Avda, Carlos III, 4-Nivel 12 31002 PAMPLONA

Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02

E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Expediente: 58/2020

ACUERDO 67/2020, de 17 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de pública interpuesta por SENDARRUBIAS contratación & HERNANDEZ, ARCHITECTURE AND ENGINEERING, S.L. frente a su exclusión del "Concurso de proyectos con intervención de jurado para la redacción del proyecto de construcción de un edificio destinado a la facultad de ciencias de la salud de la Universidad Pública de

Navarra", licitado por la Dirección General de Universidad del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Universidad del Departamento de Universidad, Innovación y Transformación Digital del Gobierno de Navarra, publicó el 9 de enero de 2020 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del "Concurso de proyectos con intervención de jurado para la redacción del proyecto de construcción de un edificio destinado a la facultad de ciencias de la salud de la

Universidad Pública de Navarra".

El plazo inicial para la presentación de ofertas era el comprendido entre el 9 de enero al 7 de abril de 2020, habiéndose modificado el 26 de mayo, abarcando el nuevo plazo entre el 1 y el 26 de junio.

Conforme a la cláusula 12^a del pliego regulador del contrato, los licitadores debían identificarse mediante un lema para preservar su anonimato. Al concurso se

presentaron 35 participantes.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de julio de 2020 se publicaron en el Portal de Contratación las propuestas excluidas, así como las puntuaciones atribuidas a las

propuestas presentadas en el sobre nº 1, anunciándose la apertura en acto público el 17

1

de julio del sobre nº 2, donde consta la identidad de los participantes y la documentación relativa a la solvencia exigida.

Una de las propuestas excluidas es la identificada con el lema "SIMULAR NO DISIMULAR/SIMULATU EZ DISIMULATU".

Su exclusión se produjo por el "Incumplimiento en cuanto a los requisitos energéticos del edificio, ya que en el pliego se excluye expresamente la utilización de Torres de Refrigeración y Calderas de Condensación (base 7 del documento Condiciones Técnicas)".

TERCERO.- Con fecha 27 de julio de 2020, SENDARRUBIAS & HERNANDEZ, ARCHITECTURE AND ENGINEERING, S.L., mercantil que presentó una propuesta bajo el lema antes señalado, interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta frente a su exclusión.

En dicha reclamación se exponen los hechos que han dado origen a la misma, de los que cabe destacar los siguientes:

- 1. Tras el acto de apertura pública que tuvo lugar el 17 de julio, solicitaron al órgano de contratación con fecha 20 de julio, mediante sendos correos electrónicos, el traslado de las causas motivadas de la exclusión de su propuesta, adjuntando estos correos como anexos III y IV de la reclamación.
- 2. El 21 de julio recibieron un correo de respuesta donde se indicaba sucintamente "Incumplimiento en cuanto a los requisitos energéticos del edificio, ya que en el pliego se excluye expresamente la utilización de Torres de Refrigeración y Calderas de Condensación (base 7 del documento Condiciones Técnicas)". Asimismo, se indicaba que "Esperamos poder publicar en el Portal de Contratación las Actas en breve", actas que a día de hoy aún no han sido publicadas. Se adjunta este correo electrónico como anexo V.

Se formulan, a continuación, las siguientes alegaciones:

1°. Que la exclusión de su propuesta resulta "absolutamente injustificada y sin base alguna que la soporte, al no hallarse incursa en ninguno de los supuestos de exclusión establecidos en el Pliego Regulador de Bases Administrativas del Concurso, recogidos en su capítulo 13. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL JURADO, Aparatado 13.2. Funciones del Jurado (...), donde se especifican los causales de exclusión razonadas de las propuestas".

Siendo así que, "el presunto incumplimiento técnico de uno de los innumerables aspectos técnicos y recomendaciones recogidas en el Pliego de Condiciones Técnicas del concurso, no puede de por sí motivar la exclusión de una propuesta", no debiendo tener más consecuencia que una minusvaloración en la valoración técnica en el aspecto señalado, pero nunca su exclusión.

2°. Que el "supuesto incumplimiento aducido es además incierto y no justificado desde el punto de vista técnico", ya que la razón técnica de incumplimiento esgrimida "no se aviene a la realidad de la propuesta técnica presentada, puesto que en nuestra propuesta no se han previsto ni propuesto ni Torres de Refrigeración ni Calderas de Condensación, (...)".

Respecto al Sistema de Refrigeración se señala lo siguiente:

"El sistema proyectado de refrigeración auxiliar no es mediante una torre de enfriamiento. Se trata de un enfriador de fluido en el que el circuito de condensación es cerrado sin posibilidad de que pueda haber riesgos de legionelosis, ya que trabaja de la misma forma que un condensador evaporativo o una enfriadora condensada por aire. El sistema proyectado funciona globalmente como un sistema de enfriadora condensada por aire, ya que el circuito de agua es cerrado.

