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

Expediente: 36/2019

ACUERDO 44/2019, de 21 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don P. H. F., en representación de "AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº III del contrato "*Suministro de vehículos para la recogida y transporte de residuos. Expediente 2018/SCON-ASU/000064*", por parte de "Servicios de La Comarca de Pamplona, S.A.".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de enero de 2019 "Servicios de La Comarca de Pamplona, S.A." (en adelante, SCPSA) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato "*Suministro de vehículos para la recogida y transporte de residuos. Expediente 2018/SCON-ASU/000064*", dividido en siete lotes. El plazo de presentación de ofertas finalizaba inicialmente el 4 de marzo, pero al publicarse una aclaración de los pliegos el 1 de marzo, el plazo se amplía, finalizando el 8 de marzo. A dicha licitación concurrieron y fueron admitidas las empresas "AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A.", "EQUIPOS FEMAZZ, S.L.", "GEESINKNORBA SPAIN, S.L.U.", "ROS ROCA, S.A.U.", "SERVICIOS INTEGRALES DE VEHÍCULOS URBANOS, S.L." Y "SISTEMAS Y VEHÍCULOS DE ALTA TECNOLOGÍA, S.A.".

SEGUNDO.- Con fecha 12 de marzo la Mesa de Contratación designada al efecto procede a la apertura del sobre nº 2, que contiene las proposiciones no valorables automáticamente, acordando encomendar el informe de valoración de las proposiciones no valorables automáticamente a los miembros de la Mesa que forman parte del Departamento que ha propuesto la licitación. Aportado el informe de valoración, se reúne la Mesa con fecha 14 de marzo y acuerda excluir de la licitación del lote nº III a la mercantil "AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A." por presentar en el sobre B datos que debieron incluirse en el sobre C, vulnerando el carácter secreto de las proposiciones

valorables automáticamente, apreciando que si bien los anexos presentados se corresponden con los inicialmente incluidos en el Pliego, con fecha 1 de marzo se publicó una aclaración corrigiéndolos y ampliando el plazo de presentación de ofertas al 8 de marzo, habiendo presentado su oferta la mercantil el día 4, una vez publicada la corrección. Dicho Acuerdo de exclusión de 14 de marzo es notificado a "AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A." el 14 de marzo de 2019.

TERCERO.- El día 22 de marzo de 2019 don P. H. F., en representación de "AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A.", formula ante este Tribunal reclamación especial en materia de contratación pública frente al citado Acuerdo de exclusión, entendiendo que no es conforme a derecho y que vulnera sus legítimos intereses.

Como motivo de impugnación señala que la actuación de la Mesa al tramitar la modificación del Pliego de 1 de marzo como aclaración fue contraria a Derecho, ya que se trata de una modificación encubierta del Pliego, con la finalidad de evitar la retramitación del expediente. Considera que detectado el error, debía publicarse nuevamente en el DOUE y en el Portal de Contratación de Navarra, reiniciándose el plazo de presentación de ofertas. Además, aduce que tampoco consta que la aclaración, que la reclamante considera una modificación, fuese acordada por el órgano competente.

Respecto a los límites de las posibilidades de aclaraciones de los Pliegos, alega el recurso 333/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, relativo a un asunto en el que el Tribunal considera que se ha tramitado como aclaración lo que en realidad es modificación, ya que no está explicando algo, haciéndolo más comprensible, sino rectificando el error producido en el precio. También indica que cuando el órgano de contratación entendió que procedía la rectificación de los pliegos y anuncios para incluir esos requerimientos, el procedimiento de licitación se encontraba en una fase de tramitación inicial en la que únicamente se había procedido a la publicación de los preceptivos anuncios, por lo que en aras de los principios de economía procedimental y de celeridad, nada impide acordar una rectificación de los pliegos y dar publicidad a dicha modificación con nuevos anuncios en los que se establezcan nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas. Del mismo modo, recoge

que del artículo 75 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la aclaración o rectificación será a cargo del órgano de contratación, debiendo publicarse nuevamente y computarse el plazo de presentación desde que se publique.

