TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 4/2020

ACUERDO 12/2020, de 14 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Irañeta de 9 de enero de 2020, por el que se adjudica el contrato de "*Obras del nuevo depósito regulador de Irañeta*" a la empresa EREGI, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Irañeta publicó el 29 de noviembre de 2019 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras para la construcción del nuevo depósito regulador en el municipio.

A dicha licitación concurrieron las siguientes empresas: AEPUNTOCON, S.L.; PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES BERAZA, S.L.; SASOI ERAIKUNTZAK, S.L.; ERKI CONSTRUCIÓN SOSTENIBLE, S.L.; EREGI, S.L.; y FLORENCIO SUESCUN CONSTRUCCIONES, S.L. Todas las empresas fueron admitidas a la licitación.

La Mesa de Contratación procedió a la apertura y valoración, en primer lugar, de la documentación contenida en el sobre B, relativa a los criterios de adjudicación no cuantificables mediante fórmulas y, con posterioridad, a la del sobre C, relativa a la oferta económica y demás criterios cuantificables mediante fórmulas.

La cláusula 12ª del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato establece como segundo criterio de adjudicación el relativo a los "Aspectos Sociales" (10 puntos). Dicho criterio se subdivide en dos, valorándose con hasta 6 puntos a los licitadores que

certifiquen tener en su plantilla trabajadores con contrato indefinido, y con hasta 4 puntos la justificación de haber realizado acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y de conciliación reconocidos en la normativa vigente y en el convenio correspondiente.

La mercantil ERKI CONSTRUCIÓN SOSTENIBLE, S.L. (en adelante ERKI), obtuvo una puntuación de 1 punto en el segundo de los subcriterios señalados, mientras que la mercantil EREGI, S.L. (en adelante EREGI) obtuvo 4 puntos.

Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Irañeta de 9 de enero de 2020, se adjudica el contrato a la empresa EREGI, haciéndose constar que la puntuación total obtenida por dicha empresa es 84 puntos, mientras que la de ERKI es 81,31 puntos. Dicho Acuerdo fue trasladado a esta última empresa el 10 de enero.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de enero de 2020, ERKI ha interpuesto una reclamación especial en materia de contratación frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Irañeta por el que se adjudica el citado contrato de obras.

Con fecha 20 de enero se requirió a ERKI la subsanación de su reclamación, al objeto de que aportara la “copia de la comunicación, notificación o indicación de la publicación del acto objeto de impugnación, señalando el procedimiento en que haya recaído dicho acto”, conforme a lo exigido en el artículo 126.2.a) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP). Dicho requerimiento fue debidamente atendido el mismo 20 de enero.

La mercantil reclamante manifiesta su disconformidad con la valoración y con la puntuación atribuida en el apartado de Igualdad y Conciliación del criterio de adjudicación de “Aspectos Sociales”. Señala, a este respecto, que el 10 de enero solicitó la revisión de la valoración efectuada, reafirmándose el Ayuntamiento de Irañeta en la misma el 15 de enero.

Manifiesta la reclamante que "*el contenido del pliego es claro, conforme a los criterios de interpretación de contenidos tanto normativos como valorativos, la interpretación prevalente es el contenido literal de la norma o contenido a interpretar. En caso de ser confuso o no estar debidamente recogido, se opta por aplicar la filosofía de su contenido*".

Continúa señalando que la Administración contratante interpreta que "*la valoración es en función de horas dedicadas, en el sentido simple de su computación independiente, sin valorar el esfuerzo de tal práctica. Esta parte, como ha acreditado, sin que exista impugnación alguna al respecto, ha dedicado a la formación de 16 personas, con una hora y media*.

Entendemos que el esfuerzo de esta parte y el coste empresarial de efectuar dicha formación en horas de actividad, deber ser valorado en su conjunto, esto es, por un valor de 24 horas, lo que obtendría la puntuación de 4 puntos y no 1 tan solo".

