



Expte. 9/2014

ACUERDO 16/2014, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don F.J.L.F., en representación de la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obras Públicas, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de obras de ejecución de los proyectos de "Rada. Renovación conducción maestra", "Rada. Renovación redes resto calles", "Rada. Pavimentación resto calles" y "Renovación de instalación de alumbrado público exterior 3ª fase. Anexo (obra civil)".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de marzo de 2014 el Ayuntamiento de Murillo el Cuende publicó el anuncio de licitación del contrato de obras de ejecución de los proyectos de "Rada. Renovación conducción maestra", "Rada. Renovación redes resto calles", "Rada. Pavimentación resto calles" y "Renovación de instalación de alumbrado público exterior 3ª fase. Anexo (obra civil)".

SEGUNDO.- El 13 de marzo de 2014 la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obras Públicas (en adelante, ANECOP) presentó reclamación en materia de contratación pública frente al pliego del citado contrato solicitando se declarase la nulidad de las cláusulas 6ª, 7ª y 28ª párrafo 2º, exigiendo como medida cautelar la suspensión del procedimiento de licitación.

El recurrente cuestiona, en primer lugar, que el condicionado no permite la interposición de reclamación en materia de contratación pública. Así la cláusula 28ª párrafo 2º establece:

“No procede la reclamación en materia de contratación pública regulada en los artículos 210 y siguientes de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, de conformidad con el artículo 232.2 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra”.

En relación a los criterios de adjudicación fijados y aplicados en el pliego de condiciones administrativas del contrato, alega el recurrente, que existe confusión de los medios para acreditar la solvencia de los licitadores con algunos de los criterios de adjudicación, en particular, respecto de los medios personales a destinar al contrato.

Solicita se declare la nulidad del criterio de adjudicación, relativo a la proposición técnica que valora, entre otras, las obras complementarias que mejoren la viabilidad y urbanización de vías urbanas del entorno que sirvan de utilización alternativa, fundado en los requisitos que para las mejoras establece el artículo 51.1.b) LFCP.

Cuestiona también la valoración de la ampliación de coberturas durante el plazo de garantía, aplicando 5 puntos al proyecto de conservación y policía de las obras y 5 puntos a otras actuaciones complementarias durante el plazo de garantía, por su carácter genérico y ambiguo.

En relación a los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas y los criterios objetivos, alega que no se ha cumplido el artículo 51.1 LFCP, pues solamente el 15% de los criterios de valoración han sido fijados conforme a fórmulas, vulnerando el mínimo del 50% fijado en la LFCP.

TERCERO.- El día 17 de marzo de 2014 se dicta el Acuerdo 10/2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se admite a trámite la reclamación interpuesta y se solicita al órgano de contratación la aportación del expediente.

CUATRO.- La entidad recurrida presentó el expediente sin formular alegaciones frente a la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 10/2014, de 17 de marzo, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- En cuanto a la cuestión de fondo planteada en la reclamación, se señala por la reclamante que el condicionado no permite la reclamación en materia de contratación pública por la cláusula 28 del condicionado.

Ello constituye una clara ilegalidad que no impide el uso de este medio de recurso. Y ello porque su uso no es disponible. Tras el dictado de la Ley Foral 4/2013, de 25 de febrero, por la que se modifica el Título VI de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local (en adelante LFAL), la reclamación en materia de contratación no es disponible por el condicionado, como hasta entonces ocurría.

El artículo 232 de la LFAL establece: *“las empresas y profesionales interesados en la licitación y adjudicación de contratos públicos podrán solicitar la adopción de medidas cautelares y la presentación de reclamaciones en materia de contratación pública en los términos previstos en la legislación foral en materia de contratación pública.”*

Por su parte, el artículo 210 de la LFCP permite interponer la reclamación en materia de contratación pública ante cualquier actos de trámite o definitivos dictado por una entidad sometida a la Ley Foral en un procedimiento de adjudicación, con carácter general.

En definitiva, debe tenerse por no puesta la prescripción de la cláusula 28 del condicionado y por admitido el recurso de ANECOP frente a la licitación impugnada.