Así mismo alega el Acuerdo 30/2016 de este Tribunal, para destacar que lo que ha hecho SCPSA no es la rectificación de un error material o de hecho sino la rectificación de un error sustancial, ya que no se trata de una mera equivocación que se aprecie de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, que se evidencia por sí sola, sino un defecto esencial de los pliegos respecto a en qué sobre se debía aportar la oferta de los licitadores. Aporta también el Acuerdo 5/2017, de 19 de enero de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que recoge a su vez doctrina de varios tribunales, según la cual los pliegos no pueden ser modificados sino a través de los cauces previstos por el ordenamiento, que son el cauce de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, el cauce de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, y el cauce de declaración de lesividad y posterior anulación de los actos anulables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por ello, al considerar que se trata de una rectificación y no una mera aclaración de los pliegos, solicita que se anule el acuerdo de exclusión y todo el procedimiento de licitación en lo referente al lote nº III.

CUARTO.- El 26 de marzo de 2019 SCPSA aporta sus alegaciones a la reclamación, y el 28 de marzo aporta el expediente de contratación. En ellas, en primer lugar, pone de manifiesto que según el artículo 1 de los Estatutos de SCPSA, "*se constituye como sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona que la crea como forma de gestión directa de los servicios públicos que constituyen su objeto*", por lo que SCPSA no es una Administración Pública. Se le aplica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos por hallarse incluida en su ámbito subjetivo del artículo 4.1 e), pero según el artículo 4.2 "*a los efectos de aplicación de esta ley foral se entiende por Administraciones Públicas de Navarra las entidades contempladas en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior*", de modo que entiende que al no ser Administración Pública no se le aplica la normativa que alega la reclamante, concretamente el artículo

75 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 22 de octubre, ya que su artículo 1 establece que "*los contratos que celebren las administraciones públicas con personas naturales o jurídicas se ajustarán a los preceptos contenidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el presente Reglamento […]*".

De este modo, al no aplicársele el artículo 75 del Reglamento, que dispone que "*cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones*", no procede el motivo alegado de que no consta que la aclaración fuese acordada por el órgano competente.

Sostiene igualmente que los cauces de modificación de los pliegos recogidos por el Acuerdo 5/2017 del Tribunal de Contratos de Aragón no le resultan de aplicación, por encontrarse en normativa aplicable a las Administraciones Públicas. Al encontrarse incluida en el ámbito de aplicación de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP) por su artículo 4.1 e), entiende que la normativa de aplicación será la que determina la propia LFCP, que no contiene ninguna disposición del tenor del artículo 75 del Reglamento, únicamente su artículo 46.3 regula las modificaciones significativas de los pliegos, "*La introducción de modificaciones significativas en el pliego o en las condiciones reguladoras conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación*", por lo que considera que, aunque se tratara de una modificación significativa -que no la considera así- no estaría obligada a publicar un nuevo anuncio ni retramitar el expediente; y dado que no la considera significativa, tampoco a abrir un nuevo plazo de presentación de ofertas.

Respecto a la aclaración realizada, defiende que se trata de la rectificación de un error material, ya que los anexos sobre criterios no evaluables automáticamente contenían criterios que el punto A.8 incluía como criterios valorables automáticamente; es decir, los criterios relativos a ergonomía/manejo, que son criterios valorables automáticamente, por error se incluyeron en los criterios no valorables automáticamente. Con objeto de corregirlo, se publicó la aclaración en el Portal de Contratación, por considerarlo como un error material al redactar los anexos, ya que no

cabía otra opción más que entender que, al ser un criterio valorable automáticamente, no correspondía incluir en esos anexos la información.

Además señala que el punto A.7 establecía que "*la inclusión de información referente a la oferta valorable automáticamente en los sobres A y B dará lugar a la exclusión de la empresa en esta licitación*", lo que viene de la exigencia del artículo 97 LFCP de separar la documentación de los criterios cualitativos de los criterios cuantificables mediante fórmulas, lo que considera que apoya su argumentación de que no cabía más interpretación que la indicada en la aclaración.

Por ello, considera su actuación ajustada a Derecho, ya que ha rectificado un error material sin que la LFCP establezca un procedimiento específico para ello, e incluso aunque se considerara una modificación significativa, considera que la ampliación del plazo del 4 al 8 de marzo es proporcional a la modificación realizada.

En consecuencia, solicita que se desestime la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta.

QUINTO.- El día 29 de marzo de 2019 se dio traslado a los interesados para que aleguen lo que estimen oportuno, en virtud del artículo 126.5 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, presentándose alegaciones complementarias por parte de SCPSA respecto a las ya presentadas el día 26 de marzo, en las cuales aduce que la reclamación presentada es extemporánea porque aunque la reclamación se interpone frente al Acuerdo de la Mesa de 14 de marzo, el fundamento de la misma cuestiona la aclaración publicada el 1 de marzo, no que la exclusión sea contraria a Derecho, por lo que entiende que si no consideraba conforme a Derecho la aclaración publicada debió haberla impugnado en el plazo correspondiente.