Al disponer de un sistema de VRV con el intercalado de un anillo de agua y posteriormente un sistema de condensación por aire en circuito cerrado el sistema, se comporta globalmente como un sistema de refrigeración condensado por aire, disponiendo además de la ventaja de poder aprovechar energías residuales. Con esta solución, el sistema proyectado hace que el circuito condense al aire, pero el agua del circuito nunca está en contacto con el aire.

El sistema VRV proyectado se destina para apoyo de las baterías de intercambio de los climatizadores de tratamiento de aire.

Es decir, en ningún caso se emplean las Torres de Refrigeración referidas como causa del incumplimiento técnico argüido."

Asimismo, respecto al Sistema de Producción Térmica para Calefacción, se señala lo siguiente:

"El sistema propuesto para producción de calor para la calefacción, se basa en bombas de calor de condensación por aire conectadas a un circuito cerrado desde donde se conecta una caldera eléctrica para apoyo en caso de emergencia, por lo que no emite productos de combustión a la atmósfera. Es decir, no se emplean las Calderas de Condensación referidas."

Concluye el reclamante señalando que "Entendemos que los sistemas planteados por nuestra propuesta son sistemas sofisticados y de última generación, lo que ha podido llevar al equívoco al técnico o técnicos que lo hayan analizado, pero, en ningún caso incorporan ni las Torres de Refrigeración ni las Calderas de Convección referidas.

Aportamos la Memorias Técnica y de cálculo de estos sistemas presentadas con nuestra propuesta, como Anexos VI y VII."

Se solicitan "las medidas cautelares de acuerdo a lo fijado por el Artículo 125" de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), así como que se estime la reclamación "para poder seguir formando parte de la licitación que nos ocupa junto al resto de los ofertantes".

CUARTO.- Con fecha 27 de julio se requirió la subsanación de la reclamación, al objeto de que se concretara la medida cautelar solicitada y se justificara la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 125 y 126 de la LFCP.

Dicha subsanación se produjo con fecha 28 de julio, señalándose que se solicita la "suspensión del procedimiento de adjudicación del concurso en su momento actual, previamente a la adjudicación oficial del mismo".

QUINTO.- El mismo 28 de julio, este Tribunal remitió al reclamante y al órgano de contratación un oficio relativo a la medida cautelar solicitada, en el que se señala que dicha suspensión opera "*ope legis*", conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, por lo que no procede resolver expresamente la solicitud formulada.

SEXTO.- También el 28 de julio, la Dirección General de Universidad del Gobierno de Navarra aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, dando con ello cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

El órgano de contratación solicita la inadmisión de la reclamación interpuesta, dado que todavía no se ha producido la notificación del acto impugnado, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.2.b) de la LFCP. Señala, asimismo, que el "dies a quo" para interponer la reclamación será el día que se publiquen en el Portal de Contratación las actas del jurado, lo cual todavía no se ha producido.

Subsidiariamente, solicita que se levante la suspensión automática del procedimiento, dado que sólo cuando se dicte la resolución que resuelva este y se publique dicho acto, junto con el informe del jurado y todas las actas, los interesados tendrán conocimiento del expediente en su integridad "para poder realizar la defensa de sus intereses".

Continúa señalando que "el mantenimiento de la suspensión puede producir un perjuicio grave al interés público puesto que impide la realización del acto que precisamente se quiere impugnar".

Por último, señala que "la tramitación de este procedimiento administrativo ya se ha visto retrasada de una manera importante por la suspensión de plazos provocada por la pandemia del COVID, poniéndose en serio peligro la viabilidad del proyecto en el ejercicio presupuestario correspondiente, con el perjuicio que para la administración

pública ello conlleva, puesto que de este contrato se deriva la redacción de un proyecto a realizar en 2020, para una obra que debe iniciarse en 2021".

Respecto al fondo de la reclamación, señala que determinados incumplimientos pueden constituir causa de exclusión de las propuestas, como así quedó reflejado en el acta de la segunda sesión del jurado, celebrada el 1 de julio: "por parte de Juan Bello se plantea la posibilidad de excluir las ofertas por incumplimiento flagrante de la normativa urbanística o de las indicaciones del pliego regulador. El jurado decide que, si existen incumplimientos, es labor de los técnicos que componen el jurado la valoración de dichos incumplimientos".

Señala, asimismo, que dicho incumplimiento aparece previsto como causa de exclusión en la cláusula 13.2.e) del pliego regulador, así como que el jurado consideró que es una contradicción flagrante en el contenido de la propuesta y, por lo tanto, motivo de exclusión, presentar un proyecto que contiene una propuesta técnica medioambiental expresamente prohibida tanto en el pliego como en una posterior aclaración al mismo.

Alude al apartado 7.14, "Instalaciones de producción de frío y calor", del documento de condiciones técnicas, donde en lo relativo a "Fuentes de energía", dice: "En cualquiera de los casos, y con el objeto de limitar la emisión a la atmósfera de partículas nocivas y contaminantes en las ciudades, no serán admitidos sistemas de combustión para estos usos".

Asimismo, en el apartado "Producción de agua fría. Enfriadoras", dice: "En ningún caso se instalarán torres de refrigeración, ni enfriadoras de absorción".

