



Expte.: R-11/2013

ACUERDO 6 /2013, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por la mercantil “Jardinería Adaxka S.L.” contra la Resolución 445/2013, de 12 de Marzo del Rector de la Universidad Pública de Navarra por la que se adjudica la contratación del servicio de jardinería de la Universidad Pública de Navarra (ABR0015/2012).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de marzo de 2013, se notificó a la mercantil “Jardinería Adaxka, S.L.”, la Resolución 445/2013, de 12 de Marzo del Rector de la Universidad Pública de Navarra, por la que se adjudica la contratación del servicio de jardinería de la Universidad Pública de Navarra (ABR0015/2012).

SEGUNDO.- Con fecha 27 de marzo de 2013, don S.L.I., en representación de “Jardinería Adaxka, S.L.”, presentó reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, contra la citada Resolución.

TERCERO.- Por Resolución 13/2013 de 3 de abril, de la Secretaria de la Junta de Contratación Pública se admitió a trámite la reclamación en materia de contratación pública y se solicitó a la entidad afectada la aportación del expediente así como las alegaciones que estimase oportunas, en el plazo de tres días hábiles.

CUARTO.- El día 5 de abril de 2013 la entidad contratante aportó el expediente de contratación junto con escrito de alegaciones.

QUINTO.- El día 12 de abril de 2013 se dio trámite de audiencia al resto de partes interesadas en el expediente para que en el plazo de tres días hábiles pudieran presentar las alegaciones a la reclamación y aportar y solicitar las pruebas que considerasen oportunas en defensa de su derecho, facultad de la que no han hecho uso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Disposición transitoria segunda de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP) relativa a los contratos adjudicados conforme a la normativa anterior, como es el caso del contrato objeto de la presente reclamación, establece que *“Los contratos cuyo expediente de contratación hubiera sido aprobado o, en caso de no ser ello necesario, cuyos pliegos de condiciones hubiesen sido publicados antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley Foral, se regirán por la normativa anterior si bien el régimen de impugnación de su adjudicación se regirá por lo dispuesto en la presente Ley Foral”*.

Por su parte, la Disposición adicional decimotercera de misma Ley Foral dispone que *“El Parlamento de Navarra y la Universidad Pública de Navarra optarán, reglamentariamente, por establecer un órgano de resolución de recursos que cumpla los requerimientos de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CE 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 públicos, o por remitir la resolución de las reclamaciones que se formulen frente a sus licitaciones al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra”*.

Teniendo en cuenta que la Universidad Pública de Navarra no ha establecido reglamentariamente dicho órgano de resolución corresponde a este Tribunal resolver la reclamación presentada.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma legales y por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el

procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación de los contratos.

TERCERO.- Por Resolución 13/2013 de 3 de abril, de la Secretaria de la Junta de Contratación Pública, se admitió a trámite la reclamación en materia de contratación pública, presentada por la mercantil “Jardinería Adaxka S.L.” contra la Resolución 445/2013, de 12 de marzo del Rector de la Universidad Pública de Navarra por la que se adjudica la contratación del servicio de jardinería de la Universidad Pública de Navarra (ABR0015/2012).

Dicha Resolución se dictó al amparo del artículo 29.5 del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública y los procedimientos y registros a su cargo, norma reglamentaria de desarrollo de la LFCP que establece la competencia del Secretario de la Junta de Contratación Pública para resolver sobre la admisión a trámite de las reclamaciones que se formulen ante la citada Junta.

