



Expte.: R-8/2018

ACUERDO 22/2018, de 16 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “NAOS 04 ARQUITECTOS, S.L.P.” frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “OB4/2017 Redacción de proyecto y, en su caso, dirección facultativa de la obra de centro de salud en Lezkairu”, promovido por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de mayo de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de la licitación del contrato “OB4/2017 Redacción de proyecto y, en su caso, dirección facultativa de la obra de centro de salud en Lezkairu”, promovida por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

SEGUNDO.- “NAOS 04 ARQUITECTOS, S.L.P.” presentó oferta en la citada licitación y el día 2 de febrero de 2018 recibió la notificación de su exclusión del procedimiento de referencia, por decisión de la Mesa de Contratación fundamentada en “*no cumplir con la cláusula VIII del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, al haber presentado en su propuesta un proyecto de ejecución material superior a 5.000.000€*”, exactamente de 5.500.000€.

En la cláusula VIII del denominado “*Pliego de Cláusulas Técnicas Particulares*” que rige el contrato se establece, entre otras prescripciones, que “*el importe total del Presupuesto de Ejecución Material (incluidas las instalaciones y la Seguridad y Salud, así como la gestión de residuos y control de calidad), incluido en el Proyecto de ejecución no podrá ser superior a 5.000.000€*”.

TERCERO.- El día 12 de febrero de 2018 el interesado presenta reclamación en materia de contratación pública, que fundamenta en los siguientes motivos:

“Las cláusulas administrativas incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas establecen los términos en los que ha de regirse el contrato una vez adjudicado, y como tal, así se indica en cada una de ellas, en las que se habla claramente del adjudicatario del proyecto. En ningún punto se aclara que el incumplimiento de una cláusula en la elaboración de una propuesta sea un motivo de exclusión del proceso de licitación. A tal efecto ha de tenerse en cuenta que la documentación técnica a presentar en el concurso se trataba de una “propuesta técnica que expresa las ideas del licitador para la ejecución del proyecto”, en las que se justifiquen las soluciones aportadas y se haga un avance o estimación de presupuesto. Esto explica que los datos sean estimativos y no fijos, ya que las propuestas no se elaboran con el grado de definición suficiente.

La exclusión por incumplimiento de esta cláusula implicaría que también deberían quedar excluidas las propuestas que no cumplan exactamente el Plan Funcional de la Cláusula III, en cuanto a dimensiones, etc, resultando obviamente esto improcedente en un concurso en el que el objeto es la presentación de propuestas. El adjudicatario será el que tenga que cumplir a posteriori todas las Cláusulas del pliego.

Por otro lado, el resto de Cláusulas se refieren claramente a temas a cumplir una vez adjudicado, como la presentación de un estudio geotécnico (Cláusula IV), la presentación de certificación energética (Cláusula V), el control de las obras (Cláusula VI).

En la Cláusula VIII – Condiciones del Proyecto, indica claramente que será en el Proyecto de Ejecución, donde el Presupuesto de Ejecución Material no podrá ser superior a 5.000.000 €.

El presupuesto incluido en nuestra propuesta es totalmente estimativo con el grado de conocimiento del solar aportado por el Pliego de Condiciones, en el que no se da ningún dato, por ejemplo, de las condiciones geotécnicas del mismo, siendo esta una variable importantísima al respecto.

La desviación de presupuesto realizada tiene una desviación totalmente estimativa, que será fácilmente reducida durante la elaboración de un proyecto.

Como otro punto a tener en cuenta, en los Criterios de Adjudicación se valoraba con 5 puntos la relación del coste con la propuesta presentada, primando las propuestas que con previsiones realistas resuelvan más eficazmente con recursos más ajustados, los requerimientos establecidos. En este punto, no se indica que sea motivo de exclusión el superar el presupuesto, que como decimos antes, se debería cumplir en el Proyecto de Ejecución, no en la propuesta.”

En consecuencia, la reclamante solicita que se anule la decisión frente a la que se reclama y se le permita continuar en el procedimiento.

CUARTO.- El día 21 de febrero 2018 el órgano de contratación aporta el expediente, junto con escrito de alegaciones en el que señala que *“la empresa reclamante se presentó a la licitación y fue admitida a la misma, por lo que, sin haber impugnado los pliegos que la rigen, queda vinculada por ello. Los licitadores, al concurrir a la licitación, aceptan su contenido y asumen la imposibilidad de apartarse de lo estipulado en ellos.”* Afirma la entidad contratante que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), no puede alterarse el contenido de los pliegos ni de forma unilateral, ni consensuada con los licitadores, porque ello atentaría a los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, máxime si se tiene en cuenta que los demás licitadores han presentado una propuesta que se ajusta a lo exigido por el pliego de prescripciones técnicas particulares, con el esfuerzo que ello les haya exigido. Afirma también que es el órgano de contratación a quien compete la discrecionalidad de fijar los criterios que han de tenerse en cuenta, y que pudiendo haber establecido un presupuesto aproximado para la ejecución, no lo hizo, fijando en cambio un presupuesto máximo, al cual debe acomodarse la oferta de todos los licitadores.