Señala también que el órgano de contratación, en la solicitud de aclaración 110, se refirió a este punto insistiendo en que "(...) lo que no se admitirá en ningún caso son las torres de refrigeración ni las enfriadoras de absorción".

Hace referencia, asimismo, a la memoria de la propuesta presentada por el reclamante, donde se señala lo siguiente:

"El empleo puntual de calderas de baja temperatura y torre de enfriamiento garantizan un SCOP global óptimo" (página 27).

"El así denominado bucle de agua, consta de los siguientes elementos: Lado de condensación del anillo:

- Torres de refrigeración.
- Calderas de baja temperatura de apoyo de funcionamiento a gas.
- Anillo de captación de geotermia" (página 28).

"El agua para calefacción se encuentra a una temperatura entre 18 y 20° C; esta temperatura se consigue mediante una caldera" (página 28).

"La temperatura de agua de condensación, en los meses de refrigeración, se mantiene entre 30 y 35° C y, para conseguir esta temperatura, se requiere la utilización de una torre de refrigeración, para disipar el calor de condensación. Las torres de refrigeración se pueden localizar en la cubierta del edificio, en el interior o adyacente al mismo" (página 28).

Señala que, por lo tanto, los miembros del jurado estimaron, con la información contenida en la memoria, que se producía una incongruencia de la propuesta presentada con el contenido de los pliegos, y decidieron su exclusión.

Por último, se señala que el 22 de julio se produjo la apertura de los sobres nº 2 que no obtuvieron una de las tres máximas puntuaciones, viendo que la oferta del reclamante no presenta ninguna mujer en el equipo, por lo que se decidió acumular el anterior motivo de exclusión con este. Dicho incumplimiento se produce también en la propuesta cuyo lema es EX SITU. Estas circunstancias todavía no son conocidas por los interesados.

Se solicita, en atención a todo lo expuesto, la inadmisión de la reclamación, y subsidiariamente, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento y la posterior desestimación de aquella.

SÉPTIMO.- Por el Acuerdo 64/2020, de 4 de agosto, se denegó la solicitud del levantamiento de la suspensión automática del acto impugnado, formulada por el órgano de contratación.

OCTAVO.- Con fecha 5 de agosto de 2020, se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas, al objeto de que pudieran formular alegaciones o aportar pruebas en el plazo de tres días hábiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.5 de la LFCP, no presentándose alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo susceptibles de impugnación ante este Tribunal los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 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.

Respecto a la interposición de la reclamación dentro de plazo, cabe recordar que ya en el Acuerdo 64/2020, de 4 de agosto, por el que se denegó la solicitud de levantamiento de la suspensión del acto recurrido formulada por el órgano de contratación, se examinó la procedencia de la admisión a trámite de la reclamación por aquel motivo, concluyéndose que la misma se había interpuesto dentro de plazo, sin que resultara preceptivo exigir que el reclamante esperara a la publicación en el Portal de Contratación de las actas del jurado para poder ejercitar su acción.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de concurrencia en la licitación o adjudicación del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Es preciso formular unas indispensables aclaraciones previas acerca del objeto de la reclamación y de los motivos en que se fundamenta su interposición. La primera es que el acto cuestionado es la exclusión de la reclamante del concurso de proyectos para la redacción del proyecto de construcción de un edificio destinado a la facultad de ciencias de la salud de la Universidad Pública de Navarra, conforme a lo resuelto por el jurado designado al efecto en reunión celebrada con fecha 14 de julio de 2020, que, en el proceso de valoración de las ofertas presentadas, en relación con la propuesta cuyo lema es SIMULAR/NO DISIMULAR SIMULATU/EZ DISIMULATU, estima como excluyente el incumplimiento de los requisitos energéticos del edificio, ya que en el pliego se excluye expresamente la utilización de Torres de Refrigeración y Calderas de Condensación (base 7 del documento Condiciones Técnicas).

La segunda de las obligadas precisiones nos lleva a advertir que la entidad contratante en el escrito de alegaciones remitido a este Tribunal en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación añade un nuevo motivo de exclusión apreciado con posterioridad, en relación a la propuesta formulada por la reclamante, consistente en el hecho de no presentar ninguna mujer en el equipo. Motivo de exclusión que, según indica expresamente, no es conocido todavía por los interesados; circunstancia que determina la improcedencia de que este Tribunal se pronuncie sobre su legalidad, pues en caso contrario no se cumpliría con el principio de congruencia dado que dicho motivo no ha sido alegado por la reclamante.

Efectivamente, derivado de los principios dispositivo, de audiencia, contradicción y defensa, determina el artículo 127.2 LFCP "La resolución que ponga término al procedimiento será congruente con la petición y decidirá motivadamente sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio de información previa, pliegos de contratación o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación. Si el Tribunal advirtiera la existencia de nulidad de

pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes, previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días hábiles a los interesados". Deber de congruencia que, como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de noviembre de 2014, se refiere a las pretensiones de las partes, y no a las alegaciones formuladas en su apoyo; e impide a este Tribunal pronunciarse sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes, no pudiendo, en definitiva, apartarse de la causa de pedir y no pudiendo decidir por causa diferente a aquella por la que se pide, aunque lo pedido pudiera ser procedente por la causa distinta, salvedad hecha de la advertencia, de oficio, de la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho previa puesta de manifiesto a las partes en el procedimiento.