Considera que el plazo para impugnar la aclaración es de diez días a contar desde su publicación, conforme al artículo 124.2 LFCP y el Acuerdo 30/2016 de este Tribunal, que señala que "*lo cierto es que la primera reclamación relativa a las aclaraciones debe quedar excluida del objeto del procedimiento por su extemporaneidad, al haber sido publicada con anterioridad al plazo de diez días de la presentación de la reclamación ante este Tribunal*", por lo que solicita a este Tribunal

que proceda a la inadmisión de la reclamación especial en materia de contratación pública presentada, y en su defecto a la desestimación de la misma.

SEXTO.- El día 2 de abril, a la vista de las alegaciones complementarias presentadas, se da de nuevo traslado a los interesados para que aleguen lo que estimen oportuno en el plazo de tres días hábiles, presentándose alegaciones por parte de "EQUIPOS FEMAZZ, S.L." y la reclamante.

"EQUIPOS FEMAZZ, S.L.", presenta alegaciones como licitadora en dicho lote. Se acoge a los argumentos expuestos por SCPSA, considerando conforme a Derecho la exclusión realizada por el órgano de contratación, y se apoya en el mencionado Acuerdo 30/2016 de este Tribunal, al declarar que "*los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquéllos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones*", y que "*no parece que deba existir obstáculo para que, advertida la necesidad de introducir una variación en los pliegos, por error (incluso de carácter no propiamente material, sino de concepto), incongruencia de los mismos u otra circunstancia análoga, pueda modificarse o subsanarse su contenido si con ello no se producen efectos desfavorables para ningún licitador ni se vulneran los principios rectores de la contratación, muy especialmente los de igualdad o concurrencia*".

Entiende que el error detectado en el anexo del pliego se deduce claramente, al entrar en contradicción con el punto A.8, por lo que en ningún caso puede entenderse como un error sustancial que implique la necesidad de proceder a una nueva licitación. Alega también el Acuerdo 105/2018 de este Tribunal sobre la nulidad absoluta por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que en cierta medida resulta sorprendente ya que dicho motivo no es objeto de la presente reclamación.

Asimismo, al haberse ampliado el plazo del 4 al 8 de marzo, considera que todos los licitadores se han encontrado en igualdad de condiciones. Por todo ello, solicita que se desestime la reclamación especial en materia de contratación pública presentada.

El día 5 de abril, la reclamante presenta nuevas alegaciones dentro del plazo concedido por este Tribunal, a la vista de las alegaciones complementarias presentadas por SCPSA.

En primer lugar, considera que las alegaciones complementarias presentadas por SCPSA deben ser inadmitidas, ya que la LFCP prevé un procedimiento con unos plazos, de modo que si el artículo 126.4 prevé un plazo de dos días hábiles para que el órgano de contratación remita el expediente y sus alegaciones, las alegaciones complementarias que ha presentado fuera de plazo deberán ser inadmitidas por extemporáneas, el mismo tratamiento que recibe una reclamación presentada fuera de plazo.

En segundo lugar, para el caso de fueran admitidas las alegaciones complementarias, le resulta sorprendente que SCPSA equipare la aclaración formulada a un anuncio de licitación a efectos de la reclamación, ya que es palmario que una aclaración no cumple los requisitos de un anuncio de licitación establecidos en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. Considera que SCPSA pretende beneficiarse de su incorrecta actuación, ya que al tramitar incorrectamente la modificación como una aclaración estaría restringiendo las posibilidades de recurso frente al acto de exclusión de la Mesa.

Del mismo modo, atendiendo al artículo 122.2 LFCP, entiende que las aclaraciones a los pliegos no son actos susceptibles de recurso, el acto recurrible es el acto de trámite o definitivo que le excluya de la licitación o perjudique sus expectativas.

En consecuencia, solicita la inadmisión de las alegaciones complementarias, o subsidiariamente su desestimación, y que se proceda a la anulación del procedimiento de licitación del lote nº III por encontrarse viciado por la ruptura del carácter secreto de las proposiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.e) de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopten las sociedades

mercantiles, dependientes de las entidades mencionadas anteriormente, que en su actividad satisfagan fines de interés público y que las Administraciones Públicas financien más de la mitad de su actividad, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SCPSA es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, por lo que sus licitaciones se encuentran sometidas a la mencionada Ley Foral de Contratos Públicos.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 122.1 y 123.1 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 se fundamenta en los motivos legalmente tasados, infracción de las normas de concurrencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP 2018.