La Ley Foral 3/2013, de 24 de febrero, ha modificado la LFCP creando un nuevo órgano, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que viene a sustituir a la Junta de Contratación Pública como órgano competente para resolver las reclamaciones que se formulen en materia de contratación pública. En consecuencia, a partir del día de entrada en vigor de la citada Ley Foral 3/2013, es decir, el día 5 de marzo de 2013, día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Navarra, según establece su Disposición final segunda, el órgano competente para la admisión de las reclamaciones es el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

No obstante, teniendo en cuenta los antecedentes anteriores y dado que la Secretaria de la Junta de Contratación Pública ejerce también las funciones de Secretaria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, según dispone el artículo 208 bis.7 de la LFCP, en aplicación del artículo 67.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común (en adelante LRJPAC) procede que por este Tribunal se convalide la admisión a trámite realizada.

CUARTO.- La reclamación presentada por Jardinería Adaxka, S.L. se interpone contra el acto de adjudicación y corresponde a este Tribunal su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 de la LFCP.

No obstante existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto de la pretensión articulada por el reclamante que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la LRJPAC y el artículo 213.2 de la LFCP en cuanto a la reclamación en materia de contratación pública, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando en su caso que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículos 62.1.b) de la Ley 30/1992).

Por ello debemos inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencia para resolverla, sin perjuicio de nuestra competencia para conocer de todas las demás formuladas.

QUINTO.- Las cuestiones de fondo planteadas en la reclamación son dos: por una parte la incorrecta valoración del criterio de adjudicación “Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato” y, por otra, la falta de motivación de la resolución de adjudicación.

SEXTO.- Hemos de examinar, en primer lugar la consideración de carácter formal referida a la falta de motivación suficiente de la resolución de adjudicación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que les permitan, en su caso, impugnar la adjudicación.

No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo de adjudicación, se daría cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 de la LRJPAC y 92.5 de la LFCP, siempre que la misma apareciera suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.

El artículo 92.5 de la LFCP en la redacción vigente en el momento de la licitación era del tenor literal siguiente: *“La resolución de adjudicación será motivada, deberá especificar los motivos por la que se ha rechazado una candidatura u oferta y las características o ventajas de la oferta seleccionada, y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo”*.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la resolución de adjudicación contiene la indicación tanto de la puntuación obtenida por la oferta del recurrente como por la oferta de los demás licitadores y de la adjudicataria que se consideró la más ventajosa, con desglose de la puntuación obtenida en las fases de valoración técnica y de valoración económica, sin indicación de la puntuación obtenida en cada uno de los criterios singulares de valoración referidos a la oferta técnica.

Así pues faltan en la resolución notificada a cada licitador descartado “los motivos por los que se ha rechazado su oferta” y “las características o ventajas de la oferta seleccionada”, exigidas por el artículo 92.5 citado, sin que se cumpla con estos requisitos por la mera información genérica sobre la puntuación obtenida globalmente en cada criterio.

No obstante, si bien la resolución de adjudicación está insuficientemente motivada, las razones determinantes de la decisión adoptada aparecen reflejadas en la documentación incorporada al expediente, como exige el apartado 2 del artículo 54.

En este caso, la motivación se contiene en el “Informe de valoración de la documentación técnica” que hace suyo la Mesa de contratación, al cual es evidente que ha tenido acceso Jardinería Adaxka, S.L. pues ella misma lo cita en su escrito de reclamación, por lo que no se ha producido la indefensión aducida por la reclamante.

SÉPTIMO.- El segundo motivo de impugnación se refiere a la incorrecta valoración del criterio de adjudicación “Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato”.

Para atender a esta cuestión hay que analizar el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), que en su cláusula 7 recoge los siguientes criterios de adjudicación del contrato:

- Precio: 50 puntos. El valor máximo corresponderá a la oferta económica más baja, siendo puntuadas el resto de las ofertas en proporción inversa.

- Programa de trabajo y seguimiento presentado por la empresa en su Propuesta Técnica: 35 puntos.

- Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato: 15 puntos. Se valorarán especialmente las referidas a la mejora de la centralización y automatización del riego automático.

Sólo se procederá a la valoración económica de las ofertas cuya puntuación obtenida en la valoración técnica sea igual o mayor a 25 puntos.