El órgano de contratación recuerda que quien ahora reclama pudo haber planteado durante el plazo de licitación las cuestiones que hubiera considerado oportuno en relación con el contenido de los pliegos, de acuerdo con lo establecido en el apartado 7.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, y sin embargo no hizo uso de esta facultad, acatando en su totalidad el contenido de los pliegos.

En relación con el no cumplimiento del plan funcional, el órgano de contratación señala que éste tiene carácter indicativo, pudiendo aceptarse otras propuestas distintas a la establecida, tal como señala el propio pliego y matiza que no es el adjudicatario el que tiene que cumplir con todas las estipulaciones del pliego, sino todos los licitadores, excepción hecha de aquellos extremos expresamente previstos como es el caso del estudio geotérmico de la cláusula IV). En este sentido, se remite a lo establecido por el Acuerdo 59/2017 del propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, mismo Acuerdo con base al cual rechazan la afirmación del reclamante que señala que en ningún punto se aclara que incumplimiento de una cláusula en la elaboración de una propuesta sea motivo de exclusión del procedimiento.

En definitiva, la entidad contratante solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- El día 23 de febrero de 2018 se concedió trámite de audiencia a los demás interesados, si bien, transcurrido el plazo legalmente establecido, ninguno ha hecho uso de su derecho a presentar alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopten los Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, entre los que se encuentra el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación que ha sido excluido del mismo, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP

TERCERO.- La interposición de las reclamaciones se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Entrando en el fondo del asunto, en el apartado 8 del “Cuadro de Características del Contrato”, documento que antecede y al que se remite el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige el contrato, referido al contenido de la proposición técnica, se establece que dentro del contenido del sobre de la propuesta técnica deberá incluirse la justificación de las soluciones aportadas, un cuadro de superficies, un avance del presupuesto de obra y un plazo de ejecución estimativo para la misma.

Respecto a este presupuesto de obra ya hemos señalado en los antecedentes que en la cláusula VIII del denominado “*Pliego de Cláusulas Técnicas Particulares*” se establece, entre otras prescripciones, que “*el importe total del Presupuesto de Ejecución Material (incluidas las instalaciones y la Seguridad y Salud, así como la gestión de residuos y control de calidad), incluido en el Proyecto de ejecución no podrá ser superior a 5.000.000€*”.

Pese a ello, es cuestión indiscutida que la reclamante formuló su proposición técnica incluyendo un Presupuesto de Ejecución Material de 5.500.000€, es decir, superior a los 5.000.000€ marcados por el Pliego.

Como hemos hecho en multitud de ocasiones, (por ejemplo en nuestro reciente Acuerdo 20/2018, de 2 de marzo), el Pliego vincula tanto a la Administración como a los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, “*Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es*

la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo ...”).

De esta consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que los ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de ellos o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Esto también significa que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho (último inciso del artículo 213.2 LFCP).

A estos mismos efectos, en la cláusula 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la adjudicación del contrato que nos ocupa se dispone que la presentación de proposiciones *“supone la aceptación incondicional por el licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos que rigen el contrato, sin salvedad y reserva alguna”*. El PCAP también establece en su cláusula 8 que *“no se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer, claramente, lo que el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea estime fundamental para considerar la oferta”*.

La doctrina de los actos propios, como significa el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 13 de febrero de 2007, con cita de las de 16 de febrero de 1998 y de 9 de julio de 1999, *“proclama el principio general de derecho sobre la inadmisibilidad de venir contra sus propios actos y constituye un límite al ejercicio del derecho subjetivo o de una facultad, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que la doctrina exige, actos propios inequívocos que definan una determinada conducta y cuando entre la conducta anterior y la pretensión actual exista incompatibilidad o contradicción”*. Tal doctrina, íntimamente ligada al principio de la buena fe (Sentencia de 14 de noviembre de 2000), *“es predicable respecto de aquellos actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún otro derecho,*

definiendo una situación jurídica y con eficacia en sí mismos para producir igualmente un efecto jurídico" (Sentencias de 2 de octubre de 2000 y de 11 de diciembre de 2001) y significa "la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno".

