

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**



Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 72 – 82
Fax 848 42 29 68 – 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte. 7/2014

ACUERDO 13/2014, de 24 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por don G.A.I., en representación de “ROJO SOLAR, S.L.”, frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cortes, de fecha 17 de febrero de 2014, por el que se adjudica a la empresa “HIDROAMBIENTE, S.A.U.” el contrato de prestación de servicios de gestión técnica, mantenimiento y conservación de las instalaciones de abastecimiento de agua potable (ETAP).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de noviembre de 2013, el Ayuntamiento de Cortes publicó en el Portal de contratación de Navarra el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato para la prestación de servicios de gestión técnica, mantenimiento y conservación de las instalaciones de abastecimiento de agua potable (ETAP). A dicha licitación presentó oferta la empresa “ROJO SOLAR, S.L.”.

Mediante acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 9 de enero de 2014, se admitió a la licitación a tres empresas, entre las que se encuentra “ROJO SOLAR, S.L.”.

SEGUNDO.- El día 17 de febrero de 2014 el Pleno del Ayuntamiento de Cortes adoptó el acuerdo de adjudicar el contrato a la empresa “HIDROAMBIENTE, S.A.U.” y de trasladar el citado acuerdo a los licitadores admitidos a la licitación. “ROJO SOLAR, S.L.” recibió la notificación del acuerdo el día 19 del mismo mes.

TERCERO.- El día 28 de febrero de 2014 don G.A.I., en representación de “ROJO SOLAR, S.L.”, interpuso reclamación en materia de contratación pública frente

al Acuerdo reseñado ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por considerar que existe una infracción en la aplicación de los criterios de adjudicación fijados en el artículo 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y que, en particular, el criterio “Mejora” establecido en el apartado 3.2 del citado artículo *“no ha sido correctamente utilizado, adoleciendo de la causa de nulidad de pleno derecho de la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC”*.

CUARTO.- Mediante Acuerdo 7/2014, de 3 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se admite a trámite la reclamación en materia de contratación pública formulada y se requiere a la entidad reclamada la aportación del expediente administrativo del contrato y se concede plazo a los demás interesados en el expediente para que presenten las alegaciones que consideren convenientes a su derecho.

QUINTO.- El día 6 de marzo de 2014 el Ayuntamiento de Cortes remite el expediente administrativo junto con un escrito de alegaciones en el que solicita, en primer lugar, *“la inadmisión del licitador “ROJO SOLAR, S.L.” por incumplir los requisitos de solvencia técnica establecidos en el pliego de cláusulas administrativas”* y, en segundo lugar, la desestimación de la reclamación por no incurrir en nulidad los criterios de adjudicación y ser correcta la valoración de las ofertas.

SEXTO.- Con fecha 12 de marzo de 2014, don C.A.O., en representación de “HIDROAMBIENTE, S.A.U.”, presenta escrito de alegaciones en el que afirma únicamente que en el procedimiento de adjudicación no se le han admitido todas las mejoras presentadas, detallando las que fueron admitidas, y solicita la desestimación de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 7/2014, de 3 de marzo de 2014, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo del asunto debemos analizar la primera cuestión que plantea el Ayuntamiento de Cortes (en adelante, el Ayuntamiento) en sus alegaciones, referida a su solicitud de inadmisión del licitador “ROJO SOLAR, S.L.” por, según dice, *”incumplir los requisitos de solvencia técnica establecidos en el pliego de cláusulas administrativas”*.

La Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, en adelante LFCP, en sus artículos 58 y 61.1. c), establece como funciones de la Mesa de Contratación la admisión de los licitadores y la posterior apertura de la oferta, salvo la relativa al precio ofertado, que se hará en acto público. En el caso que nos ocupa, la Mesa de Contratación actuante, en ejercicio de esas funciones, procedió a la admisión a la licitación de la reclamante en sesión celebrada 9 de enero de 2014, tal y como se recoge en el acta levantada al efecto (antecedente primero). Más tarde, el órgano de contratación notificó a la reclamante la adjudicación del contrato al considerarla, como no podía ser en ese momento de otra manera, un licitador admitido a la licitación.

Ahora la entidad reclamada viene a decir, yendo en contra de sus propios actos, que la reclamante debió ser inadmitida a la licitación y solicita un pronunciamiento al respecto que en ningún caso este Tribunal puede realizar. La función de este Tribunal es meramente revisora de lo actuado por el Ayuntamiento y no le corresponde admitir o inadmitir licitadores ni sustituir a los órganos administrativos en el ejercicio de sus potestades, sino únicamente revisar sus actos previa interposición de la correspondiente reclamación por las personas legitimadas para ello (entre las que no está en este caso el Ayuntamiento), conforme a las funciones que le atribuye la LFCP.

