

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -2º
31003 PAMPLONA
Tfno. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es



Expte. : 23/2014

ACUERDO 36/2014, de 29 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don J.A.C.M., en representación de “EIN NAVARRA CONSULTORÍA Y GESTIÓN, S.L.”, contra al Acuerdo del Consorcio para las Estrategias de Desarrollo de la Ribera de Navarra (EDER) de fecha 13 de junio de 2014 de adjudicación del contrato de asistencia para la realización de un Diagnóstico y DAFO de la situación comarcal de la Ribera de Navarra en base a la situación económica y rural del medio ambiente y el clima y de infraestructuras y dotaciones a favor de “H.A.S. (Arcos Sustainable Development Consulting)” y contra los pliegos que han regido el procedimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consorcio para las Estrategias de Desarrollo de la Ribera de Navarra – en adelante Consorcio EDER – en el marco de un procedimiento negociado para contratar la asistencia para la realización de un Diagnóstico y DAFO de la situación Comarcal de la Ribera de Navarra en base a la situación económica y rural del medio ambiente y el clima y de infraestructuras y dotaciones cursó invitación a cuatro entidades, entre las que se encontraba “EIN NAVARRA CONSULTORÍA Y GESTIÓN, S.L.” (en adelante EIN). La invitación se envió el día 26 de mayo de 2014 a la citada empresa, que presentó la correspondiente oferta dentro del plazo habilitado al efecto.

SEGUNDO.- El 3 de junio de 2014 el equipo de trabajo constituido para dirimir la adjudicación estudia la solvencia presentada y se solicita subsanación al respecto a

“Invesoc” y “H.A.S. (Arcos Sustainable Development Consulting)”, no así a EIN que presentó toda la documentación e información solicitada.

TERCERO.- El día 12 de junio de 2014 se efectúa la valoración de las propuestas técnicas y el 13 de junio se procede a la apertura de la oferta económica, acordando la adjudicación de la ejecución del contrato a “H.A.S. (Arcos Sustainable Development Consulting)”, enviándose dicho acuerdo desde Consorcio EDER, mediante correo electrónico, ese mismo día 13 de junio.

CUARTO.- Con fecha 23 de junio de 2014 don J.A.C.M., en representación de EIN, interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra contra los Pliegos que han regido la adjudicación del contrato así como contra el propio acto de adjudicación.

Se argumenta en primer lugar que la adjudicataria carece de solvencia técnica y la existencia de arbitrariedad en el otorgamiento de las puntuaciones técnicas. Asimismo, se alude a la falta de información sobre la documentación y expediente de la contratación como contraria al principio de defensa y a los principios generales de la contratación pública. Se pone de manifiesto que no ha existido negociación pese a haberse tramitado el expediente como un procedimiento negociado, como causa de nulidad. Además, según la recurrente la Mesa de Contratación se designó de forma incorrecta pues en las valoraciones sólo figuran iniciales. Finalmente, se alude a la deficiente previsión de las mejoras como causa de nulidad.

QUINTO.- El día 26 de junio de 2014 se dicta el Acuerdo 33/2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se admite a trámite la reclamación interpuesta y se solicita al órgano de contratación la aportación del expediente.

SEXTO.- El día 30 de junio de 2014 se recibe el expediente de contratación y las alegaciones, completándose el mismo el día 1 de julio.

En primer lugar, respecto a la presunta imposibilidad de acceso al expediente por parte del reclamante, la entidad reclamada alega que el 13 de junio de 2014, día señalado para la apertura pública de la oferta económica, *“se dispuso de la documentación que hasta ese momento obraba en el expediente, siendo ese el momento adecuado para su revisión, como así lo pidió una de las personas participantes”*; indicando que respecto a la petición formulada por el ahora reclamante el día 19 de junio *“se deduce la sucesión de llamadas telefónicas, lo que en ningún momento ha supuesto negativa a que se permitiera revisar la documentación. En todo caso, y adelantando el hecho de que la reincorporación del Secretario sucede el martes 24 de junio, no habría ningún inconveniente en que se reformulara la reclamación, retrotrayéndose al momento de la notificación del acto de adjudicación, pues se conoce por personal de EIN desde ese día que el expediente está completo, foliado y con relación de documentos, y está a su disposición para supervisar”*, indicando que decida al respecto este Tribunal lo que proceda, pudiendo EIN reformular su reclamación, si así lo considera oportuno.