QUINTO.- La primera de las cuestiones a dilucidar, con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, se refiere a la admisibilidad de las alegaciones complementarias presentadas por SCPSA.

Como consta en los antecedentes de esta resolución por parte del órgano de licitación se han presentado alegaciones complementarias respecto a las ya presentadas el día 26 de marzo, en las cuales aduce que la reclamación es extemporánea. Por su parte la reclamante se opone a su admisión por considerar que la LFCP, artículo 126.4, prevé un plazo de dos días hábiles para que el órgano de contratación remita el expediente y sus alegaciones, y por tanto las alegaciones complementarias al presentarse fuera de dicho plazo deben ser inadmitidas.

Efectivamente, como esgrime el reclamante, según consta en el art. 126 de la LFCP el procedimiento de reclamación ante este Tribunal sólo prevé que el órgano de contratación aporte sus alegaciones en el plazo de dos días hábiles, tras lo cual se da traslado al resto de interesados, sin contener ninguna referencia o posibilidad de realizar alegaciones complementarias.

Por tanto no se contempla en la regulación procedimental la posibilidad de presentar nuevas alegaciones en cualquier momento distinto del que específicamente se prevé en el citado art. 126, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento administrativo, art. 53.1.e) y 76 de la Ley 39/2015, si bien en ese caso debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 118.1 de dicha Ley que establece que no se tendrán en cuenta hechos, documentos o alegaciones cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no se haya hecho.

Y ello es así puesto que como indica el Tribunal Supremo (STS de 9 de julio de 2012) el silencio de la regulación debe interpretarse en el sentido de excluir tal facultad: "*dicha norma no resulta aplicable a los procedimientos en concurrencia, como es el caso de los procesos selectivos, en los que confluyen intereses de terceros junto con los de los solicitantes; razón por la que los interesados están obligados a presentar la solicitud y acreditar la pretensión de que se trate dentro del periodo inicial establecido para ello, dado que, en otro caso, se introducirían elementos de inseguridad en el desarrollo de tales procedimientos que perturbarían gravemente el principio de igualdad que debe regir en su seno con especial significación*".

A ello debemos añadir que nos encontrarnos ante un procedimiento de trámites tasados y presidido por el criterio de máxima celeridad, en el que se trata de evitar continuos nuevos motivos de oposición y de impugnación entre las partes que llevarían a prolongar excesivamente la duración del procedimiento puesto que la admisión de nuevas alegaciones por una parte, en virtud del principio contradictorio, conlleva necesariamente la obligatoriedad de abrir un nuevo plazo para rebatirlas por las otras partes.

Sin embargo tampoco cabe excluir de plano tal posibilidad si bien deberá hacerse con criterios restrictivos y justificados debido a la complejidad del asunto o al conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo.

En estos casos si podría justificarse la admisión de nuevas alegaciones garantizando en todo caso el principio contradictorio, que obliga a oír a todos los interesados en relación con las nuevas alegaciones.

En este sentido interesa traer a colación nuestro Acuerdo 8/2014, de 10 de marzo, en él indicamos respecto a la admisión de alegaciones extemporáneas lo que sigue:

"SEXTO.- En cuanto al escrito presentado por la reclamante en fecha 3 de marzo de 2014, como cuestión previa, este Tribunal quiere puntualizar que la reclamación en materia de contratación pública, regulada en el Título II de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP) ha sido diseñada por el legislador foral como un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de las entidades adjudicadoras, que se caracteriza por una especial celeridad, imprescindible para que este medio de recurso sea efectivo.

Así, el modo de presentación es exclusivamente telemático, el plazo de interposición es, con carácter general, de 10 días naturales; 2 días hábiles para la fase de subsanación (si fuera necesaria); 3 para la admisión a trámite; 3 para que la entidad recurrida aporte de forma telemática el expediente administrativo junto con la contestación a la reclamación; 3 para el trámite de audiencia a los demás interesados y, finalmente, la resolución que decida la reclamación se debe dictar en el plazo de 20 días hábiles desde la interposición de la misma.

Por ello, el escrito de alegaciones presentado por "AVANVIDA, S.L." en fecha 3 de marzo constituye un trámite no contemplado en el procedimiento de reclamación en materia de contratación pública y, como tal, no debe ser tenido en cuenta, dado que todas las alegaciones que contiene pudieron efectuarse en el momento de presentación de las reclamaciones iniciales y no existe referencia alguna a hechos nuevos o de nueva noticia.