Además, la admisión a la licitación es, sin duda, un acto administrativo favorable para el interesado (la empresa interesada en participar en el procedimiento de adjudicación del contrato y que para ello ha presentado la correspondiente oferta) por lo que la anulación del citado acto administrativo pretendida por quien lo dictó requiere la previa declaración de lesividad y su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, conforme dispone el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de

26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Por ello, este Tribunal no puede entender acerca de la primera cuestión planteada por el Ayuntamiento.

TERCERO.- Dirimida esta primera cuestión, pasaremos a examinar la impugnación formulada por la reclamante.

En el primer fundamento de derecho de la reclamación se aprecia un tórum revolútum en el que la reclamante afirma, por un lado, que el criterio de adjudicación incluido en el PCAP *“Mejora del sistema de tratamiento de la potabilización del agua en la planta”* adolece de nulidad de pleno derecho y motiva su afirmación entremezclándola con la justificación de otro motivo de impugnación: que en la valoración de las ofertas realizada por la entidad contratante en aplicación del citado criterio *“se han aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación”* por lo que, señala más adelante, *“existe una infracción material del principio de igualdad ... merecedora de una nulidad en la valoración del apartado “Mejora”*. Como se puede apreciar, los dos motivos de impugnación señalados son independientes y autónomos por lo que analizaremos cada uno por separado, aunque en la reclamación se mezclen.

CUARTO.- En primer lugar, la reclamante afirma que el criterio de adjudicación *“Mejora del sistema de tratamiento de la potabilización del agua en la planta”* adolece de nulidad de pleno derecho y para justificar su afirmación señala que el PCAP se limita a atribuir al citado criterio 25 puntos, *“sin determinar nada más en relación con los requisitos que deben cumplir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse individualmente a cada una de ellas, ni en función de qué parámetros se haya de otorgar la puntuación a cada una de ellas”*. Ello, sigue diciendo, *“reduce el grado de transparencia en la adjudicación, al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar”*. Por ello, señala, *“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 la “Mejora” ofertada, referida al*

mantenimiento o sistema de tratamiento de la potabilización del agua, pueda interesar al Ayuntamiento de Cortes, concepto indeterminado que sólo puede conocer la Mesa de Contratación, sometida, en este caso, al informe del único técnico conocedor de las propuestas -don (...) y que, por ello, escapa totalmente al conocimiento de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas”.

Finalmente concluye que en tales términos *“es evidente que, en la aplicación de este criterio de valoración, no está garantizada, en la presente licitación, la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas”.*

En relación con estas afirmaciones debemos mencionar la reiterada doctrina recogida en diversos acuerdos adoptados por este Tribunal (por todos el Acuerdo 6/2013, de 16 de mayo) referente a que 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 ejercicio de 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, en este caso, es preciso analizar el criterio de adjudicación cuestionado para comprobar si se ajusta en su redacción a los principios señalados.

QUINTO.- El PCAP que rige la adjudicación del contrato que nos ocupa establece los criterios de adjudicación en su artículo 20, distinguiendo el criterio *“Oferta económica”*, al que atribuye una valoración máxima de 30 puntos, y el criterio *“Oferta técnica”*, en aplicación del cual se podrán otorgar hasta 70 puntos, conforme a lo

establecido, dice, en el artículo anterior, el 19, titulado “*Documentación y contenido de las proposiciones*”.

En este punto debemos poner de manifiesto, aunque el principio de congruencia y la doctrina de los actos firmes y consentidos nos impida resolver acerca de ello, la clarísima infracción que supone la ponderación de ambos criterios establecida en el PCAP ya que el artículo 51 de la LFCP, en redacción dada por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, establece que en los casos en que se utilice para valorar las ofertas el criterio de la oferta más ventajosa, como ocurre en esta licitación, “*se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros*”, y en esta licitación el único criterio en el que se establece valoración mediante fórmulas es en el de la oferta económica (30 por ciento de los puntos).

Dejando a un lado esta infracción, dentro de los amplísimos 70 puntos que el PCAP permite distribuir en la valoración de la oferta técnica mediante la utilización de criterios subjetivos, el apartado 3 del artículo 19 del PCAP dispone que se podrán otorgar hasta 45 puntos en lo referido al apartado que denomina “*Actuaciones complementarias (mejoras)*” que, a su vez se divide en otros dos subapartados. El primero de ellos es “*Ejecución de la obra de cubierta de las instalaciones exteriores de la ETAP*”, al que el Pliego no atribuye puntuación expresamente, aunque una simple resta permite calcularla, y el segundo es el que es objeto de impugnación: la “*Mejora del sistema de tratamiento de la potabilización del agua en la planta (25 puntos)*”. El tenor literal del citado subapartado es el siguiente:

“*2. Mejora del sistema de tratamiento de la potabilización del agua en la planta (25 puntos). Se deberán de detallar las modificaciones que pretende realizar a su costa en el sistema de tratamiento del agua para mejorar más si cabe la calidad del agua.*”

Es claro que en este subapartado que, no lo olvidemos, tiene atribuida una importantísima parte de los puntos a otorgar en la valoración (el 25 %), únicamente se

señala como criterio la *“mejora del sistema de potabilización del agua”*, sin más aclaraciones sobre qué mejoras serán admitidas o no, o con qué criterios ponderados serán valoradas (como pudieran ser, por ejemplo, eficacia, eficiencia, coste, respeto del medio ambiente, etc.). Por ello, la admisión de las mejoras ofertadas por los licitadores y la valoración de cada una de ellas queda en manos de la entidad contratante, sin que los licitadores puedan conocer previamente cómo se va a valorar su oferta. Prueba de ello es que en el informe de valoración técnica de las ofertas (folios 129, 141 y 148 del expediente) el informante utiliza como criterio de valoración uno no establecido en el PCAP, a saber:

“para el calculo de las mejoras, partimos de dar la máxima puntuación, a la empresa que más coste real haya contemplado, y evidentemente que se trate de propuestas basadas en la mejora del tratamiento de potabilización”.

HIDROAMBIENTE, *“por ser la empresa que mayor cantidad dedica, recibe una puntuación de 25 puntos. Las otras se puntuarán en razón inversa a las cantidades económicas ofertadas”.*

Este informe y las valoraciones que contiene son adoptados por la Mesa de Contratación en su reunión de 30 de enero de 2014 y fundamentan la propuesta y la adjudicación efectuadas.

Por lo expuesto, es claro que el criterio de adjudicación impugnado no cumple con los requisitos mínimos señalados en el fundamento anterior, incurriendo en nulidad de pleno derecho al afectar al principio de igualdad de trato a los licitadores. Como hemos señalado en anteriores acuerdos y afirma 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 nuestro caso el artículo 21 de la LFCP) 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”.

SEXTO.- Al incurrir en un vicio de nulidad de pleno derecho, el criterio de adjudicación debe anularse lo que implica la nulidad del procedimiento de adjudicación puesto que, como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003, 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. Como consecuencia de ello, afirma el Tribunal “*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.*” Por ello, la reclamación debe estimarse y anularse los actos recurridos, lo que conlleva que la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

Anulado el criterio de adjudicación, pretensión principal de la reclamante, no procede entrar en el análisis de las demás cuestiones subsidiariamente alegadas, que

derivan de la aplicación del criterio de adjudicación declarado nulo, que origina la nulidad del procedimiento.

SÉPTIMO.- Finalmente, “ROJO SOLAR, S.L.” también impugna la adjudicación por otro motivo, que pasaremos a examinar a continuación.

La reclamante afirma que *“La valoración técnica referida a la "descripción del proceso a seguir en la ejecución del contrato" es contraria a derecho y, por ello, el acuerdo de la valoración técnica de la Mesa de Contratación, de fecha 30 de enero de 2014, está viciado de nulidad del apartado a) del artículo 62.1 de la LRJPAC”*. El apartado 2 del artículo 19 del PCAP establece este criterio de adjudicación en los siguientes términos:

“2) Descripción del proceso a seguir en la ejecución del contrato (Programa de Trabajo). Explotación, mantenimiento, conservación y conocimiento de las instalaciones del Ayuntamiento de Cortes. (Se valorará con un máximo de 20 puntos)”

Examinado el informe técnico de valoración de las ofertas (páginas 86 a 150 del expediente) se comprueba que el informante hace un exhaustivo relato del contenido de las ofertas presentadas para luego valorar, aplicando sus conocimientos técnicos y justificándolo en el documento, cada una de ellas. En este ejercicio de valoración se han seguido los criterios definidos por el PCAP, es decir, se ha valorado la descripción del proceso teniendo en cuenta la explotación, el mantenimiento, la conservación y el conocimiento de las instalaciones y sin tener en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Por ello, siendo únicamente competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración y que en la misma no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla, una vez comprobado esto no es posible que este Tribunal sustituya un juicio técnico por otro. Por ello, procede desestimar la pretensión de la reclamante en este punto.

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. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por don G.A.I., en representación de “ROJO SOLAR, S.L.”, frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cortes, de fecha 17 de febrero de 2014, por el que se adjudica a la empresa “HIDROAMBIENTE, S.A.U.” el contrato de prestación de servicios de gestión técnica, mantenimiento y conservación de las instalaciones de abastecimiento de agua potable (ETAP), anulando el Acuerdo citado y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este Acuerdo a don G.A.I., en representación de “ROJO SOLAR, S.L.”, al Ayuntamiento de Cortes y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. 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, 24 de marzo de 2014. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.