Señala, asimismo, que del escrito de 20 de junio de 2014 de EIN, el Consorcio deduce que ha existido personación y consulta del expediente por parte del reclamante, aunque el mismo no lo indique y señale únicamente que se encuentra incompleta la documentación. Concretamente por la falta de la documentación de la solvencia económica y técnica, la cual, no es objeto de valoración sino solo de comprobación del cumplimiento de dichos requisitos, resultando contradictorio con la preparación del expediente, ya que según dicho Consorcio, no falta ningún documento; en segundo lugar, tampoco faltarían como señala el reclamante, los criterios de valoración ni la composición de la Mesa de Contratación (aunque luego indica el Consorcio que no hay tal Mesa sino Equipo de Trabajo designado por el propio Pliego), ya que ambos extremos están regulados en el Pliego así como se identifican las personas concretas señaladas por sus cargos en aquel, en el acta levantada al efecto. Por todo ello, entiende el Consorcio EDER que no ha existido tal imposibilidad de acceso al expediente, en los términos manifestados por el reclamante.

En segundo lugar, alega el Consorcio Eder respecto a la impugnación de los Pliegos que el momento procesal oportuno para ello no es el presente, ya que los mismos vinculan tanto a los licitadores como al propio Consorcio, habiendo sido consentidos por el recurrente, ya que su participación implica su aceptación, entendiéndose que sería correcta la argumentación de EIN respecto a la o las cláusulas afectadas por el vicio de nulidad, si existieran, pero en ningún momento indica cuáles o cuales son, vaciando así su argumentación, según parecer del Consorcio.

En tercer lugar, entiende que la presunta falta de solvencia técnica así como la arbitrariedad de las puntuaciones otorgadas, son extremos en modo alguno probados por el reclamante, constando los mismos y acreditándose en el expediente, destacando, respecto a la solvencia técnica, la declaración jurada de fecha 5 de junio de 2014, *“de ser veraces y realizados por las tres personas que declaran haber participado en los proyectos que detallan en número de diez tanto para el Gobierno de Navarra como para el Consorcio Eder”*; señalando respecto a la presunta arbitrariedad que los miembros de la mesa han realizado la atribución de los puntos conforme lo dispuesto en el Pliego, principalmente *“en atención al contenido de las condiciones técnicas del Anexo II, añadido con juicio ciertamente subjetivo de quien evalúa pero sin salirse del Pliego”*.

En cuarto lugar, respecto a la presunta existencia de un procedimiento negociado sin negociación y su subsiguiente nulidad, señala el Consorcio Eder que del *“Pliego se deduce con claridad que la adjudicación se iba a realizar tras la suma de la valoración de la propuesta técnica y de la económica, a la proposición más ventajosa....si el pliego era acertado o no, es una cosa y otra es que se ha cumplido el mismo fielmente.”*

Por último, respecto a la impugnación de la defectuosa previsión de las mejoras, alega el Consorcio que *“el equipo de trabajo se ha ajustado al pliego en su condición 8 y en el Anexo II. El que haya hecho una distribución de esos puntos, permite la explicación de cómo repartir. Se entiende que es una facultad que facilita el trabajo, para hacerlo más objetivo y más determinable, para conseguir el mismo objetivo: evaluar toda la documentación presentada. Aunque no se repartiera en el Pliego, el*

equipo ha hecho una distribución, y, tras ella, ha otorgado unos puntos, individualmente, por parte de todos y cada uno de los componentes, y luego se ha hecho la media”.