Se podría oponer de contrario que el artículo 210.7 de la LFCP establece la supletoriedad de las disposiciones en materia de recursos previstas en la legislación reguladora del procedimiento administrativo, pero, en este caso, tampoco acudiendo a dicha normativa se puede admitir el escrito de ampliación presentado por

“AVANVIDA, S.L.”, pues el artículo 112.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que “(…) No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho”.

Si bien la reclamante, en sus reclamaciones iniciales, alegaba indefensión al no haber podido acceder al expediente, lo cierto es que dicha afirmación no se ajusta a la realidad, y de ello ha quedado constancia en el Fundamento de Derecho segundo del presente Acuerdo.

No obstante, como quiera que tampoco las nuevas alegaciones contenidas en este extemporáneo escrito cambiarían el sentido desestimatorio del presente Acuerdo, se analizarán sucintamente en aras a desvirtuar la existencia de una hipotética indefensión que pretendiera alegar la reclamante en ulterior instancia.”

La aplicación de lo expuesto al supuesto que analizamos nos lleva a inadmitir las alegaciones complementarias del órgano de contratación porque constituye un trámite no contemplado en el procedimiento de reclamación en materia de contratación pública y, como tal, no debe ser tenido en cuenta, dado que la alegación de extemporaneidad de la reclamación frente a la aclaración pudo efectuarse en el momento de su alegaciones iniciales y no se refiere a hechos nuevos o de nuevo conocimiento.

SEXTO.- A pesar de lo expuesto, con el propósito de evitar una presunta indefensión que fundamente un recurso posterior, analizaremos brevemente las alegaciones complementarias del órgano de contratación en las que únicamente se alega la extemporaneidad de la reclamación por no haber recurrido en plazo tras la publicación de la aclaración. Avanzamos que tal pretensión debe desestimarse.

Como se alega por el órgano de contratación, en nuestro Acuerdo 30/2016 consideramos que cuando el objeto de la impugnación no son los pliegos que rigen la licitación sino las aclaraciones insertadas en distintas fechas en el mismo anuncio de publicación, el dies a quo para el cómputo del referido plazo deberá ser la fecha de publicación de las correspondientes aclaraciones.

Sin embargo, encontrándonos ante plazos preclusivos, dichas aclaraciones deben garantizar que han sido notificadas en forma o constar acreditado su conocimiento, debiendo en todo caso informar de que dicho acto es susceptible de recurso y la posibilidad de ser recurrido: recursos procedentes, plazo para su interposición y órgano ante el que ha de interponerse, al igual que se indica en los pliegos (en este caso cláusula B.16). Sólo si la aclaración se realiza con sujeción a dichos requisitos dará inicio el plazo para la interposición del recurso, con carácter preclusivo, pero garantizando el principio de seguridad jurídica. En caso contrario se considera defectuosa la notificación.

Dicho esto debemos tener en cuenta que según consta en el expediente el plazo de presentación de ofertas finalizaba inicialmente el 4 de marzo. Al publicarse una aclaración de los pliegos el 1 de marzo, el plazo se amplía, finalizando el 8 de marzo. La reclamante presentó su oferta el día 4 de marzo y el Acuerdo de exclusión le fue notificado el 14 de marzo de 2019.

A dichos datos fácticos debemos añadir que la aclaración en cuestión se publicó el 1 de marzo en el Portal de Contratación, en ella en ningún momento se informa de la posibilidad de reclamación, plazo y órgano ante el que interponerse, únicamente se indica lo que sigue:

- Corrección de los Anexos IV.3, IV.4, IV. 5 y de los Anexos V.1, V.2 y V.3. 01/03/2019

  Se han detectado errores en los Anexos IV.3, IV.4, IV. 5 sobre criterios evaluables automáticamente y en los Anexos V.1, V.2 y V.3 sobre criterios no valorables automáticamente en la parte referente a Ergonomía/Manejo. Se incorporan nuevos anexos IV.3, IV.4, IV.5, V.1, V.2 y V.3 corregidos

  - Anexo IV.3 Otros Criterios Valorables Automaticamente Lot(...)
    Tamaño: 41,91 kb
  - Anexo IV.4 Otros Criterios Valorables Automaticamente Lot(...)
    Tamaño: 37,37 kb
  - Anexo IV.5 Otros Criterios Valorables Automaticamente Lot(...)
    Tamaño: 37,16 kb
  - Anexo V.1 Criterios No Valorables Automaticamente Lote II(...)
    Tamaño: 29,42 kb