Se solicita, en atención a lo expuesto, que se modifique la puntuación concedida, atribuyéndosele 4 puntos en el citado subcriterio, y se modifique la adjudicación a favor de la reclamante.

Asimismo, se solicita como medida cautelar la suspensión del acto impugnado, al amparo del artículo 211 de la Ley Foral 6/2006 y de la Ley Foral 2/2018, pese a la previsión de suspensión automática del artículo 210.4, en previsión de posibles perjuicios.

TERCERO.- Con fecha 22 de enero de 2020, el Ayuntamiento de Irañeta ha aportado el expediente de contratación y ha presentado un escrito de alegaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

Tras exponer detalladamente los hechos referidos a la tramitación del expediente de contratación, señala que ERKI presentó, en relación con el criterio de adjudicación cuya valoración se discute, una declaración de haber realizado el 5 de mayo de 2019 una

charla formativa a su plantilla, con una duración aproximada de una hora y media, por lo que dicha formación se encuentra encuadrada entre 0 y 4 horas, valorándose con 1 punto.

Manifiesta, asimismo, que este criterio de valoración se ha utilizado en la misma forma para todas las empresas licitadoras, valorándose en función del número de horas dedicadas a la formación, independientemente del número de empleados que la hayan realizado. Se alude, concretamente, a la oferta de FLORENCIO SUESCUN CONSTRUCCIONES, S.L., donde se han valorado las 20 horas de formación y no las 320 horas que resultarían de multiplicar aquellas por el total del personal de su plantilla (16 personas).

Señala que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna de los pliegos, conforme al artículo 53.1 de la LFCP. Así, en el pliego no se pide ni se recoge que se cuantifique el esfuerzo de la formación, ni el coste empresarial y demás costes inherentes de la empresa, sino que se especifica que la valoración "*se efectuará en función del número de horas dedicadas a la acción*". Continúa señalando que este número de horas, cómo van a ser valoradas, los tramos establecidos y la puntuación que se asignaba por cada uno de ellos, sí está reflejado en el pliego, dando una puntuación exacta al aplicarse.

Por último, señala que el pliego indica que "*las acciones de sensibilización y formación debe estar dirigida a la plantilla que ejecutará el contrato*", por lo que no se establece como criterio de valoración para puntuar el aspecto social el número de personas que deben integrar esa plantilla, o cuantas personas que integran esa plantilla ejecutarán el contrato licitado. Así, "*siguiendo las pretensiones de la empresa reclamante, si bien esos dieciséis trabajadores han recibido la acción de formación de hora y media, tampoco queda acreditado que los dieciséis trabajadores ejecutarían en tal caso la construcción del nuevo depósito regulador de Irañeta*".

CUARTO.- El 22 de enero de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP. Con

fecha 27 de enero de 2020, EREGI ha presentado un escrito en el que formula las siguientes alegaciones:

Señala, en primer lugar, que la redacción del criterio de adjudicación cuya aplicación se discute es claro, haciendo referencia a acciones de sensibilización que se valoran en función del número de horas "dedicadas a la acción". No se realiza, por lo tanto, ninguna referencia al número de asistentes a la acción, ni se exige que el certificado aluda a esta cuestión. Por lo tanto, no cabe contravenir la interpretación literal y clara del criterio, pues en caso contrario se estarían vulnerando los principios de igualdad, transparencia y publicidad.

En segundo lugar, se señala que la entidad contratante ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios de adjudicación, así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de ellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 y de 24 de enero de 2006, "*no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso*".

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, y de acuerdo con su artículo 122.2, son susceptibles de impugnación los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a esta ley foral en un procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de concurrencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, conforme al artículo 123.1 de la LFCP, dado que de estimarse su reclamación resultaría la adjudicataria del contrato.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo planteada con ocasión de la interposición de la reclamación, debe advertirse que existe un límite a nuestra competencia respecto de la pretensión de la reclamante en cuya virtud solicita que este Tribunal modifique la puntuación obtenida concediéndole 4 puntos y en consecuencia se modifique también la adjudicación en su favor.