SÉPTIMO.- Con fecha 2 de julio de 2014 se da trámite de audiencia al resto de las partes interesadas en el expediente para que en el plazo de tres días hábiles puedan presentar las alegaciones a la reclamación y aportar y solicitar las pruebas que consideren oportunas en defensa de su derecho.

El día 7 de julio de 2014, presenta escrito de alegaciones don H.A.S. en representación de la empresa “Arcos Sustanciable Developement Consulting”, fuera del plazo de tres días hábiles concedidos para ello, ya que el mismo finaba el día 5 de julio de 2014.

No obstante, el escrito de alegaciones presentado por dicho licitador se puede resumir en la, según el mismo, adecuada acreditación de la solvencia técnica de dicha empresa que resultaba adjudicataria de la licitación ahora impugnada, aportando para ello una serie de datos en base a los cuales entiende el mismo queda perfectamente acreditada dicha solvencia que según el reclamante no se habría constatado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 33/2014, de 26 de junio, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- La primera cuestión planteada por la reclamante es la ausencia de solvencia técnica del adjudicatario.

Conforme al artículo 10.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) podrán celebrar los contratos regulados en la citada Ley Foral aquellas

personas que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional. A estos efectos, la norma determina que tanto el nivel de solvencia económica y financiera, entendida como la adecuada situación económica y financiera de la empresa para que la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de carácter económico o financiero, como el nivel de solvencia técnica o profesional, entendida como la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes, serán específicos para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada (artículos 13 y 14 de la LFCP). En los mismos artículos se establecen los medios que pueden servir para acreditar la solvencia de los licitadores.

Estas disposiciones no son sino fiel transposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que en su considerando 39 señala que la verificación de la aptitud de los licitadores y su selección *“deben realizarse en condiciones de transparencia”*. A tal fin, dice la Directiva, *“conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y los medios que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen dichos criterios. Siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador ha de estar obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato”*.

En consonancia con lo expuesto en el considerando citado, el apartado 2 del artículo 44 de la misma Directiva dispone que los poderes adjudicadores podrán exigir 7 los niveles mínimos de capacidades que los candidatos y licitadores deben reunir, y

estos niveles mínimos “*deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato*” y “*se indicarán en el anuncio de licitación*”.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 76/2013, de 17 diciembre, identifica los principios que inspiran toda licitación pública: transparencia, concurrencia y efectiva igualdad de trato, principios que recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2013 (Reino de España contra Comisión), cuando afirma: “...*El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). 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 que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)*”.

De la normativa y doctrina citada se desprende que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia. A estos efectos, la entidad adjudicadora deberá fijar en

los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 13 y 14 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de las asistencias que se pretenda contratar (artículo 14.2 LFCP).

Al respecto de la determinación concreta de la solvencia técnica en el asunto que nos ocupa, el artículo 6 de las condiciones esenciales para la adjudicación del contrato establecen como requisito de solvencia técnica una *“relación de trabajos de similar naturaleza realizados durante los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho.”*

En ningún caso puede considerarse que existe un nivel mínimo de solvencia. Si bien puede suponer un medio para acreditar la solvencia en ningún caso fija niveles mínimos a cumplir. En definitiva, la determinación de la solvencia se ha realizado de forma errónea si bien no ha sido alegada por las partes. Al respecto puede verse nuestro Acuerdo 1/2014, de 24 de enero.

En cualquier caso, de la vista de la documentación ofertada en fase de licitación por el adjudicatario se desprende que reúne la solvencia técnica suficiente para la participación en la licitación. En definitiva, debe desestimarse la reclamación en lo que a este primer motivo respecta.

TERCERO.- El segundo motivo alegado es la falta de negociación cuando se trataba de un procedimiento negociado.