A la vista de dichos criterios, y previo informe emitido por los vocales técnicos de la Mesa de contratación, ésta otorgó las siguientes puntuaciones al apartado de “Mejoras”, en el cual centra Jardinería Adaxka, S.L. el motivo de su impugnación:

EMPRESAS	EKILORE	ADAXKA	EULEN
A) MEJORAS Y OTROS SERVICIOS (15 puntos)	14,00	6,00	0,00
Auditoría de riego, estudio de fuentes alternativas y proyecto de centralización	5,00	6,00	0,00
Realización de análisis de suelos y fertilidad de áreas verdes del campus	3,00	0,00	0,00
Aireado anual de todo el campus	5,00	0,00	0,00
Inventario anual de material vegetal	1,00	0,00	0,00

OCTAVO.- Alega la reclamante que la única mejora especificada como preferente en el Pliego se valora sólo con 6 puntos, dando un valor similar a otro aspecto como es el aireado anual, sin haber especificado dicha circunstancia en el Pliego y sin establecer en el mismo la correspondiente ponderación. Añade que las otras acciones que se valoran en este apartado no tienen propiamente el carácter de mejoras ya que se trata de tareas y actividades incluidas dentro de la prestación normal del contrato y de lo que se entiende por servicio de mantenimiento de jardines.

En apoyo de su pretensión cita diversas cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas que establecen que *“El adjudicatario (...) atenderá debidamente en tiempo y forma la realización de las labores que se precisen realizar de forma habitual para mantener las zonas verdes en perfecto estado botánico y ornamental objeto de este contrato, siendo a su cargo todos los costes que origine este compromiso”* y que *“Además de las labores reflejadas en el Pliego, se recoge la obligación de realizar aquellas labores complementarias, no definidas en el Pliego, pero que se entienden directamente relacionadas con la jardinería (...)”*.

Manifiesta que, en particular, la actuación de análisis de suelos y fertilidad aéreas es una labor previa necesaria y lógica antes de proceder al abonado de las especies vegetales y zonas verdes ya que es preciso hacerla así para saber qué tipo de abono o de unidades fertilizantes deben utilizarse.

Y añade, respecto a la labor de aireado anual, el cual se realiza mediante la labor de “pinchado”, que el propio Pliego de Prescripciones Técnicas, en su epígrafe IV, exige que las licitadoras cuenten con la maquinaria precisa para esta práctica.

De contrario, la entidad contratante se opone a todas las manifestaciones vertidas en el escrito de reclamación. Alega, en síntesis, que se han respetado escrupulosamente los principios de publicidad, concurrencia, objetividad y trato igualitario de las ofertas presentadas, que han sido los vocales técnicos de la Mesa los encargados de valorar las ofertas técnicas y que el criterio de la reclamante sobre la mayor o menor conveniencia de puntuar como mejora algunas de las ofrecidas por la empresa adjudicataria, no puede prevalecer sobre la consideración como tal mejora de esa cuestión por parte de los técnicos encargados de efectuar la valoración. Reconoce que la función de valorar las mejoras propuestas por los licitadores exige atribuir una cierta dosis de discrecionalidad técnica a quienes deben valorar, pero defiende que se han respetado los criterios preestablecidos en el pliego que, recuerda, no fueron impugnados por la empresa hoy reclamante y se ha cumplido escrupulosamente la previsión contenida en el Pliego y en el texto del artículo 51.1.b) de la LFCP, en su redacción original.

NOVENO.- La cuestión que centra el debate consiste en determinar si el criterio de adjudicación “Mejoras” ha sido correctamente utilizado.

No entraremos a valorar las manifestaciones de la reclamante acerca de que las mejoras valoradas son tareas y actividades incluidas dentro de la prestación normal del contrato y de lo que se entiende por servicio de mantenimiento de jardines y que en cuanto a la labor de aireado anual, que se realiza mediante la labor de “pinchado”, el propio Pliego de Prescripciones Técnicas, en su epígrafe IV, exige que las licitadoras cuenten con la maquinaria precisa para esta práctica. Si bien queremos puntualizar que el epígrafe citado se refiere exclusivamente a la cancha de prácticas de golf.