TERCERO.- En cuanto a la supuesta confusión entre criterios de solvencia y criterios de adjudicación que alega la recurrente por el hecho de exigir que entre la documentación administrativa y también para la aplicación de los criterios de adjudicación se incluya documentación relacionada con los medios a destinar al contrato debe señalarse que, ciertamente, el pliego incurre en clara ilegalidad por este motivo.

Dentro del contenido mínimo del sobre nº 1 se exige, en lo que aquí interesa, *“La relación detallada y concreta de maquinaria, material, resto de equipo técnico y plantilla con organigrama de dependencias, con que cuenta el licitador para ejecutar la obra, junto con un compromiso formal de mantener estos medios a lo largo del periodo de ejecución del contrato, debiendo ser suficiente a juicio de la mesa de contratación.”*

Además dentro del sobre nº 2 el condicionado exige que se incluyan los *“ D) Medios personales (10 p) que se adscriban a la ejecución de la obra. Medios personales asignados a la obra y la experiencia acreditada en trabajos de similares características del jefe de obra y el encargado que se propongan por el oferente.”*. Medios que se valoran en la cláusula 6.2 sobre la base de la anterior documentación con 10 puntos.

Una primera cuestión, además de la evidente duplicidad de localizaciones de la documentación respecto a los medios personales es que con carácter general estos constituyen medios de solvencia, o, en su caso condiciones de ejecución y no criterios de adjudicación.

Como señalábamos en nuestro Acuerdo 49/2013 de 17 de diciembre de 2013 la solvencia técnica pretende garantizar que el licitador concurrente reúne la adecuada capacidad técnica y profesional y, en definitiva, que dispone de la aptitud necesaria para la ejecución de los contratos. Los medios que cabe exigir para ello son exclusivamente los previstos en el artículo 14 de la LFCP que derivan de los enumerados en el artículo

48 de la Directiva 2004/18/CEE (sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Transporoute).

Se trata de la primera fase del procedimiento de adjudicación que consiste en verificar la aptitud de los operadores económicos admitidos al procedimiento de contratación mientras que la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos (Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña). Ello siguiendo fundamentalmente la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C 31/87 - "Beentjes"). Por ello se comprende que el Acuerdo 18/2013 de 29 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra enfatizara en el carácter bifásico del procedimiento o en el secreto de proposiciones respecto de documentación administrativa y técnica, sin perjuicio de que la confusión entre ambas fases solo causa vicio de nulidad cuando lo que se desvela es la oferta económica – única protegida en la LFCP con el carácter de secreto (artículos 52.2 y 189.3 de la LFCP).

Los criterios de solvencia deben reunir los siguientes requisitos: figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio del contrato, ser criterios determinados y no meras generalidades, estar relacionados con el objeto y el importe del contrato, encontrarse entre los enumerados en el artículo 14 de la LFCP, y asegurar que en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio. Además, el nivel de solvencia será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación y al importe de aquel. Véase al respecto el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 36/07, de 5 de julio de 2007.

Por su parte, los criterios de adjudicación tienen como función servir de base para seleccionar a las ofertas más ventajosas de las admitidas. El Tribunal Supremo los define – Sentencia de 18 de febrero de 2002 – como las pautas, parámetros o directrices según los cuales la Administración va a valorar y seleccionar la oferta que en su

conjunto ofrezca mayores ventajas para la ejecución del contrato.

El artículo 51 de la LFCP permite adjudicar el contrato tomando en cuenta exclusivamente el precio ofertado u otros criterios que permitan determinar la oferta más ventajosa. En este segundo caso requiere que los criterios estén definidos de forma precisa, especificando su importancia relativa y obliga a que estén vinculados con el objeto del contrato y obliga a que un mínimo del 50% del total pueda obtenerse por la mera aplicación de fórmulas. No deberán hacer referencia a características de las empresas licitadoras – pues entonces estaríamos ante un criterio de capacidad o solvencia – y en definitiva, deberán ir dirigidos a determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa.