Al respecto de ello, es cierto que el expediente bien pudo tramitarse teniendo como único trámite la factura por razón del importe y objeto del contrato (un contrato de asistencia inferior a 15.000 IVA excluido, puesto que no había entrado en vigor la Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos que reduce esta cuantía a 6.000 euros IVA excluido). No obstante, EDER optó por acudir al procedimiento negociado y como tal debe respetar las reglas legalmente previstas. No es obstáculo, asimismo, que el licitador ahora recurrente haya participado en la licitación para que ponga de manifiesto esta cuestión con la adjudicación. Pues el vicio que se alega es el de nulidad de pleno derecho.

Del estudio y análisis del expediente se verifica que efectivamente, como pone de relieve la recurrente, nos encontramos ante un procedimiento negociado sin publicidad cuyo condicionado no contiene término de negociación alguno. Tampoco consta que se haya realizado negociación alguna.

Al contrario, del condicionado se desprende que la adjudicación del contrato se realizará como si se tratase de un procedimiento abierto, sin que existan en el condicionado ni en las actuaciones de la unidad gestora actuación alguna relacionada con la negociación de las ofertas que se presentarán a la licitación. Tan solo se invitó a determinadas empresas a participar, se abrieron simultáneamente las ofertas y se aplicaron los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación. Ello es contrario a Derecho como pusimos de relieve en nuestro acuerdo 10/2013, de 14 de junio.

Las cláusulas 5 y 7 del condicionado regula la presentación de ofertas refiriéndose a una única presentación de ofertas. La cláusula 8, dedicada a los criterios de adjudicación, no contempla procedimiento de negociación alguno remitiéndose al otorgamiento de puntuaciones en función de la documentación técnica y económica 10 contenida en las proposiciones de los licitadores. De las actas contenidas en el expediente de contratación se observa que en el proceso no ha existido negociación.

El artículo 70.1 de la LFCP define al procedimiento negociado como “*un procedimiento de adjudicación no formalizado, en el que la Administración consulta y negocia las condiciones del contrato con uno o varios empresarios de su elección y selecciona la oferta justificadamente.*”.

El artículo 74 de la LFCP prescribe asimismo que en las invitaciones se contengan “*las necesidades que busca cubrir la Administración así como los términos de la negociación*”, exigiendo que durante la negociación todos los licitadores reciban igual trato.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C- 337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa establece que “*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato...*”. Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011(C-401/09 P) Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai contra Banco Central Europeo.

Resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, en relación con los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, sin que pueda quedar fijada con carácter inalterable la oferta, a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones correspondientes a los abiertos y restringidos. Por ello deberá existir cuanto menos una ronda de negociación tras recibirse la primera proposición. En otro caso no puede entenderse que exista negociación y se estarán vulnerando las reglas fundamentales para la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado, incurriendo en nulidad de pleno derecho, al omitirse un trámite esencial de este procedimiento. Trámite que, reiteramos, sirve, precisamente, para diferenciar este procedimiento respecto de otros.

En este sentido se pronuncia la Resolución n° 050/2011 de 24 de febrero de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual considera además *“la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas.”*

El Informe 21/97, de 14 de julio de 1997 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que *“el procedimiento negociado, término procedente de las nuevas Directivas comunitarias, es un procedimiento de adjudicación de contratos, caracterizado frente a la subasta y al concurso, ..., porque la adjudicación del contrato se adjudica... “previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios” y siendo la consulta y negociación los elementos esenciales definidores de este procedimiento de adjudicación, como antes lo eran de la contratación directa aunque la legislación anterior no era tan expresiva en este extremo, todas las cuestiones planteadas tienen que ser resueltas conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación que caracteriza a este procedimiento de adjudicación con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación.”*

El Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aseguraba que *“el elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido es que mientras que en estos no existe posibilidad de entrar en negociación sobre la propuesta presentada por cada licitador, en el procedimiento negociado se exige que previamente se ha señalado cuál será el objeto de la negociación y que, una vez verificada ésta, se han de fijar los términos del contrato, o dicho de otra manera se cerrará el contenido de los pliegos como soporte en el que se fijan los derechos y obligaciones de las partes y se definen los pactos y condiciones propios del contrato, como consecuencia de tal negociación...”*

En el mismo sentido que los anteriores informes se pronuncia el informe 16/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *“la razón de ser de su utilización, es la selección del contratista mediante una negociación entre el órgano de contratación y las empresas invitadas o candidatas, proceso que va delimitando las condiciones del contrato a partir de una primera oferta presentada por cada licitador. Lo que diferencia a este procedimiento del abierto y el restringido es que en este procedimiento, la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza mediante la negociación con los licitadores(...)La singularidad de la aceptación de la negociación en la contratación pública adquiere relevancia si se considera que, efectivamente, en los procedimientos abierto y restringido está prohibida cualquier negociación con los licitadores que entregan sus proposiciones en contenedores cerrados (sobre cerrado, sobre electrónico) y ya no tendrán más contacto ni relación con el órgano de contratación hasta el acto público de apertura de proposiciones y tampoco luego, en absoluto, durante todo el proceso valorativo de sus ofertas”*.

El informe 1/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña pone el acento en que se trata de un procedimiento excepcional y flexible donde es imprescindible la negociación *“quedando en otro caso desvirtuada la propia esencia y naturaleza de este procedimiento”*. *“Finalmente, conviene señalar también que esta Junta no desconoce que los órganos de contratación recurren a la utilización del procedimiento negociado sólo por el hecho de concurrir alguna de las causas habilitantes previstas en los artículos 154 a 159 de la LCSP, pero sin recoger en los pliegos de cláusulas administrativas correspondientes verdaderos mecanismos de negociación con las empresas participantes, que es el elemento definido de este tipo de procedimiento y del cual deriva la flexibilidad que lo caracteriza. Así, hay que tener en cuenta que, en estos casos, además de desvirtuarse la propia esencia y naturaleza de los procedimientos 13 negociados, la flexibilidad que caracteriza a este tipo de procedimientos -y de la cual deriva la falta de obligatoriedad de presentar la documentación relativa a las ofertas de las empresas de una forma prefijada- pierde su fundamento por la ausencia de*

mecanismos de negociación, ya que éste es el elemento que, hay que insistir, motiva la necesidad de flexibilidad en estos procedimientos.”

El Informe de 26 de junio de 1995, de dicha Junta Consultiva afirmaba también que *“la determinación previa de los aspectos negociables y de los criterios de adjudicación son los que aseguran el respeto a los principios de igualdad y no discriminación... y alejarán el procedimiento negociado de un sistema subjetivo y arbitrario de selección del adjudicatario”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en su informe de 21 de julio de 2010 realiza una consideración plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa: *“...no consta que se haya producido ningún tipo de negociación con los candidatos, sino que simplemente se han valorado las ofertas presentadas de acuerdo con los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego, como si se tratase de un procedimiento abierto. Así pues, parece evidente que se ha omitido el trámite correspondiente a la negociación, esencial en este tipo de procedimiento.”*

El Informe 3/2007, de 1 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía se pronuncia en el mismo sentido, distinguiendo las fases de negociación y adjudicación.

El Tribunal de Cuentas ha criticado de forma reiterada la *“ausencia de auténtica negociación en los contratos adjudicados por procedimiento negociado”* entre otros en su informe nº 947, donde critica que el órgano de contratación fiscalizado *“se limitó a invitar a diversas empresas a presentar ofertas para sin ulterior negociación adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación predeterminados en el correspondiente pliego, sin establecer con esas empresas la negociación exigida tanto por el artículo 92.3 TRLCAP como por el artículo 162.4 LCSP. Como ya ha puesto de manifiesto este Tribunal con esta práctica se desnaturaliza el procedimiento negociado, que se vacía del contenido que le es propio para asimilarse formalmente al procedimiento abierto...”*

En definitiva, la ausencia de negociación configura la omisión de un trámite esencial de este procedimiento. El artículo 126.2.a) de la LFCP considera como causas de nulidad de derecho administrativo, las establecidas en la legislación general del procedimiento administrativo. En particular, en el caso que nos ocupa, nos encontramos con la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la LJPAC, (“e) *Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*”).