Y decimos que no entraremos a valorar dichos temas porque compartimos la opinión de la entidad contratante al defender que lo evaluado con criterios técnicos no se puede corregir por este Tribunal aplicando criterios jurídicos pues a los criterios de adjudicación sometidos a un juicio de valor les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada “discrecionalidad técnica” del órgano de contratación.

Ahora bien, la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas. La previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues, como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Por ello, sí es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla. Así lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 80/2012, de 30 de marzo, citada por la entidad contratante en sus alegaciones.

Sobre si la valoración realizada por la Mesa de contratación de las ofertas de las licitadoras fue correcta en el criterio denominado “Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato”, deben hacerse varias consideraciones.

El PCAP se limita a atribuir 15 puntos al apartado “Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato” sin determinar nada más en relación con los requisitos que deben reunir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse individualizadamente a cada una de ellas, ni en función de qué parámetros se haya de otorgar la puntuación a cada una de ellas. Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación, al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio.

Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas por los licitadores y la determinación del valor atribuible a cada una de ellas queda al arbitrio del órgano de contratación sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las mejoras ofertadas, referidas al mantenimiento objeto del contrato, “puedan interesar a la Universidad”, concepto indeterminado que sólo puede conocer la propia Universidad y que por ello escapa totalmente al conocimiento de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas.

En tales términos es evidente que, en la aplicación de este criterio de valoración, no queda garantizada la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas. En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal cláusula es de aplicación obligatoria a pesar de todo o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta.

A este respecto es preciso recordar que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos constituyen la ley de los mismos. Ello significa, en principio, que de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho.

Como consecuencia de ello, y puesto que el pliego de cláusulas administrativas particulares que analizamos no ha sido impugnado, tal y como recuerda la entidad recurrida, ni se ha declarado, por tanto, la nulidad de ninguna de sus cláusulas deberíamos entender que, en principio, es de plena aplicación lo que supondría tomar en consideración también la cláusula referente a las mejoras y a su valoración.

Ahora bien, pese a ello, debemos considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez.

Así las cosas, es indudable que, como tal y como ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones (entre otras la 5/2012, de 5 de enero y la 69/2012, de 21 de marzo), *“la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras, afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley.*

Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”.

Todo ello nos lleva a considerar que el criterio de “mejoras” ha incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación exigidos por la normativa comunitaria y recogidos en el artículo 21 de la LFCP.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre los efectos que tiene el hecho de declarar la nulidad de algún criterio de adjudicación, recogiendo

en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) lo siguiente: *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”*. Y concluye que *“La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”*.

Todo ello conlleva la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la resolución de adjudicación y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este Acuerdo.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Convalidar la Resolución 13/2013 de 3 de abril, de la Secretaria de la Junta de Contratación Pública, por la que se admitió a trámite la reclamación en materia de contratación pública, presentada por la mercantil “Jardinería Adaxka S.L.” contra la Resolución 445/2013, de 12 de Marzo del Rector de la Universidad Pública de Navarra por la que se adjudica la contratación del servicio de jardinería de la Universidad Pública de Navarra (ABR0015/2012).

2º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por la mercantil Jardinería Adaxka, S.L. frente a la Universidad Pública de Navarra y declarar la nulidad de la Resolución 445/2013, de 12 de marzo, del Rector de la Universidad Pública de Navarra, por la que se adjudica la contratación del servicio de jardinería de la Universidad Pública de Navarra (ABR0015/2012).

3º. Notificar el presente Acuerdo a la mercantil “Jardinería Adaxka, S.L.”, a la Universidad Pública de Navarra y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

4º. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 16 de mayo de 2013. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.