Finalmente, debe aludirse a las condiciones de ejecución del contrato que pueden venir previstas tanto en el pliego de condiciones administrativas como, más normalmente, en el pliego de prescripciones técnicas, que son obligaciones que se introducen para el adjudicatario del contrato y cuya razón de ser es su necesidad para la ejecución correcta del mismo o por la introducción de mejoras fundamentales con respecto a su objeto.

En el caso que nos ocupa, si se pretendía exigir como solvencia los medios a destinar a la ejecución del contrato fue necesario establecer un umbral de solvencia.

La Directiva 2004/18/CEE afirma tajantemente al respecto de los criterios de solvencia que *“conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y los medios que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen dichos criterios. Siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador ha de estar obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato.”*

En consonancia con lo expuesto, el apartado 2 del artículo 44 de la misma Directiva dispone que los poderes adjudicadores podrán exigir los niveles mínimos de capacidades que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos *“deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato”* y *“se indicarán en el anuncio de licitación”*.

En este sentido, nuestro Acuerdo 1/2014, de 24 de enero afirmaba que *“para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia. A estos efectos, la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 13 y 14 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de las asistencias que se pretenda contratar (artículo 14.2 LFCP).”*

Si el Ayuntamiento reclamado pretendía establecer como criterio de solvencia los medios personales, maquinaria, etc., debió identificar un umbral mínimo de solvencia. De lo contrario, queda a su arbitrio determinar qué licitador reúne la aptitud para concurrir a la licitación, vulnerando los principios de igualdad y transparencia que deben regir la licitación.

Por otra parte, con carácter general, no cabe valorar el personal como criterio de solvencia y como criterio de adjudicación. En nuestro Acuerdo 4/2013 de 16 de mayo, pusimos de relieve que considerábamos adecuada la existencia de un compromiso de adscripción de personal como criterio de solvencia siempre sólo en el caso de que existiese un mínimo de personal requerido, conforme permite el artículo 14.1.c) LFCP

(véase Acuerdo 29/2012, de 26 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón), pero cuestión distinta es que un idéntico criterio aspecto pueda ser un criterio de solvencia y un criterio de adjudicación (Véase Acuerdo 2/2012, de 5 de marzo, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra).

Consideramos que solo es válido emplear el criterio enjuiciado las cuestiones enjuiciadas como criterio de solvencia y de adjudicación si los medios el criterio de adjudicación que se ofertan suponen un añadido, un plus de valor, al equipo mínimo establecido como criterio de solvencia técnica. En este sentido se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 40/2011 de 14 de julio que determina que *“teniendo en cuenta que la adscripción de personal cualificado puede incidir directamente en la calidad de los trabajos a ejecutar este Tribunal considera que no es contrario a derecho establecer como criterio de adjudicación el del equipo técnico adscrito a la obra, por encima del equipo mínimo requerido en concepto de solvencia.”*

Aunque hubiera sido viable, eEn el criterio de adjudicación enjuiciado no se indica de forma clara cómo se va a efectuar la valoración. Como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues 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.

En definitiva, tanto el criterio de solvencia que exige la relación de maquinaria, material, resto de equipo técnico y plantilla como el criterio de adjudicación referido al personal a destinar al contrato son contrarios a Derecho y conducen a la estimación del recurso.

CUARTO.- En cuanto al criterio de adjudicación referido al plan de vigilancia y gestión ambiental al que el condicionado dota de 10 puntos, señala la recurrente que se trata de un requisito de solvencia y no de un criterio de adjudicación.

Basa su argumentación en el hecho de que el artículo 14.2. g) de la LFCP recoge como criterio de solvencia técnica o profesional *“la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el licitador es capaz de ejecutar, en los casos en que sea procedente, para la adjudicación de contratos de obras y asistencia.”*

Sin embargo, ello no resulta para este Tribunal tan claro como lo es para la recurrente. El precepto permite exigir la acreditación del cumplimiento de normas de gestión medioambiental (certificados ambientales), la experiencia ambiental en el contrato que se va adjudicar, la presencia en el equipo profesional de personas con experiencia y capacitación en materia medioambiental, o contar con equipos técnicos adecuados para garantizar la protección del medioambiente. Con el criterio de adjudicación se considera lo pretendido es desarrollar las medidas concretas a adoptar en las obras y especialmente el plan de vigilancia en función de *“orígenes y destinos de los movimientos de tierra (préstamos) y para aquellas obras en las que sean significativos”*.