Sobre este particular señala la Resolución 109/2017, de 5 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que "El principio de congruencia, recogido en el artículo 47 del TRLCSP supone que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hayan planteado. O sea que la parte dispositiva de la resolución del recurso debe ser concordante con las pretensiones deducidas en los escritos de impugnación incluida la razón de ser de la petición, de manera que el Tribunal se ve vinculado por las pretensiones y su decisión ha de resolver todo y sólo lo planteado, quedando limitada la intervención a las aportaciones de parte sin poder extender el objeto de las actuaciones. Esta práctica es coherente con el mantenimiento de la situación inicial del interesado que no puede verse afectada negativamente más allá de lo invocado en el recurso. La resolución del recurso no puede introducir pronunciamientos sobre cuestiones no discutidas por el recurrente. La obligación de resolver dentro de los límites de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición, impone la obligación formal de someter, en su caso, los nuevos motivos en los que considere que se puede fundar la resolución. Es decir debe haber una adecuación de la resolución respecto del resultado que el recurrente desea obtener, como de los hechos y fundamentos que sustentan la pretensión".

En consecuencia, tal circunstancia no ha sido planteada por la reclamante como motivo de ilegalidad de la actuación de la entidad contratante, por lo que debe quedar al

margen del objeto de la presente reclamación especial, toda vez que ninguna pretensión se ha planteado al respecto que exija respuesta por parte de este Tribunal conforme al deber de congruencia que impone el artículo 127.2 LFCP.

SEXTO.- Planteado en estos términos el debate, la resolución de la reclamación precisa abordar la legalidad de la exclusión de la reclamante del concurso de proyectos convocado, derivada del hecho de que su propuesta incumple los requisitos energéticos del edificio contemplados en el pliego. Decisión que combate la reclamante, por un lado, por considerarla desproporcionada e injustificada al no hallarse incursa en ninguno de los supuestos de exclusión establecidos en la cláusula decimotercera del pliego y, por otro, negando que la propuesta presentada incumpla tales requisitos.

La primera de las alegaciones formuladas precisa dilucidar si el incumplimiento de la citada prescripción técnica prevista en el pliego puede ser motivo de exclusión a pesar de no encontrarse prevista tal consecuencia en el citado documento contractual. Análisis que debe partir del contenido de la cláusula 13.2 de las bases del concurso que, entre las funciones del jurado del concurso de proyectos, contempla "2.-La propuesta razonada de exclusión de aquellos trabajos no admitidos, que se recogerá en acta, y podrá deberse a:

- a) Insuficiencia de la documentación para la adecuada valoración de las propuestas.
- b) Quebrantamiento del anonimato, bien por haber desvelado la autoría por cualquier medio, bien por presentar elementos gráficos identificativos de la identidad del autor de la propuesta.
- c) Cualquier intento de presión o de revelación de la identidad a los miembros del jurado, debidamente acreditado.
- d) Presentación de trabajos ya publicados o divulgados, o divulgación de la propuesta presentada antes de la proclamación de resultados.
- e) Existencia de inexactitudes y contradicciones flagrantes en el contenido de la propuesta.
- f) Presentación de más de una proposición, individualmente o como miembro de un equipo o una o más uniones temporales de empresas".

Como puede observarse, entre las causas de exclusión de los trabajos presentados no se prevé como tal, expresamente, el incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego; si bien, adelantamos ya, ello no es obstáculo para que acreditada la concurrencia de tal circunstancia la exclusión resulte ajustada a la legalidad, tal y como razonamos a continuación.

Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo101/2018, de 4 de octubre – que en la definición del objeto contractual juegan un papel relevante las prescripciones técnicas que tienen que regir la contratación, cuya finalidad es definir las características técnicas de la prestación necesarias para la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, necesarias para la satisfacción de la necesidad pública que, precisamente, justifica la contratación; determinación de los requisitos técnicos de la prestación donde el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad, sin que resulte admisible que las especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores.

De igual modo, señalamos la obligación legal impuesta a los licitadores de que sus proposiciones se ajusten al pliego regulador, también, como es obvio, en lo que a las prescripciones técnicas fijadas en el mismo se refiere. Obligación derivada de la naturaleza contractual del pliego que determina que la totalidad de sus cláusulas son vinculantes tanto para la entidad contratante como para las personas licitadoras; resultando, en consecuencia, que las prescripciones técnicas contenidas en el mismo son exigibles por el órgano de contratación y de obligada observancia por parte de los licitadores que concurran en el procedimiento de adjudicación correspondiente. Y ello en la medida en que de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones recogida en el artículo 53.1 LFCP, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten a las prescripciones técnicas fijadas en el pliego por cuanto ellas configuran las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