Al respecto procede recordar la función exclusivamente revisora del Tribunal de la legalidad de los actos impugnados– tal y como pusimos de relieve, entre otros, en nuestro Acuerdo 38/2019, de 24 de abril – en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad de pleno derecho. En consecuencia debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.

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

Efectivamente, tal y como reconoce la reclamante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, la interposición de la reclamación frente a la adjudicación, como es el caso, conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada. En consecuencia procede inadmitir igualmente dicha solicitud.

SÉPTIMO.- Manifiesta el reclamante como único motivo de la reclamación su disconformidad con la valoración y con la puntuación atribuida en el apartado de Igualdad y Conciliación del criterio de adjudicación de "Aspectos Sociales". Alega que ha presentado un certificado que acredita que ha impartido formación de una hora y media a 16 "personas", y por tanto son 24 horas de formación, debiéndosele atribuir 4 puntos en lugar de 1, motivo por el que solicita que se modifique la puntuación concedida y se realice la adjudicación a su favor.

Asimismo, solicita como medida cautelar la suspensión del acto impugnado, al amparo del artículo 211 de la Ley Foral 6/2006 y de la Ley Foral 2/2018, pese a la previsión de suspensión automática del artículo 210.4, en previsión de posibles perjuicios.

El órgano de contratación como ha quedado expuesto en los antecedentes, manifiesta que el criterio de valoración cuestionado se ha utilizado en la misma forma para todas las empresas licitadoras, valorándose en función del número de horas dedicadas a la formación, independientemente del número de empleados que la hayan realizado. Recuerda lo dispuesto en el art. 53.1 de la LFCP referida a la aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna de los pliegos y a la propia literalidad de lo dispuesto en la cláusula en cuestión.

Finalmente la adjudicataria de la licitación argumenta en contra de la reclamación la propia redacción, literal y clara, del criterio de adjudicación que hace referencia a acciones de sensibilización que se valoran en función del número de horas

“dedicadas a la acción” y no en referencia al número de asistentes a la acción, añade a ello la doctrina del pliego como ley del contrato.

Antes de entrar a analizar el concreto motivo de la reclamación procede reproducir la cláusula cuestionada, cuya valoración y puntuación se discute, referida a los “Aspectos Sociales”, criterio valorable mediante la aplicación de fórmula. Dicho criterio, se encuentra previsto en la cláusula 12ª del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato, que establece lo siguiente:

“2ª Criterio: Aspectos Sociales (hasta 10 puntos).

1.- Se valorará con hasta 6 puntos a los licitadores que certifiquen tener en su plantilla la siguiente proporción de trabajadores con contrato indefinido.

De 0 al 25%: 2 puntos.

Del 25 al 50%: 4 puntos.

Mayor del 50%: 6 puntos.

2.- Se valorará con hasta 4 puntos la incorporación por parte de las empresas concurrentes certificado de haber realizado acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y de conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente. La valoración se efectuará en función del número de horas dedicadas a la acción:

De 0 a 4 horas: 1 punto.

De 4 a 8 horas: 2 puntos.

De 8 a 12 horas: 3 puntos.

Mayor de 12 horas: 4 puntos.”

Una vez expuestas las diversas posturas y reproducida en sus estrictos términos la cláusula del pliego cuestionada procede recordar la doctrina de la consideración del pliego como “ley del contrato” lo que supone la vinculación al mismo tanto del poder contratante como de los licitadores que concurren a la licitación. Así lo señala constantemente la doctrina y la jurisprudencia (por todos, el reciente Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, de este Tribunal):

"Se ha de poner de manifiesto que el pliego regulador no ha sido impugnado por ninguno de los interesados en la adjudicación del contrato por lo que su aceptación conduce a que éste sea la verdadera ley del contrato (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2008), como expresión de las relaciones nacidas de la convención de voluntades y al cual se encuentran sometidos tanto los licitadores como el poder adjudicador".

Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 442/2018, de 21 de diciembre *"(...) para dar adecuada respuesta jurídica a la controversia planteada sobre la interpretación de las cláusulas del contrato, conviene destacar que, como ha señalado la jurisprudencia, los Pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen una verdadera ley contractual. Así, la STS de 17-10-2000 (ROJ: STS 7424/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7424) Recurso: 3171/1995 | Ponente: Juan José González Rivas señala que es "doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en los Pliegos de Condiciones, puesto que en la contratación se regulan los derechos y obligaciones de la contrata, dando lugar a lo que se considera la Ley del Contrato (criterio jurisprudencial reiterado desde las sentencias de 29 de enero de 1950, de octubre de 1957, 13 de febrero de 1958, 27 de abril de 1964, 4 de mayo de 1968 y 18 de octubre de 1978, entre otras), teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras".*

En el mismo sentido, la STS, Sec. 7ª, de 25 de junio de 2012, RC 1790/2009, establece que: "Como hemos dicho en las Sentencias de 18 de julio de 2008 (casación 3527/2006) y 13 de marzo de 2008 (casación 3405/2005), los Pliegos Particulares constituyen una verdadera ley contractual, ya que en ellos se articulan las cláusulas

constitutivas de las obligaciones y derechos de las partes que ofrecen para estas carácter de Ley". Esta Sala también acoge esta doctrina en la sentencia nº 209/201, de 4 de mayo de 2017, Rec. 187/2016, entre otras, en la que se establece que: "En definitiva el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos. La relevancia del Pliego es debida a que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en ellos (...)".

A ello debemos añadir, tal y como alega el órgano de contratación, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la LFCP "*las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna*".

Pues bien, partiendo de lo anteriormente expuesto y de la previsión expresa del pliego, que constituye ley del contrato y que ha sido aceptado incondicionadamente, consideramos que la cláusula cuestionada no arroja dudas en cuanto al criterio de valoración y su puntuación que se efectúa "en función del número de horas dedicadas a la acción", atribuyéndose la puntuación atendiendo a tramos de horas.

Por tanto, en contra de lo sostenido por el reclamante, el número de participantes en la formación no es objeto de valoración ni constituye un dato a tener en cuenta para determinar el número de horas. Así, en el acta de la Mesa de Contratación de la sesión celebrada el 8 de enero de 2020, relativa a la valoración del sobre 3 (Criterios cuantificables mediante fórmulas), se señala expresamente que "la valoración se efectúa en función del número de horas dedicadas a la acción de sensibilización y formación, independientemente del número de trabajadores y trabajadoras que lo hayan realizado o tomado parte, tal y como se recoge en el pliego".

Así, tal y como hemos expuesto en referencia a nuestro Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, respecto a la interpretación de los pliegos, resultan de aplicación las reglas previstas en el artículo 3.1 del Código Civil, conforme al cual "*las normas se*

interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". En consecuencia concluíamos en dicho Acuerdo, que "conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Criterio, según el cual, el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma, y que persigue que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible."

En el presente caso, es la propia literalidad del criterio de adjudicación cuya valoración se discute la que lleva a concluir que en su aplicación ha de atenderse al número de horas de impartición de la formación, siendo indiferente a este respecto el número de personas que asistieran a la misma.

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

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

Por tanto, tal como ha quedado expuesto, estando frente a un criterio que se valora mediante la aplicación de fórmula no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración.

Por los motivos expuestos procede desestimar la reclamación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Irañeta de 9 de enero de 2020, por el que se adjudica el contrato de "*Obras del nuevo depósito regulador de Irañeta*" a la empresa EREGI, S.L.

2º. Notificar este Acuerdo a ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L., al Ayuntamiento de Irañeta, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que 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, 14 de febrero de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.