



Expte.: R-78/2017

ACUERDO 3/2018, de 17 de enero de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Obramas 9002, S.L.” frente a la adjudicación del contrato de obras de ejecución del “*Proyecto modificado 2ª fase de mejora y adecuación a la Ley Foral 4/2005 del vertedero de residuos sólidos urbanos, industriales no peligrosos e inerte de Arbizu (sellado y nuevo vaso)*”, licitado por la Asamblea General de la Mancomunidad de Sakana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de octubre de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras de ejecución del “*Proyecto modificado 2ª fase de mejora y adecuación a la Ley Foral 4/2005 del vertedero de residuos sólidos urbanos, industriales no peligrosos e inerte de Arbizu (sellado y nuevo vaso)*”, promovida por la Asamblea General de la Mancomunidad de Sakana.

SEGUNDO.- El día 1 de diciembre de 2017 se notifica al reclamante la adjudicación del citado contrato a la entidad Río Valle-Valbuena (UTE).

TERCERO.- El día 8 de diciembre de 2017 se interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por parte de “Obramas 9002, S.L.” frente a la adjudicación del contrato de obras de ejecución del “*Proyecto modificado 2ª fase de mejora y adecuación a la Ley Foral 4/2005 del vertedero de residuos sólidos urbanos, industriales no peligrosos e inerte de Arbizu (sellado y nuevo vaso)*”, licitado por la Asamblea General de la

Mancomunidad de Sakana. La reclamación se basa en las alegaciones que a continuación se exponen.

En resumen, la reclamante señala que la Mesa de Contratación conoció antes de abrir el sobre nº 3 cuál era la oferta económica de la UTE que después resultó adjudicataria, lo que en su opinión constituye una irregularidad determinante de la nulidad del procedimiento. Manifiesta que esta circunstancia se desprende del hecho de que la oferta de la UTE en relación con la cláusula 9 del pliego, a través de la cual era posible obtener 5 puntos por la ampliación del importe de la garantía, se formuló en los siguientes términos *“un 4% de garantía adicional sobre el importe de garantía del 4% exigido”* y que la Mesa de Contratación le otorgó una puntuación de 0,52 puntos en aplicación de lo dispuesto en el pliego, valoración que no pudo llevarse a cabo sin conocer la oferta económica. En su opinión, los licitadores debían realizar su oferta relativa a la ampliación de la garantía expresando la cantidad alzada de lo ofrecido en ese concepto, y no por referencia al precio ofertado.

A mayor abundamiento la reclamante señala que en el acta de la Mesa se señala que se han pedido aclaraciones por parte de las empresas Obramas y Río Valle-Valbuena (UTE) y que en este concepto recibieron una llamada en nombre de la Mesa de Contratación en la que se le preguntó cual era el importe de su oferta económica, dato que no facilitaron por no corresponder a esa fase de valoración. Manifiesta también que esta llamada se recibió de igual manera por parte de la UTE, como les ha confirmado el órgano de contratación, y la Mesa de Contratación conoció la oferta económica porque de otra manera le hubiera sido imposible puntuar este criterio, por lo tanto la actuación incurrió en nulidad de pleno Derecho.

Finalmente, alega la reclamante que las irregularidades en cuanto al conocimiento de la oferta económica alcanzan también a otros licitadores como Itola, del cual se abrió el sobre nº 3 antes del acto público en el que debió hacerse, según consta en el acta de fecha 27 de noviembre de 2017 con el siguiente tenor literal *“El sobre número 3 que obra en la mesa no contiene oferta económica. No obstante se comprueba que en el archivador del expediente se encuentra la oferta de la empresa*

que pudiera haberse abierto por error, oferta que, en cualquier caso, presenta la cuantía más alta de todas y que se cifra en 1.536.375, 37 euros, por lo que considera la Mesa que, a pesar de la irregularidad producida, no afecta a la propuesta de adjudicación que se vaya a realizar dada la diferencia de puntuaciones”.

En definitiva, la reclamante solicita la declaración de nulidad de la adjudicación, con el efecto de que pase la adjudicación al siguiente licitador según el orden de puntuación dado por la Mesa de Contratación. El reclamante solicita apertura de período de prueba con la declaración testifical de Dña. L.R.A. y Dña. I.I.R., así como la suspensión de cualquier decisión posterior a la adjudicación.