Como pone de relieve el Dictamen 208/2010, de 6 de octubre de 2010 del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, relativo a la revisión de oficio de la contratación del servicio consistente en la gestión del velatorio municipal mediante procedimiento negociado sin publicidad, la omisión de los trámites esenciales del procedimiento conlleva la concurrencia de la causa citada sin que sea necesaria la ausencia total de procedimiento siendo suficiente con que el vicio conlleve que “*el procedimiento utilizado es otro distinto al exigido legalmente o bien cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omita aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos de los afectados.*”

“*La propia dicción de este precepto legal hace suponer que no queda acogido dentro del supuesto de nulidad cualquier incumplimiento de las formas procedimentales necesarias para la creación del acto, sino exclusivamente aquéllos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación. De este modo lo vino entendiendo tradicionalmente el Tribunal Supremo, quien en su Sentencia de 21 de octubre de 1980 afirmaba que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en dicho artículo, “el empleo de los adverbios allí reflejados -total y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno*

derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto”. No obstante, si bien, según lo expuesto, una primera reflexión parece conducir a referir el vicio de nulidad citado a aquellos supuestos en que se dicta el acto de plano y sin procedimiento alguno, la jurisprudencia ha abandonado esta posición restrictiva huyendo de la estricta literalidad del precepto y adoptando una postura más matizada, al entender que entran dentro del ámbito de aplicación de la causa de nulidad aludida los supuestos en que se han omitido trámites esenciales del mismo -entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, de 31 de mayo de 1991, de 9 de diciembre de 1993 o de 15 de junio de 1994. Similar trayectoria se observa en la doctrina del Consejo de Estado, quien, tras afirmar en una primera etapa que para poder ampararnos en el motivo indicado sería precisa la total y absoluta falta del procedimiento señalado, lo que supondría adoptar un acto administrativo careciendo mínimamente de la base procedimental sobre la que discurre la senda de la legalidad en la adopción del mismo, en dictámenes emitidos con posterioridad ha llegado a aceptar que la falta comprobada de un requisito formal esencial para la producción de un acto resulta suficiente para determinar la nulidad del mismo por el motivo analizado -entre otros, Dictamen 591/1995-. En suma, y siguiendo la línea expuesta por este Consejo Consultivo en reiteradas ocasiones -entre otros, en dictámenes 7/1998, de 27 de enero; 62/1999, de 14 de septiembre; 12/2000, de 22 de febrero; 151/2004, de 24 de noviembre; 97/2009, de 21 de mayo; o 210/2009, de 14 de octubre- hay que afirmar que procede admitir la concurrencia del motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, cuando el procedimiento utilizado es otro distinto al exigido legalmente o bien cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos de los afectados.”

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 determina la nulidad de pleno derecho de las irregularidades procedimentales donde se omiten los principales trámites del procedimiento en cuestión.

La sentencia del mismo Tribunal de 21 de mayo de 1997 exige que *“para que un acto administrativo sea nulo de pleno derecho es necesario que la Administración haya omitido los requisitos sustanciales para la formación del acto de que se trate”*.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006 indicó lo siguiente: *“la configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común -o unas reglas comunes de procedimiento añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados-y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la identificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto.”*

Por todo lo anterior, al haberse incumplido un trámite esencial del procedimiento negociado como es la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores, debe anularse el acto recurrido.