Así mismo, ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2005 que *"es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pues, como señala la sentencia de 1 de febrero de 1999 tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este Alto Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión de la confianza legítima de las partes venire contra factum proprium".*

A esto se debe añadir que corresponde al órgano de contratación delimitar el objeto del contrato que se licita, y elaborar las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del mismo, documento que se denominará pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP), conforme al artículo 46.1 de la LFCP.

En el Anexo VII de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE se establece que, a efectos de la Directiva, se entenderá por *"especificación técnica"*, en el caso de contratos de suministros o de servicios, *"aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio"*

Ya dijimos en nuestro Acuerdo 68/2017, de 30 de octubre, que, como razona el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 600/2017, de 30 de Junio de 2017, “... *el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.*

Junto a lo anterior, conviene recordar asimismo en este punto la doctrina de este Tribunal acerca de las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual. Al respecto, en nuestra Resolución nº 991/2015 razonábamos como sigue: "En el análisis de la cuestión controvertida, debe tenerse presente que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el artículo 1 del TRLCSP, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos.

Decíamos en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, "que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: "La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad".

De ello se desprende que la existencia de unas exigencias técnicas para la presentación de proposiciones, establecidas por el órgano de contratación, no puede ser ignorada por el licitador, ni puede sustituir estas citadas especificaciones por otras a su antojo pues tanto el PPTP como el PCAP tienen naturaleza contractual y vinculan a la entidad contratante y a los licitadores.

En este mismo sentido se manifiesta el TACRC en su Resolución 387/2017, de 28 de abril, diciendo: *“De esta forma, y por lo que atañe a los pliegos de prescripciones técnicas, ha de tenerse presente que el artículo 116 TRLCSP (en nuestro caso el artículo 46 de la LFCP) establece que “el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”. En consonancia con dicho precepto, tal y como este Tribunal ha señalado en otras resoluciones (verbigracia, las ya citadas 264/2014 y 90/2012 , así como la 84/2011), la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. Consecuentemente, caso de no hacerlo así resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta (por mucho que no se haya previsto explícitamente así en los Pliegos de aplicación), tal y como, por otro lado se infiere (‘sensu contrario’) de los apartados 4 y 5 del artículo 117 TRLCSP, en donde se detallan los presupuestos bajo los cuales, en determinadas modalidades de determinación de las prescripciones técnicas de aplicación, no es dable el rechazo de las ofertas.” En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en el PPT, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta u ofertas presentadas que no se adecúen a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación”.*

Por tanto, como pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 59/2017, de 29 de septiembre, las prescripciones técnicas previstas en los pliegos de prescripciones técnicas particulares, que son aceptadas incondicionalmente como parte del contrato por los licitadores cuando formulan sus ofertas, constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación del contrato y son

requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, cosa que en este caso no ha ocurrido.

SEXTO.- La reclamante aduce que la documentación técnica a presentar se trata de una *“propuesta técnica que expresa las ideas del licitador para la ejecución del proyecto”*, en la que se justifiquen las soluciones aportadas y se haga un avance o estimación de presupuesto, lo que explica que los datos sean estimativos y no fijos, ya que las propuestas no se elaboran con el grado de definición suficiente, siendo la desviación de presupuesto realizada una desviación totalmente estimativa, que será fácilmente reducida durante la elaboración del proyecto.

Al respecto debemos señalar, como hace el TACRC en su Resolución 250/2013, de 4 de julio, que *“una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato (...) sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”*.

Conforme a la doctrina expresada y siendo que la reclamante formuló su proposición técnica incluyendo un Presupuesto de Ejecución Material de 5.500.000€, es decir, superior a los 5.000.000€ marcados por el PPTP como máximo, mientras todos los demás licitadores se ajustaron al límite establecido, otra solución que no fuera su exclusión del procedimiento y, ahora, la desestimación de la reclamación, iría en contra de los principios de igualdad de trato y transparencia que deben imperar en la contratación pública.

Abona esta decisión la doctrina expresada en la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496 -99):

"108. Es preciso recordar que de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, por lo que respecta a la contratación pública, que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (véanse, en particular, las sentencias de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, asuntos acumulados C-285/99 y C- 286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-15/01, Rec. p. I- 6351, apartado 73).

109. Se deriva asimismo de la jurisprudencia que dicho principio implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I- 5553, apartado 45, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91).

110. El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

111. Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata."

Todo lo expuesto nos lleva a la desestimación de la reclamación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “NAOS 04 ARQUITECTOS, S.L.P.” frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “OB4/2017 Redacción de proyecto y, en su caso, dirección facultativa de la obra de centro de salud en Lezkairu”, promovido por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

2º. Notificar este acuerdo a “NAOS 04 ARQUITECTOS, S.L.P.”, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 16 de marzo de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.