Así pues, la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones técnicas del pliego, por lo que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de las mismas en la medida en que en ellas se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

Consecuentemente, caso de no hacerlo así, como pone de relieve el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en su Resolución 823/2018, de 24 de septiembre, resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta por mucho que no se haya previsto explícitamente así en los pliegos de aplicación. Siempre, eso sí, que la contravención o inobservancia de las condiciones técnicas de que se trate tenga la envergadura suficiente para justificar un decisión de tal relevancia; toda vez que como indicamos en nuestro reciente Acuerdo 63/2020, de 3 de agosto, no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, debiéndose tratar de un incumplimiento expreso y claro, referido a elementos objetivos, perfectamente definidos en las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Por lo demás, las propias bases del concurso, entre los motivos de exclusión, prevén la "existencia de inexactitudes y contradicciones flagrantes en el contenido de la propuesta". Causa de exclusión delimitada por referencia a un concepto jurídico indeterminado que, como no puede ser de otra manera, comprende aquellos supuestos en que la propuesta formulada contravenga las condiciones técnicas definidas en el pliego, toda vez que si en tal previsión tiene cabida el rechazo de una oferta que respetando tales condiciones resulte contradictoria, con mayor razón debe amparar tal decisión en supuestos de contravención de las condiciones técnicas previamente fijadas por el órgano de contratación.

Abunda en lo anterior, que la cláusula 2.1 de dicho documento contractual advierte que existe "un reducido número de condicionantes y limitaciones" para dar a los participantes la mayor libertad proyectual posible; señalando que las propuestas se realizarán "conforme a las especificaciones que se describen en el presente pliego regulador y sus anexos"; previsión de la que no cabe sino colegir la obligatoriedad de que los licitadores respeten tales especificaciones en la propuesta a realizar.

Y no sólo eso, sino que en su cláusula duodécima, entre la documentación a presentar en el Sobre 1 de las propuestas, contempla una breve memoria con la justificación de la propuesta que, según se indica expresamente, "deberá justificar fehacientemente el cumplimiento de los objetivos energéticos y medioambientales definidos en el presente pliego regulador, así como todas aquellas medidas adoptadas, que afecten de manera sustancial a la eficiencia energética del edificio y a la calidad medioambiental del mismo, incluyendo los criterios constructivos elegidos, las estrategias pasivas adoptadas y los sistemas activos diseñados para el adecuado comportamiento del edificio". Exigencia que evidencia la especial relevancia que para la entidad contratante tiene, en este caso, el cumplimiento de los objetivos energéticos y medioambientales fijados y, por ende, de los requisitos energéticos a tales efectos previstos las bases y en las condiciones técnicas reguladoras del concurso de proyectos.

SÉPTIMO.- Sentado lo anterior, este Tribunal debe pronunciarse sobre la efectiva concurrencia en la propuesta formulada por la reclamante del incumplimiento de la prescripción técnica controvertida y valorar, en su caso, las consecuencias jurídicas de tal circunstancia; siendo preciso acudir nuevamente a las bases del concurso y al documento de condiciones técnicas para resolver esta cuestión.

Así, la cláusula 2.1 de las bases, en relación con el objeto del procedimiento, establece que "Constituye el objeto del presente concurso de proyectos con intervención de jurado la selección de la propuesta que, de acuerdo con lo establecido en el presente pliego regulador, sea elegida como la mejor considerada para la futura construcción del nuevo edificio de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Pública de Navarra, en la parcela 466 del polígono 3, denominada P2 en el Plan Especial de Reforma Interior del Área Hospitalaria de Irunlarrea, con la mayor conexión funcional posible con el edificio actual.

Se considerará, a juicio del Jurado y de acuerdo con los criterios definidos en las presentes bases, como mejor propuesta arquitectónica la que ofrezca la mejor solución funcional, técnica y estética. Se establecen un reducido número de condicionantes y limitaciones para dar a los participantes la mayor libertad proyectual posible, con el objeto de facilitar la libre expresión de planteamientos arquitectónicos y urbanísticos. Deberán considerarse al mismo tiempo criterios sostenibles y originales, en el marco de cumplimiento de la normativa vigente. Todo ello teniendo en cuenta al

mismo tiempo la eficiencia y el equilibrio en los costes de ejecución material de las obras que garanticen la viabilidad del proyecto.

El órgano de contratación ha contado con la asesoría técnica del Centro Nacional de Energías Renovables para elaborar el pliego ya que se quiere construir un edificio de energía positiva.

Las propuestas se ajustarán a las determinaciones del Plan Especial de Reforma Interior del Área Hospitalaria de Irunlarrea que se encuentra actualmente en tramitación (anexo 4), a la normativa, tanto urbanística como de construcción y será una propuesta realizable en un presupuesto de ejecución material máximo de 19.000.000,00 euros y se realizará conforme a las especificaciones que se describen en el presente pliego regulador y sus anexos."

Por su parte, las condiciones técnicas para la redacción del proyecto y dirección de las obras regulan en su cláusula 7ª los "criterios constructivos" en los siguientes términos: "1.14. INSTALACIONES DE PRODUCCIÓN DE FRÍO Y CALOR

Fuente de energía.