- Anexo V.2 Criterios No Valorables Automaticamente Lote IV(...)
  Tamaño: 27,01 kb
- Anexo V.3 Criterios No Valorables Automaticamente Lote V.pdf
  Tamaño: 28,61 kb

Por tanto con la aclaración realizada no se ha garantizado conforme al principio de seguridad jurídica que la notificación ha sido fehaciente, con todos sus requisitos, para poder invocar ahora la extemporaneidad de la reclamación puesto que la notificación no fue realizada debidamente hasta la comunicación del Acuerdo de exclusión de 14 de marzo de 2019 que le fue notificado en esa misma fecha como consta en el expediente.

Motivo por el cual debe desestimarse la pretensión de inadmitir la reclamación por estar fuera de plazo.

SÉPTIMO.- Entrando ya en los motivos alegados por la reclamante la primera cuestión es la relativa a la adecuación a derecho de la modificación del Pliego tramitada como aclaración.

La reclamante considera que la actuación de la Mesa al tramitar la modificación del Pliego de 1 de marzo como aclaración fue contraria a Derecho, al tratarse de una modificación encubierta del Pliego, además manifiesta que a través de la aclaración realizada por el órgano de contratación se ha modificado el Pliego en una cuestión sustancial referida a la información a incluir en cada sobre. La modificación que, además, se realiza sin observar el procedimiento establecido preceptivamente, que debería haber incluido un nuevo plazo de presentación de ofertas a fin de que los licitadores hubieran dispuesto del tiempo necesario para formular sus ofertas, invoca a tal fin el art. 75 del RGC y los acuerdos referidos al recurso 333/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Acuerdo 30/2016 de este Tribunal y el Acuerdo 5/2017, de 19 de enero de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Por ello, solicita que se anule el acuerdo de exclusión y todo el procedimiento de licitación en lo referente al lote nº III, por encontrarse viciado por la ruptura del carácter secreto de las proposiciones.

Por su parte el órgano de contratación alega que SCPSA no es una Administración Pública a la que le sea de aplicación el art. 75 del RGC, es una sociedad pública que se rige por el Derecho privado y sólo se le aplica la LFCP porque específicamente se prevé en su ámbito de aplicación. Considera además que se trata de una mera corrección de un error material y cita el art. 46.3 de la LFCP según el cual si se realiza una modificación significativa se tiene que abrir nuevo plazo de presentación de ofertas, sin decir la norma qué plazo, por lo que al haber ampliado la sociedad 4 días considera la misma ajustada a Derecho. Otra de las licitadoras en dicho lote se acoge a similares argumentos a los expuestos por SCPSA.

Nos referiremos en primer lugar a la alegación realizada por SCPSA en la que esgrime su condición de sociedad pública para excepcionar la aplicación del art. 75 del Reglamento General de Contratación, considerando aplicable exclusivamente la Ley Foral de Contratos.

Al respecto hemos de decir que la Ley Foral regula el ámbito de aplicación en su artículo 4, encontrándose el órgano de contratación incluido entre las entidades a que se refiere en la letra e) del apartado 1:

"1. Esta ley foral se aplicará a los contratos públicos celebrados por las siguientes entidades:

e) Las entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, consorcios, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurran conjuntamente estos requisitos:

"1.º Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y no asuman riesgo empresarial.

2.º Que las Administraciones Públicas financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia."

De igual modo interesa traer a colación del art. 34 su apartado 1, párrafo 2º y su apartado 2 de dicha Ley Foral, preceptos incluidos dentro del título I "Disposiciones Generales" en el que se establece el régimen general de la contratación pública aplicable a todos los poderes adjudicadores:

Artículo 34.1, párrafo 2º: *"Estos contratos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta ley foral y sus disposiciones reglamentarias. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado."*

"2. El régimen jurídico de los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no reúnan la condición de Administración Pública será el siguiente:

a) En cuanto a su preparación y adjudicación, los contratos se regirán por esta ley foral.

b) En lo relativo a efectos y extinción les serán de aplicación las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en esta ley Foral sobre condiciones especiales de ejecución, modificación y subcontratación."