El problema es que la falta de conformidad a Derecho proviene de la falta de identificación de la forma en que se otorgarán las valoraciones, cómo se distribuirán las puntuaciones y qué cuestiones se tendrán en cuenta. Todo ello, conlleva una vulneración del principio de transparencia e igualdad. Así lo pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 34/2013, de 16 de octubre de 2013.

QUINTO.- El recurrente alega también la ilegalidad de la existencia de un criterio de adjudicación denominado *“medidas complementarias”* considerando que se trata de una mejora que no guarda relación con el objeto del contrato. El criterio permite la introducción de mejoras dirigidas *“al mejor cumplimiento de los servicios, Equipamiento del servicio que mejore la funcionalidad de la obra, sustitución de algún elemento del equipamiento por otro de mayor resistencia o calidad, obras*

complementarias, que mejoren la viabilidad y urbanización de vías urbanas del entorno que sirvan de utilización alternativa”.

Además cuestiona que, la letra f) de la "proposición técnica" (sobre 2) valore con 10 puntos la ampliación de coberturas durante el plazo de garantía, adjudicando 5 puntos al proyecto de conservación y policía de las obras y 5 puntos a "*actuaciones complementarias durante el plazo de garantía*".

En relación con estos dos criterios, debemos adelantar que su ilegalidad proviene de su falta de relación con el objeto del contrato – en el caso de las "*medidas complementarias*"–, pero además, fundamentalmente por la evidente generalidad en su concepción.

Este Tribunal en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre) puso de manifiesto 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.

Las mejoras deben de guardar relación directa con el objeto del contrato y deberán estar suficientemente definidas en los pliegos y perfectamente determinado el modo de cuantificarlas a efectos de que los licitadores puedan conocer en el momento de elaborar sus ofertas cómo van a ser baremadas, pues de lo contrario la discrecionalidad sería exorbitante.

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 este sentido, es indudable que, 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”.*

En definitiva, vista la dicción literal del precepto enjuiciado, procede declarar la nulidad de la cláusula relativa a la valoración de las mejoras.

SEXTO.- Cuestiona la recurrente que la mayor parte de los criterios son criterios de los que podríamos conocer como “subjetivos” o, más propiamente dichos, sometidos a juicio de valor, en detrimento de la exigencia legal de que el 50% de ellos sean objetivos.

En efecto, el pliego relaciona distintos criterios de adjudicación: 15 puntos oferta económica y 85 puntos oferta técnica. De éstos tan solo los 15 puntos de la oferta

económica no son susceptibles de juicio de valor pues se calculan mediante una fórmula.

El artículo 51 de la LFCP, en su redacción dada por la Ley Foral 3/2013, 25 febrero establece que:

“1. Los criterios en los que se basará la adjudicación de los contratos serán:

- a) Exclusivamente el precio ofertado.*
- b) En los restantes casos, para determinar la oferta más ventajosa 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. (...)*”

En definitiva, la cláusula enjuiciada resulta ilegal conforme al tenor del apartado 1.b del precepto aludido.

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 la reclamación presentada por don F.J.L.F., en representación de la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obras Públicas (ANECOP), frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de obras de ejecución de los proyectos de "Rada. Renovación conducción maestra", "Rada. Renovación redes resto calles", "Rada. Pavimentación resto calles" y "Renovación de instalación de alumbrado público exterior 3ª fase. Anexo (obra civil)", anulando el procedimiento de licitación..

2º. Notificar el presente Acuerdo al reclamante, al Ayuntamiento de Murillo el Cuende y al resto de los interesados en el 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, 3 de abril de 2014. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.