFCP recoge la experiencia como una de las formas de acreditación de la solvencia técnica, pero al referirse al destinatario público de los servicios se conculcan los principios rectores de la contratación pública, uno de los cuales es el principio de libre concurrencia, que permite el acceso a la contratación pública de todas las empresas que estén en condiciones de formular una oferta, así como el de no discriminación. Así pues, si se aceptara como requisito la experiencia en el sector público, se estaría posibilitando una clara discriminación sin base objetiva

alguna, siendo contraria a Derecho igualmente la alegación del órgano de contratación de que se le permite elegir, ya que dicha opción conculca igualmente los principios citados.

Por ello, esta cláusula del Pliego adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 126.2 a) y 47.1 a) Ley 39/2015, de modo que procede la anulación del procedimiento.

k) Admisibilidad de reclamación frente a la adjudicación fundada en oscuridad del Pliego, si la lesión de los derechos del licitador se produce después de pasado el plazo para impugnar el Pliego.

El Acuerdo 44/2018, de 21 de junio, resuelve entre otras cuestiones sobre la admisibilidad de una reclamación especial frente a la Resolución de adjudicación de un contrato de suministro para la adquisición de diverso mobiliario, que se apoya en la ambigüedad u oscuridad de una característica técnica.

La reclamante alega que en la visita a las instalaciones preguntó por las medidas de las pizarras, que no constaban en la memoria ni los planos, respondiendo los técnicos una medida que no es la medida estándar de las pizarras. Esto suponía una modificación de su oferta económica al alza, ya que al ser un mobiliario a medida en lugar de estándar su precio es mayor.

El órgano de contratación aduce que si consideraba que los términos del Pliego eran imprecisos podía haber solicitado una aclaración, o interponer reclamación frente a los pliegos, pero indica que conforme a la doctrina del pliego como ley del contrato al no haberse planteado reclamación frente al anuncio de licitación no cabe plantearlo frente a la adjudicación, siendo contrario a los actos propios y a la buena fe.

El Tribunal señala que, si bien la doctrina de los actos propios y del pliego como ley del contrato tiene plena vigencia, pues si no se impugna el acto administrativo de aprobación del Pliego, el licitador acepta el mismo, la jurisprudencia comunitaria ha aceptado que se impugne el Pliego tras la adjudicación si las Bases estaban redactadas *“en términos tan oscuros o ambiguos que a un licitador bien informado le era imposible conocer con exactitud la forma de aplicarlas, de tal manera que sólo con motivo de la adjudicación tuvo cabal conocimiento de las mismas”*.

Así lo razona la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión.

De esta forma, el Tribunal entiende que esta imprecisión, que tiene incidencia en la oferta económica presentada, al darse durante el transcurso de la visita a las instalaciones, se ha producido una vez finalizado el plazo para impugnar el Pliego, y aunque no presentara el reclamante solicitud de aclaración por escrito,

el órgano de contratación le da la misma virtualidad al indicar que todos los licitadores que presentaron oferta acudieron a la visita, de manera que las aclaraciones se facilitaron a todos por igual.

Por tanto, entiende que el reclamante ha actuado con la diligencia debida al formular la aclaración durante la visita por no constar este parámetro en las prescripciones técnicas, de modo que admite la reclamación presentada y entra a conocer del fondo del asunto.

D) La falta de un requisito del contratista al finalizar el plazo de presentación de proposiciones no es subsanable, lo es la falta de acreditación del mismo.

El Acuerdo 88/2018, de 30 de agosto de 2018, resuelve entre otras cuestiones sobre la procedencia o no de subsanación en la presentación de documentación correspondiente a la proposición del licitador.

El reclamante alega que dos licitadores han omitido determinada documentación correspondiente al sobre nº 1. Por un lado, indica que un licitador ha omitido la acreditación de su solvencia técnica y, por otro, el segundo licitador ha omitido la declaración de estar al corriente en las obligaciones tributarias, seguridad social y seguridad laboral.

El Tribunal realiza una consideración previa relativa a la posibilidad de subsanación de estos defectos. De este modo, recuerda en primer lugar la doctrina del Pliego como ley del contrato, que determina que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo. De esta forma, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, si no son impugnados en plazo, devienen firmes y consentidos y vinculan tanto a la Administración como a los contratistas, y por ello los licitadores deben respetar las previsiones en cuanto a forma y contenido de las proposiciones que establezcan, así como la Administración debe atender a ellos respecto a las consecuencias relativas a una presentación incompleta o inexacta.

Así pues, las previsiones relativas a la presentación y contenido de las proposiciones deben tenerse en cuenta para establecer si la oferta se ajusta a lo exigido, previéndose la subsanación para enmendar defectos en documentos presentados, pero no para aportar documentos nuevos o cumplir con requisitos que no se cumplieron en plazo.

Señala que la STSJN, de 4 de mayo de 2017, indica que al no establecer con claridad la LFCP qué defectos formales son subsanables y cuáles determinan la exclusión del licitador, debe establecerse casuísticamente. De esta manera, teniendo en cuenta que resulta imposible establecer a priori una lista exhaustiva de defectos subsanables y no subsanables, determina como criterio a seguir que son subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los requisitos e insubsanables los que consisten en la falta de cumplimiento de requisitos exigibles en el momento de finalización del plazo de presentación de proposiciones.

Es decir, no es subsanable la falta del requisito sino la falta de acreditación del mismo. Esto es coherente con la doctrina del TS relativa al criterio antiformalista que debe guiar un procedimiento administrativo de contratación, ya

que la exclusión de un licitador por defectos fácilmente subsanables sería contraria al principio de concurrencia.

m) La vulneración del secreto de la oferta económica conlleva la nulidad del procedimiento, pero sólo si se ha producido una indefensión real y no meramente formal

El Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, resuelve una reclamación frente a la adjudicación de un contrato, por haber introducido el adjudicatario información evaluable mediante fórmulas en el sobre nº 2 correspondiente a criterios sujetos a juicio de valor.

El Tribunal señala que el artículo 52 LFCP establece que las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura. Las consecuencias de su infracción, como indica la consolidada doctrina de los Tribunales administrativos, a modo de ejemplo la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1077/2015, de 20 de noviembre, es la nulidad de todo el procedimiento, ya que los principios de objetividad y transparencia exigen que la valoración de los criterios subjetivos se realice antes que la valoración de los criterios objetivos, para que el conocimiento de la oferta económica no contamine la valoración imparcial de los criterios subjetivos; siendo criterio consolidado la nulidad del procedimiento si se vulnera el secreto de las mismas, comprometiendo la imparcialidad de la Mesa.

No obstante, indica que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal. Lo relevante para determinar la exclusión es que se haya influido en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

Aprecia el Tribunal que el pliego no impone la exclusión por incluir en el sobre nº 2 cualquier información correspondiente al sobre nº 3, sino sólo por incluir información referente a la oferta económica, dándose el caso de que la documentación incluida por el adjudicatario en el sobre nº 2 hace referencia al equipo, titulaciones y experiencia, que aunque deben incluirse en el sobre nº 3, no constituyen parte de la oferta económica.

Además, valora la diligencia de la Secretaria de la Mesa de Contratación, que para evitar interferencias en la valoración apartó la información indebidamente incluida en el sobre nº 2 de la documentación que se facilitó a los técnicos encargados de la valoración, de modo que queda probado que la vulneración sólo ha sido formal, y no ha influido en la valoración del sobre nº 2, desestimando en consecuencia la reclamación interpuesta.

PAMPLONA, ENERO 2019