Se pretende diseñar un edificio de consumo energético nulo. Las demandas de calor y frío serán mucho menores que en un edificio convencional, pero existirán.

El proyectista deberá analizar la idoneidad en la elección y en el dimensionamiento de los sistemas de generación de frío y de calor junto con los sistemas de generación de energía renovable, para conseguir el objetivo de edificio de energía positiva.

En cualquiera de los casos, y con el objetivo de limitar la emisión a la atmósfera de partículas nocivas y contaminantes en las ciudades, no serán admitidos sistemas de combustión para estos usos.

Producción de calor.

Los sistemas de generación de calor, se ubicarán en planta -1 o bajo cubierta en función de la Idoneidad de la solución, del diseño del edificio y de los condicionantes del mismo (uso de la cubierta para otros usos, mejora de la eficiencia de los sistemas, diseño del sistema de ventilación...)

La elección de equipos se realizará con el criterio de eficiencia energética y considerando los usos, las demandas y aportes de energías renovables y/o residuales.

Las dimensiones del acceso a la sala permitirán el mantenimiento y sustitución de todos los equipos instalados.

La sala tendrá las dimensiones adecuadas para que se puedan realizar las labores de mantenimiento habituales y las extraordinarias de sustitución de equipos. Producción de frío. Enfriadoras

Para la producción de agua refrigerada para climatización se emplearán enfriadoras de refrigeración por compresión, condensadas por aire. Utilizarán refrigerante con cero agotamiento a la capa de ozono y muy bajo potencial de calentamiento global, PCA.

En ningún caso se instalarán torres de refrigeración, ni enfriadoras de absorción.

Para la elección de equipos, y en fase de proyecto. se hará un estudio justificativo. Este estudio complementará al de producción de calor y analizará la posible instalación de bombas de calor.

Sistemas de generación de energía renovables.

Se priorizarán los equipos de energía renovables basados en tecnología fotovoltaica y solar térmica. No obstante, indiferentemente de los sistemas propuestos, deberá justificarse su elección, así como su dimensionamiento y su producción."

Además, una de las aclaraciones que realiza la entidad contratante a consultas formuladas por los licitadores durante el plazo de presentación de ofertas está relacionada con la cuestión que nos ocupa, reiterándose la prohibición de utilizar las soluciones técnicas citadas. Efectivamente, según consta en el expediente, el 17 de junio se publicó en el Portal de Contratación la aclaración nº 14, a la consulta 110-02 formulada como sigue: "En el documento pdf de Condiciones Técnicas, apartado "7.14. INSTALACIONES DE PRODUCCIÓN DE FRÍO Y CALOR, Producción de frío. Enfriadoras", se comenta: Para la producción de agua refrigerada para climatización se emplearán enfriadoras de refrigeración por compresión, condensadas por aire. Utilizarán refrigerante con cero agotamiento a la capa de ozono y muy bajo potencial de calentamiento global, PCA. Se solicita aclarar si es posible el uso de enfriadoras condensadas por agua". Publicándose como respuesta que "De acuerdo a los pliegos, para la producción de agua refrigerada para climatización se emplearán enfriadoras (producción solo frío) por compresión, condensadas por aire, no obstante esta limitación solo es aplicable a las enfriadoras, y no a las bombas de calor. Lo que no se admitirá en ningún caso son las torres de refrigeración ni las enfriadoras de absorción".

Sobre el alcance de las respuestas a consultas formuladas por los licitadores las propias bases del concurso prevén en su cláusula tercera, no sólo su publicación en el Portal de Contratación de Navarra, sino que "Tanto las cuestiones planteadas como las respuestas de las mismas serán facilitadas al Jurado en el momento de su constitución a efectos interpretativos de las bases". Siendo esto así, lo cierto es que todos los licitadores, antes de formular sus propuestas, conocían no sólo que no se admitían las torres de refrigeración ni las enfriadoras de absorción, sino que tal limitación constituía una de los parámetros a tener en cuenta por el jurado a la hora de valorar las propuestas presentadas.

Así pues, tanto los términos de las prescripciones técnicas transcritas como los de la aclaración publicada resultan de claridad meridiana cuando indican de manera expresa que en relación con las instalaciones de producción de frío a contemplar en las propuestas en ningún caso son admisibles soluciones que se basen en torres de refrigeración ni en enfriadoras de absorción. De hecho, en ningún momento cuestiona la reclamante que el condicionado técnico del pliego prohíba que las propuestas incorporen las soluciones técnicas indicadas, reconociendo implícitamente tal circunstancia cuando fundamenta su reclamación en que el incumplimiento apreciado no es cierto por cuanto su propuesta no ha previsto dichas instalaciones.

Llegados a este punto, debemos advertir, como hicimos en nuestro Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, que entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto, de donde las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable; pudiendo haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.