CUARTO.- Además, aduce el recurrente que la Mesa fue incorrectamente designada. Al efecto de ello, en función de la cuantía, objeto y procedimiento del

contrato no es necesaria la existencia de Mesa de Contratación. Así lo ponen de manifiesto los artículos 59 de la LFCP y 228 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

No puede decirse que haya una incorrecta designación de la unidad gestora que viene determinada en el artículo 5 de las condiciones esenciales y cuya participación se evidencia en el procedimiento.

Por otra parte, alude a la falta de contestación a varias solicitudes de información de acceso al expediente podría conllevar bien que se extendiera el plazo de reclamación hasta el momento de acceso efectivo a la documentación – lo que carece ahora de sentido por haber hecho uso el recurrente de este medio de recurso – o bien que la falta de información conllevará la ausencia de motivación suficiente del acuerdo, cuestión que analizamos en la siguiente consideración.

QUINTO.- Señala además que ha existido arbitrariedad en el otorgamiento de las puntuaciones. Resumidamente, se ponen de manifiesto dos cuestiones: una, que se aplicaron subcriterios de adjudicación no previstos inicialmente y dos, que la única motivación existente es una hoja de Excel donde constan las valoraciones obtenidas. Las condiciones esenciales determinaban como criterios de adjudicación los siguientes:

“1º.- Propuesta Técnica: hasta 50 puntos

2º.- Precio: hasta 50 puntos.

Para valorar la propuesta técnica se atenderá a los siguientes criterios de adjudicación:

- Alcance de la Propuesta: 50 puntos

o Monitorización de la información elaborada, con referencia a las fuentes para su posterior actualización en periodo sucesivos que permitan valorar impacto de Estrategias y planes. (20 puntos)

o DAFO detallado y comparado con situación a nivel regional, conclusiones. (20 puntos)

o Resumen Diagnóstico y DAFO para elaboración de un entregable (10 puntos)“

Sin perjuicio de recordar que la inexistencia de criterios de negociación determina la nulidad antes expuestas, baste por ello, simplemente aludir a la imposibilidad de efectuar subdivisiones no previstas en el condicionado inicial con vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato.

Y es como claramente se observa en la tabla Excel obrante en la página 46 del documento “*expediente completo 3*”(folio 179 del expediente) la entidad adjudicadora realizó las siguientes subdivisiones:

1.- Monitorización (20 puntos) que distribuyó en:

área geográfica: 2 puntos

situación socioeconómica y rural: 2 puntos

Situación sectorial: 2 puntos

Situación de medioambiente y clima: 2 puntos

Situación de infraestructura y dotaciones: 2 puntos

Breve descripción de trabajos a realizar: 2 puntos

Cronograma ~ equipo/planificación 4: puntos

Mejoras: 4 puntos

2. DAFO (20 puntos), distribuidos:

Breve descripción trabajos: 10 puntos

Comparativa datos a nivel regional: 10 puntos

3.- Resumen diagnóstico y DAFO (10 puntos), distribuidos:

Breve descripción de trabajos: 5 puntos

Mejoras: 5 puntos

Esta actuación es contraria a Derecho como hemos puesto de manifiesto reiteradamente en distintos acuerdos, por ejemplo el Acuerdo 35/2014, de 4 de julio.

El Artículo 45.4 de la LFCP dispone que el PCAP establecerá la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos, ponderación que podrá expresarse fijando una banda de valores adecuada. Así mismo, el artículo 58 de la misma norma establece que los servicios técnicos del órgano de contratación o la Mesa de Contratación procederán a la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el Pliego.

El objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento a que obliga el artículo 21 LFCP.

Este Tribunal entiende que los principios de publicidad, objetividad y transparencia aplicables a las licitaciones públicas han de conciliarse con la discrecionalidad que asiste a la Administración al valorar los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor, sin que sea exigible un grado de detalle o pormenorización en los Pliegos tan absoluto que haga imposible que entre en juego la indicada discrecionalidad, y que convierta la valoración de este tipo de criterios subjetivos en una actuación automática.