CUARTO.- En fecha 15 de diciembre de 2017 la entidad reclamada finaliza la aportación del expediente de contratación junto con escrito de alegaciones en el que señala que en relación con la valoración del apartado 9 del Pliego, no se había solicitado la presentación de la oferta en un modelo concreto y a la vista de ello la Mesa de Contratación consideró oportuno solicitar aclaraciones tanto a Obramas como a la UTE Río Valle-Valbuena. En cuanto a Obramas la aclaración pretendía ratificar que no se hubiese producido un error tipográfico al entender que los 600.000 euros ofertados eran una cantidad muy elevada y en cuanto a la UTE, era necesario cuantificar el importe de la ampliación de la garantía ya que en caso contrario no se podía valorar. La cuantificación realizada por la UTE fue de 62.467,74 euros y en función de esta cantidad se aplicó la fórmula prevista en el pliego, resultando la puntuación reflejada en acta (en el caso de la UTE 0,52 puntos). En definitiva, entiende el órgano de contratación que no se ha contravenido lo dispuesto en el pliego puesto que en ningún momento se ha hecho referencia al importe concreto de la oferta económica. Manifiesta el órgano de contratación que en el escrito de la reclamante existen errores de interpretación de los mecanismos de las garantías, y que en base a esos errores funda sus alegaciones vertiendo sospechas infundadas sobre la actuación de la Mesa de Contratación, que en cualquier caso, no ha preguntado a ninguna de las empresas por el importe de su oferta económica. En cualquier caso, afirma, de no haberse valorado la ampliación de la garantía de la UTE, el resultado de la adjudicación hubiera sido el mismo.

En relación con el segundo aspecto de la reclamación, referente a la apertura del sobre número 3 de una de las empresas antes del momento legalmente establecido, el órgano de contratación señala que el acta recoge fielmente lo sucedido en la reunión de la Mesa de Contratación, que la apertura de la oferta económica con anterioridad al acto público se debió a un error que se entendió que no ha tenido trascendencia en el procedimiento y que esto es aprovechado por el reclamante para realizar afirmaciones que conllevan una acusación de mala fe por parte de la Mesa de Contratación cuando de haberse producido esta actuación con mala fe, la Mesa de Contratación carecería de todo interés en hacerlo público.

Por otra parte, el órgano de contratación señala que la reclamante afirma en su escrito que la mejor oferta económica fue la de la UTE adjudicataria, que fue de 1.290.655,83 euros. Este dato es incorrecto ya que la mejor oferta económica fue la de Ribera Navarra, con un importe de 1.270.483,69 euros. Por ello la insinuación de que se supo cual era la mejor oferta económica y que eso motivó a la Mesa a valorar la documentación técnica de forma diferente con la intención de favorecer a la empresa que había realizado la oferta económica más baja cae por su propio peso, afirma, ya que es Ribera Navarra y no la UTE Río Valle-Valbuena, la que mejor oferta económica presentó.

En opinión del órgano de contratación resulta sorprendente que la reclamante plantee por un lado cuestiones que supondrían la nulidad del procedimiento en caso de ser ciertas, pero por otro lado pida que se adjudique el contrato al siguiente licitador por orden de puntuación, legitimando al mismo tiempo el procedimiento.

En relación con la solicitud de medidas cautelares, señala que resulta de aplicación supletoria lo dispuesto por el artículo 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establece que cuando de la adopción de medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder ellos, in que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida” por lo

tanto solicitan al Tribunal que exija a la reclamante la constitución de caución correspondiente al importe del daño que se pueda generar y que si dicha caución no llegara a constituirse el procedimiento sea desestimado no le dé trámite. El cálculo del daño generado por la interposición de la reclamación se basa en la pérdida de la financiación externa de la obra, que asciende a 1.420.740,30 euros. De acuerdo con lo anterior y con lo previsto por el artículo 213.4 de la LFCP, se solicita al Tribunal la imposición de una multa al reclamante.

Finalmente, el órgano de contratación solicita que en periodo de prueba se reciba declaración testifical de don D.O.A., Presidente de la Mancomunidad de Sakana y doña M.O.O., Secretaria de la Mancomunidad, en relación con lo manifestado por la reclamante en la página 5, penúltimo párrafo.

De acuerdo con lo anterior, la entidad contratante solicita que no sea admitida la reclamación.

QUINTO.- El día 15 de diciembre de 2017 se concedió trámite de audiencia a los demás interesados, sin que ninguno de ellos haya realizado manifestación alguna.