Descendiendo al caso concreto, la prescripción técnica cuyo cumplimiento se cuestiona, a la vista de los términos en que está formulada en las condiciones técnicas y de la aclaración publicada sobre tal extremo, merece la calificación de obligatoria habida cuenta que la prohibición de que las propuestas contemplen torres de refrigeración o enfriadoras de absorción, además taxativa, tiene como finalidad alcanzar el objetivo establecido por la entidad contratante de que la demanda de frío y calor sea menor que en edificios convencionales, de forma que en caso contario tal objetivo energético no se alcanzaría y, por tanto, tales soluciones no pueden reputarse idóneas para la satisfacción de las necesidades que justifican la contratación. Siendo esto así, su inobservancia no puede sino determinar la exclusión de la oferta; sin que tal decisión pueda, en atención a lo razonado, ser calificada de desproporcionada, sino todo lo contrario, toda vez que otra solución - tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496 -99) – resultaría contraria a los principios de igualdad de trato y transparencia que deben imperar en la contratación pública.

OCTAVO.- Alcanzada la anterior conclusión relativa a la procedencia de la exclusión de aquellas propuestas que contravengan la limitación que impone el pliego en relación con las instalaciones de frío y calor, cumple analizar si, efectivamente, la propuesta de la reclamante incurre en tal incumplimiento, como sostiene la entidad contratante; oponiendo, de contrario, la reclamante que no cabe apreciar tal circunstancia toda vez que su propuesta no prevé ni torres de refrigeración ni calderas de condensación, sino unos sistemas más sofisticados y de última generación, descritos en la memoria técnica aportada, que han podido llevar a equívocos a los técnicos que la han analizado.

Debemos poner de relieve, en primer término, que esta materia, dada su especificidad, queda enmarcada en el ámbito de discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores de la Administración, cuyos criterios gozan de la presunción de acierto y certeza, salvo prueba en contra que evidencie error o arbitrariedad en la decisión o juicio emitido. Debiéndose tener en cuenta, además, que en el caso concreto, la objetividad en la valoración de las propuestas se ve reforzada por el hecho de que todos los vocales del jurado designado son, conforme a lo dispuesto en la cláusula 13.1 de las bases, titulados especialistas en la materia sobre la que versa el concurso de ideas.

Cuando, como es el caso, se trata de revisar los criterios aplicados referidos a cuestiones estrictamente técnicas, para que esta presunción sea desvirtuada es necesario que se haga prueba suficiente de infracción legal, un notorio error de hecho o desafortunada apreciación de los elementos de prueba existentes en el expediente, cuya acreditación corresponde a la parte que reclama, en la que recae el "onus probandi", siendo quien debe ofrecer los elementos de prueba con todas las garantías.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 "la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados." Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad, pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos evaluadores.

El mismo Tribunal, entre otras, en Sentencia de 24 de julio de 2012, declara que "la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las

posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 24 de febrero de 2016, razona que "(...) Por otro lado, resulta de gran trascendencia tener igualmente en cuenta que, al tratarse de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, sólo puede ser formulado por un órgano especializado, de tal modo que la revisión de la valoración realizada por el órgano previsto para resolver el concurso sólo puede hacerse cuando los errores o defectos en la valoración, primero, sean ostensibles y manifiestos, y, segundo, no exijan conocimientos técnicos (Cf. STS 29 junio 2005). Pudiendo añadir nosotros que dichos errores "ostensibles, manifiestos y cuya valoración no exija conocimientos técnicos" han de ser, además, relevantes (...)".

Doctrina que este Tribunal, como se ha indicado, ha recogido, entre otros, en su Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, donde indicamos que "(...) debemos reiterar, asimismo, que el examen del cumplimiento de las prescripciones técnicas incorpora un juicio técnico por parte del órgano de contratación, al que la LFCP atribuye la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato y, por tanto, del pliego con objeto de satisfacer el interés general al que sirve; juicio técnico que, entrando dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, limita las facultades de su revisión por parte de Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error en el mismo (...)".

De igual modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 200/2018, de 2 de marzo, señala que "(...)Y la segunda consideración es la relativa a la capacidad de este Tribunal de remover la valoración de las ofertas realizada por el órgano de contratación. Como advertimos en el fundamento de derecho quinto, sólo pueden ser removidas en caso de error manifiesto, arbitrariedad o defecto de procedimiento, y ello a efectos de su anulación, que no de su corrección. Y

más en particular, recalcar que el error manifiesto debe ser eso, algo notorio, apreciable a simple vista y sin necesidad de realizar un juicio de valor que contraríe la propia valoración de la Administración. La casuística es inagotable, pero sirve, a grandes rasgos, para corregir una omisión patente, una incorrección aritmética, una vulneración flagrante de los pliegos; cualquier tipo de defecto que no requiera más que un razonamiento sencillo y no subjetivo para su detección y corrección. Cualquier operación diferente de las anteriores no podrá ser apreciada por este Tribunal, debiendo prevalecer la presunción de acierto en que se ampara la discrecionalidad técnica de la Administración (...)".