SCPSA es un poder adjudicador que efectivamente carece de la condición de Administración Pública conforme dispone el art. 4.2 de la LFCP, sin embargo según hemos expuesto, se le aplica claramente, en cuanto a su preparación y adjudicación, la Ley Foral 2/2018, lo que conlleva necesariamente a que de igual modo se le aplique el régimen supletorio previsto con carácter general cuando no sea suficiente la Ley Foral ni sus disposiciones reglamentarias.

Por este motivo debemos desestimar su alegación en este aspecto ya que desde que la Sociedad inicia el procedimiento de licitación se sujeta a la ley foral 2/2018 y además, supletoriamente, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado que vienen a completar e integrar en su defecto la normativa foral contractual, puesto que la cuestión de fondo, referida a si la modificación realizada al Pliego después de haber sido publicado es una aclaración o una modificación, debe resolverse conforme con la normativa de contratación pública al tratarse de una cuestión de preparación y adjudicación.

La aplicación de la Ley Foral de Contratos implica la sujeción al principio de inalterabilidad de los pliegos después de haber sido publicados, y por tanto los pliegos que rigen la contratación, una vez aprobados, para ser modificados por el órgano de contratación, están sujetos a las previsiones de la citada Ley Foral, concretamente a lo dispuesto en su artículo 46 apartado 3.

Por tanto no cabe servirse del argumento pretendido por SCPSA de ser una Sociedad que no está sujeta a los procedimientos de revisión de oficio de sus actos aplicables a las Administraciones Públicas puesto que lo que no se cuestiona es la aplicación de la Ley Foral de Contratos.

Aclarada la aplicación indefectible de la normativa contractual debemos entrar a analizar si la modificación del pliego tramitada como aclaración por considerarla un mero error se ha realizado conforme a Derecho.

Inicialmente el pliego se publica el 30 de enero de 2019 con un error en los anexos donde describe la información a incluir en cada sobre, en concreto indica que se incluya en el sobre B, referido a la información técnica (criterios no evaluables automáticamente), información sobre criterios de proposición económica, es decir criterios que en el punto A. 8 del Pliego se incluían como criterios valorables automáticamente (la parte referente a Ergonomía/Manejo). Pliego que como consta en el expediente ha sido aprobado con fecha 29 de Enero de 2019 por el Consejo de Administración de SCPSA.

Para subsanar dicho error, el 1 de marzo se publica una aclaración, corrigiendo el error detectado y ampliando el plazo de presentación de ofertas del 4 al 8 de marzo como hemos reproducido en el fundamento anterior. Interesa señalar que, como consta en los antecedentes, la reclamante presentó la oferta el 4 de marzo, después de haberse publicado la aclaración.

Al respecto también interesa reproducir la postura del órgano de contratación: "*Como puede comprobarse, los criterios relativos a la ergonomía/manejo estaban incluidos entre los criterios valorables automáticamente. Sin embargo, por un error a la hora de redactar los anexos titulados criterios no valorables automáticamente, se*

incluyó en los Anexos V.1, V.2 y V.3, el apartado relativo a la ergonomía/manejo y los tres subcriterios objeto de valoración automática. Este error fue advertido por varios licitadores que previamente a la presentación de su oferta lo comunicaron telefónicamente. Con el objeto de que los licitadores que no lo habían advertido también lo conocieran, se procedió a la publicación de la aclaración tanto en el Portal de Contratación de Navarra como en la Sede Electrónica de la Mancomunidad. No se publicó en el DOUE al no prever este tipo de publicación la posibilidad de incluir aclaraciones. No obstante en el propio anuncio del DEUC, al no permitirse la publicación del pliego, se hacía referencia a la dirección de la sede electrónica de la Mancomunidad en la que se publicó la aclaración (…)"

Por tanto se reconoce la existencia del error y su subsanación mediante una aclaración, por considerarlo un error material en la redacción de los anexos.

Expuesto sucintamente el relato de los hechos debemos recordar lo expuesto en nuestro Acuerdo 30/2016 de 17 de junio, en donde se recoge la doctrina del Tribunal Supremo señalando que, para deslindar una rectificación de una modificación, indica que "*los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquéllos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones*".

"*Tales errores materiales aluden, por consiguiente, a meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente de toda opinión, criterio o calificación, al margen, pues, de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica valorativa*".

Por tanto, según pone de manifiesto el Tribunal Supremo, el límite de lo que puede considerarse una aclaración y no una modificación dependerá de si lo que se corrige es un error que se aprecia de una manera evidente, sin que sea preciso acudir a un razonamiento jurídico para apreciarlo, o requiere de una interpretación jurídica.