SEXTO.- El día 2 de enero de 2018, la reclamante aporta al expediente un escrito en el que señala que dentro del expediente aportado por la entidad contratante falta, como documento esencial sobre el que versa la reclamación, el documento relativo a la ampliación del plazo de garantía de la UTE Rio Valle-Valbuena.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Mancomunidad de Sakana, entidad contratante, es una entidad local sometida a las disposiciones de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de dicha norma, las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones

de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- El artículo 210 de la LFCP establece que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público, contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas.

En este caso, la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al ser una empresa participante en la licitación.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previstos en el artículo 210.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la presunta infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la selección y posterior adjudicación del contrato. Este motivo se encuentra recogido entre los que prevé el artículo 210.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- De las alegaciones de las partes, así como del examen del expediente resultan los siguientes hechos relevantes para la resolución de esta reclamación, en relación con la actuación de la Mesa respecto de uno de los criterios de adjudicación:

1.- En el Punto 9º “*Criterios de adjudicación*”, de las condiciones reguladoras del contrato, se establece el siguiente criterio de adjudicación:

“Ampliación del importe de la Garantía (hasta 5 puntos)

Importe de garantía ofertado

Puntos = ----- x 5

Máximo importe de garantía ofertada

La oferta que proponga el mayor importe de la garantía recibirá 5 puntos y el resto de ofertas proporcionalmente. Si no se aumenta el importe de garantía determinado en el 4% del presupuesto ofertado con IVA incluido, se obtendrán 0 puntos.”

2.- Respecto de tal criterio, únicamente presentan oferta la empresa reclamante, “Obramas 9002, S.L.” y la UTE Río Valle-Valbuena, que resultó adjudicataria en el procedimiento objeto de esta reclamación. La primera ofertó un incremento de 600.000 Euros, la segunda un 4% adicional al 4% exigido en el pliego.

3.- En esta situación la Mesa de Contratación procede a la petición de aclaraciones a ambas empresas, según figura en del acta de valoración de 23 de noviembre de 1917 y en las alegaciones presentadas por el órgano de contratación a este procedimiento de reclamación. Así, en la página 3 del documento de alegaciones consta que se solicitó a la UTE Río Valle Valbuena la cuantificación del importe de ampliación de la garantía ofertado, así como que esta empresa lo cuantificó en 62.467,74 euros.

Habida cuenta que esta cantidad es un 4% del presupuesto ofertado, según se desprende, tanto del punto 9ª de las condiciones reguladoras, como de la propia oferta, posteriormente cuantificada, resulta evidente que la mesa conoció la oferta económica de esta empresa en el momento correspondiente a la valoración de la oferta técnica, con infracción, por tanto, del secreto de las proposiciones.

4.- El sobre nº 3 correspondiente a la empresa Itola, se hallaba abierto con anterioridad al acto público en que debía abrirse. Este hecho, obviamente, está afectado por igual infracción del secreto de las proposiciones.

Sobre este particular el artículo 52 de la LFCP establece:

“1. Las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, se presentarán por escrito, conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se acompañarán, en sobre aparte, de la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador.”

Conforme a consolidada doctrina de los Tribunales de Contratos, esta actuación de la mesa tiene como consecuencia la nulidad de todo el procedimiento por infracción del principio recogido en el artículo transcrito y de los principios de transparencia y objetividad que, el mismo, trata de preservar.

La resolución 1077/2015 de 20 de noviembre de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recoge así la referida doctrina:

“La Administración contratante era conocedora del contenido de las ofertas económicas de las restantes empresas admitidas a la licitación, con ruptura del principio de secreto de las ofertas económicas. El hecho de que la Universidad de Murcia haya tenido conocimiento del contenido de las restantes ofertas económicas antes de valorar la oferta técnica de la empresa MUDANZAS LA FLOTA, S.L., inicialmente excluida de la licitación, conlleva necesariamente la anulación del procedimiento de contratación, pues la normativa aplicable (artículo 150.2, párrafo tercero del TRLCSP y artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) y los principios de objetividad y transparencia exigen que la valoración de los criterios sujetos a juicios de valor se efectúe siempre antes de la valoración de los criterios evaluables de forma automática, y ello con el fin de que el conocimiento de las ofertas económicas por parte de la Administración no pueda influir ni contaminar su imparcialidad en la valoración de los criterios subjetivos. Así se establece también en el PCAP aplicable al contrato, cuya cláusula 12.2 dispone que “con anterioridad al acto de apertura de las proposiciones económicas deberá haber sido entregado, en su caso, el informe técnico a la Mesa de Contratación, debiéndose dar a conocer en el acto público de apertura de proposiciones económicas la ponderación asignada a los criterios evaluables mediante juicio de valor”, y cuya cláusula 13.3 establece que “la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquéllos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”. Y constituye criterio consolidado de este Tribunal (Resoluciones 950/2014, de 18 de diciembre, 839/2014, de 7 de noviembre, 132/2011, de 4 de mayo, 166/2013, de 8 de