Así pues, el examen del cumplimiento de la citada prescripción técnica por parte de la propuesta formulada por la reclamante incorpora un juicio técnico que, entrando dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, limita las facultades de su revisión por parte de Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error manifiesto en el mismo, pues no nos corresponde valorar si la propuesta incluye un sistema más sofisticado y de última generación, sino el control de determinados aspectos objetivos de la valoración realizada por el jurado del concurso de proyectos.

Dicho lo anterior, lo cierto es que no cabe apreciar error manifiesto en la valoración que sobre tal extremo efectúa el jurado, toda vez que, como indica la entidad contratante, la propia memoria técnica aportada por la reclamante contiene referencias que ponen de manifiesto la previsión de torres de refrigeración y calderas en su propuesta.

Efectivamente, dicha memoria técnica – aportada nuevamente por la reclamante junto con el escrito de interposición de la reclamación en orden a acreditar el cumplimiento de la citada prescripción técnica – en su apartado quinto "Justificación objetivos energéticos. Formulario de autoevaluación medioambiental", señala "(...) ESTRATEGIA ENERGÉTICA DE CLIMATIZACIÓN. (...)La temperatura constante del anillo hidráulico se consigue mediante el funcionamiento alternativo de una torre y de una caldera, para mantener el agua a una temperatura constante de alrededor de 30 °C. Este sistema es el denominado "bucle de agua" (también "lazo hidráulico energético" – LHE) que describimos a continuación. VENTAJAS ENERGETICAS DEL

SISTEMA PROPUESTO. (...)El empleo puntual de calderas de baja temperatura y torre de enfriamiento garantizan un SCOP global óptimo.

2.1 DESCRIPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE ANILLO TÉRMICO

Se trata de un sistema formado por unidades de condensación por agua, que pueden funcionar en modo frío y en modo bomba de calor, cediendo y captando la energía necesaria para completar el ciclo frigorífico (evaporación/condensación) de un anillo hidráulico de temperatura constante, mantenida esa temperatura mediante medios auxiliares externos.

El así denominado bucle de agua, consta, de los siguientes elementos:

Lado de condensación del anillo:

- Torres de refrigeración
- Caldera de baja temperatura de apoyo de funcionamiento a gas
- Anillo de captación de geotermia

Cuando un equipo tiene una demanda en frío utiliza el anillo hidráulico como medio de condensación, produciendo por tanto frío en el evaporador, mientras que el equipo que demanda calor, utiliza el agua del anillo hidráulico como medio para evaporar el refrigerante del evaporador, produciendo agua caliente para satisfacer la demanda de calefacción.

La aplicación torre/caldera/geotermia utiliza un sistema hidráulico sencillo de dos tubos que aporta calor, extrae calor, o lo transfiere a otros equipos del mismo edificio. El agua para calefacción se encuentra a una temperatura entre 18 y 20 °C; esta temperatura se consigue mediante una caldera.

La temperatura del agua de condensación, en los meses de refrigeración, se mantiene entre 30 y 35 °C y, para conseguir esta temperatura, se requiere la utilización de una torre de refrigeración, para disipar el calor de condensación. Las torres de refrigeración se pueden localizar en la cubierta del edificio, en el interior, o adyacente al mismo.

En el caso de la geotermia de bucle cerrado en vertical se instala perforando agujeros verticales e insertando tuberías de impulsión y retorno de polietileno. Los pozos verticales están conectados en paralelo, según el sistema de retorno invertido, para permitir que el agua del edificio circule por igual a través de todo el terreno.

El fluido circulante disipa calor al terreno de una forma similar a la torre de refrigeración y añade calor al bucle, como lo hacía la caldera. Si el bucle está bien diseñado, el terreno deberá mantener la temperatura del bucle del edificio, sin

necesidad de utilizar durante gran parte del tiempo las torres ni una caldera, lo cual se traduce en un gran ahorro energético".

Así las cosas, y a la vista del contenido de la memoria técnica que forma parte de la propuesta de la reclamante, no se observa error manifiesto en su valoración, ni se ha demostrado así en el procedimiento de reclamación, de forma que no habiendo quedado desvirtuada la presunción de acierto de la que goza la valoración en tal sentido realizada por el jurado del concurso de proyectos al que se contrae la presente reclamación, no cabe sino confirmar la concurrencia de tal incumplimiento en la propuesta de la reclamante y, por tanto, la legalidad de su exclusión del procedimiento; procediendo, en consecuencia, la desestimación de la reclamación interpuesta.

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:

- 1°. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SENDARRUBIAS & HERNANDEZ, ARCHITECTURE AND ENGINEERING, S.L. frente a su exclusión del "Concurso de proyectos con intervención de jurado para la redacción del proyecto de construcción de un edificio destinado a la facultad de ciencias de la salud de la Universidad Pública de Navarra", licitado por la Dirección General de Universidad del Gobierno de Navarra.
- 2°. Notificar este acuerdo a SENDARRUBIAS & HERNANDEZ, ARCHITECTURE AND ENGINEERING, S.L., a la Dirección General de Universidad del Gobierno de Navarra, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.
- 3°. 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, 17 de agosto de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.