En la presente reclamación, el Pliego es confuso en su primera redacción, hecho que nadie cuestiona. Así, por una parte indica que la inclusión de información económica en el sobre A o B será motivo de exclusión, mientras que por otra, indica que se incluya la información económica en el sobre B. Por tanto la contradicción induce a un error excluyente. La contradicción, además, para resolverse requiere conocer la Ley Foral de Contratos y aplicar un razonamiento jurídico: acudir al art. 97 de la LFCP en donde preceptivamente se establece que es necesario separar ambas informaciones a la hora de presentar la oferta y el carácter secreto de la parte de la oferta valorable en aplicación de los criterios cuantificables mediante fórmulas:

"*Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.*

La evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realizará en acto interno, pudiendo desecharse las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato. Deberá quedar constancia documental de todo ello.

Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez.

Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura pública de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas. Antes de proceder a la apertura de esta parte de la oferta, que debe permanecer secreta hasta ese momento, se comunicará a las personas presentes la valoración obtenida en el resto de criterios."

No se trata de un error evidente como pretenden el órgano de contratación y el otro licitador que ha presentado alegaciones, puesto que para apreciarlo se deben aplicar razonamientos jurídicos, requiere de una operación valorativa que va más allá de la

simple subsanación de un error material y por tanto este Tribunal considera que no debió tramitarse como una aclaración, sino como una modificación del Pliego, como así se alega por el reclamante.

Al respecto debemos traer de nuevo a colación la doctrina que hemos señalado en diversos de nuestros Acuerdos (por todos Acuerdos 17/2017, 74/2018 y 101/2018) relativa al hecho de que de la consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante como para los licitadores, y la imposibilidad de apartarse del mismo.

Además, una vez aprobados los pliegos por el órgano de contratación, para proceder a su modificación, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 46.3 de la LFCP: *"La introducción de modificaciones significativas en el pliego o en las condiciones reguladoras conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación."*

La consecuencia de todo ello, en aplicación de consolidada doctrina y del art. 46 de la LFCP es que se ha realizado una modificación sustancial del pliego sin ajustarse al procedimiento establecido en la Ley Foral que conlleva necesariamente la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación y que no puede sustituirse por una mera ampliación del plazo inicial del 4 al 8 de marzo puesto que no estamos ante un plazo disponible por el órgano de contratación. Debemos añadir además que como pone de manifiesto el reclamante tampoco consta que la citada modificación fuese aprobada por el órgano de contratación como sí lo fueron los pliegos.

A mayor abundamiento conviene recordar que según indicamos en nuestro Acuerdo 105/2018, citando el Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que recuerda que "*Los diversos Tribunales admiten que en cualquier caso, la ambigüedad u oscuridad en las cláusulas de los pliegos en modo alguno pueden perjudicar a los licitadores, y así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 171/2011, de 29 de junio (Recurso 134/2011), obliga a la Mesa a admitir a un licitador que a consecuencia*

de las contradicciones entre diversas cláusulas de los pliegos, incluyó en un solo sobre y no en dos como establecía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la oferta técnica que no era objeto de valoración y la oferta sujeta a valoración automática"

En dicho Acuerdo se añadía que "*el órgano de contratación no ha conseguido asegurar y garantizar, con tal proceder, la transparencia necesaria para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes pudieran comprender el alcance exacto de las previsiones del pliego en lo que a la formulación de las proposiciones se refiere.*"

Por tanto resulta desproporcionado que un error en la redacción de los pliegos, originado por el órgano de contratación, subsanado mediante una mera aclaración, sin notificación fehaciente y sin sujeción al procedimiento de modificación legalmente previsto, derive en una exclusión del licitador por dicho motivo por lo que este Tribunal considera procedente estimar la reclamación por esta causa.

Por tanto, lo procedente es retrotraer las actuaciones hasta el momento de la aclaración realizada, de tal modo que por el órgano de contratación se proceda a la modificación del pliego mediante el procedimiento adecuado que en todo caso conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas respecto a la licitación del lote III conforme dispone el art. 46 de la LFCP, quedando desechadas las ofertas iniciales.

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. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don P. H. F., en representación de "AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº III del contrato "*Suministro de vehículos para la recogida y transporte de residuos. Expediente 2018/SCON-ASU/000064*", por

parte de SCPSA, y ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento de la aclaración.

2º. Notificar este acuerdo a “AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A.”, a SCPSA, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos y acordar su publicación en la página 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, 21 de mayo de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.