mayo, 467/2013, de 23 de octubre, ó 590/2013, de 4 de diciembre, entre otras) la procedencia de acordar en estos casos la nulidad del procedimiento de contratación porque, al haberse abierto el sobre de la oferta económica de una o varias de las empresas licitadoras, se habría vulnerado el secreto de las proposiciones.”

Así, lo que deriva de los hechos relatados es la nulidad del procedimiento como consecuencia de la actuación de la mesa, y no la solicitada exclusión de la UTE Río Valle-Valbuena por haber presentado su oferta de ampliación de la garantía mediante porcentaje. Ello porque no ha sido su propuesta de incremento de la garantía lo que ha desvelado el importe de su oferta económica, sino la actuación de la mesa en relación con la falta de norma clara de presentación de las correspondientes propuestas, como se deduce de la redacción del criterio en las Condiciones Regulatoras del procedimiento impugnado y como señala en sus alegaciones el propio órgano de contratación.

En este punto, aun cuando no ha sido impugnado por la entidad reclamante, este Tribunal no puede dejar de advertir que la falta de reglas claras de aplicación del criterio de adjudicación, “*incremento de la garantía definitiva*”, es contraria a la transparencia y está en el origen de la irregular actuación de la Mesa. Por otra parte, como se ha señalado, esta actuación de la mesa tiene como consecuencia la nulidad del procedimiento de contratación, por lo que, asimismo, se considera que esta circunstancia, unida al Principio de economía procesal, hacen innecesaria una mayor incidencia sobre la cuestión.

Volviendo sobre la señalada improcedencia de exclusión de la UTE, adjudicataria citamos el informe 38/07, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en un supuesto de dudas respecto a las condiciones de secreto en que se debieron de guardar las proposiciones:

(...) En efecto, no pudiendo atribuirse esta circunstancia a mala fe ni tampoco a error involuntario del licitador, sino a negligencia de la propia Administración, en poder de la cual se encuentran las proposiciones cuando se produce la difusión del contenido de una de ellas, es evidente que la simple exclusión de la proposición

indebidamente abierta no sería acorde con un tratamiento equitativo, al hacer recaer sobre uno de los licitadores las consecuencias de la falta de la debida diligencia por parte de la propia Administración.”

SEXTO.- No se considera necesaria la prueba solicitada por la entidad reclamante, ya que, precisamente, lo que se pretende probar con la práctica de la misma es el conocimiento por la mesa de las ofertas económicas, en la fase de valoración de los criterios de carácter técnico, hecho que ha quedado probado con la aportación del expediente y, en particular, con el escrito de alegaciones en que consta la petición de cuantificación del 4% de incremento de la garantía, dato que con una simple operación da como resultado el conocimiento de la oferta económica del mismo licitador. Por tanto procede, al amparo del artículo 212, 5, de la LFCP, rechazar por innecesaria la prueba propuesta.

SÉPTIMO.- Tampoco resulta procedente el establecimiento de la solicitada medida cautelar de suspensión de las decisiones posteriores a la adjudicación, ni de la exigencia de caución por el órgano de contratación, y ello porque la suspensión en este procedimiento tiene carácter automático conforme al artículo 210, 4 de la LFCP, que establece:

“La impugnación de la adjudicación de un contrato, Acuerdo Marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte una resolución sobre la reclamación presentada.”

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la LFCP, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Obramas 9002, S.L.” frente a la adjudicación del contrato de obras de ejecución del “*Proyecto modificado 2ª fase de mejora y adecuación a la Ley Foral 4/2005 del vertedero de residuos sólidos urbanos, industriales no peligrosos e inerte de Arbizu (sellado y nuevo vaso)*”, licitado por la Asamblea General de la Mancomunidad de Sakana, declarando la nulidad del procedimiento.

2º. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 213,4 de la LFCP.

3º. Notificar este acuerdo a “Obramas 9002, S.L.”, a la Mancomunidad de Sakana y al resto de interesados en el expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

4º. 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 17 de enero de 2018, EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.