En este tema, la jurisprudencia comunitaria tiene declarados de forma reiterada (por todas la STJUE de 24 de enero de 2008, asunto Alexandroupulis, invocada por el reclamante) los siguientes principios:

a) Las directivas imponen a las entidades adjudicadoras velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios. El

principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia.

b) Cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida. Esta disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

El Tribunal dice en la misma Sentencia que estas afirmaciones no contradicen la interpretación realizada por el mismo Tribunal en su Sentencia de 24 de noviembre de 2005 (asunto ATI EAC y Viaggi di Maio, citada por la entidad reclamada), en un asunto en el que tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones y, no obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

En este caso, el Tribunal declaró que no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y

- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

En consecuencia, concluye la STJUE de 24 de enero de 2008, la Directiva, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

Los supuestos de hecho examinados en las dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son parecidos pero no totalmente coincidentes; así, en la STJUE de 24 de enero de 2008 (asunto Alexandroupulis) el anuncio de licitación contenía únicamente los criterios de adjudicación, procediendo la Mesa a determinar tanto los coeficientes de ponderación de esos criterios como los subcriterios de valoración, todo ello con posterioridad a la presentación de las ofertas. En la STJUE de 24 de noviembre de 2005 (asunto ATI EAC y Viaggi di Maio) tanto los criterios de adjudicación como sus coeficientes de ponderación y los subcriterios de aquéllos estaban previamente fijados en el pliego de condiciones, estableciendo la Mesa a posteriori sólo los coeficientes de ponderación de los subcriterios. Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que en la sentencia de 24 de enero de 2008 el Tribunal de Justicia adopte una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de valoración y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación. En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de Contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada

subcriterio, esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos.

Pero es que además, no existe más motivación en el expediente que una hoja de Excel que desglosa las puntuaciones a cada subcriterio y obtiene la media de ellos. No es suficiente este documento para motivar las puntuaciones otorgadas. Un supuesto similar era abordado, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre 2013 (as. T-165/12), donde dicho Tribunal manifestaba que es necesario que el destinatario del documento – que no son sino los propios licitadores y el órgano de contratación – pueda conocer “*de forma clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto, para, por un lado, permitir a los interesados conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otro lado, permitir al juez ejercer su control (sentencias del Tribunal de 14 de julio de 1995, Koyo Seiko/Consejo, T- 166/94, Rec. p. II-2129, apartado 103, y de 19 de marzo de 2010, Evropaiki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 49 supra, apartado 134).*”

Partiendo nuevamente de que debió existir negociación si se quería incluir la aludida tabla debían contenerse los comentarios suficientes como que a la luz de los mismos pudieran los licitadores comprender las razones por las que se han atribuido tales puntuaciones.

SEXTO.- Se cuestiona igualmente la falta de concreción de las mejoras en el condicionado. Al respecto, de la lectura de la cláusula 10 del pliego de prescripciones técnicas se observa que se iban a valorar – como luego se observa en la tabla de puntuaciones – “*mejoras propuestas al presente pliego, que no supongan un incremento del precio presupuestado, siempre que estén relacionadas con el objeto del contrato*”.

El artículo 51.1.b) in fine de la LFCP dispone que “*En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites,*

modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

De este artículo se desprende, y así lo ha señalado reiteradamente este Tribunal (el último de ellos el Acuerdo 35/2014, de 4 de julio), que están proscritas las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y a su ponderación.

La previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no podrá aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista sin coste para la Administración, si bien, *“para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.*

Conviene también reseñar la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se señala que *“las mejoras se valoran en muchas ocasiones de manera arbitraria, sin que su aportación represente ninguna mayor ventaja al objeto del contrato, como por ejemplo la reducción de plazo para la realización de una obra, en la que no concurre una especial urgencia. Para evitar tal situación, la jurisprudencia y la doctrina, han señalado reiteradamente que la valoración de las mismas deberá estar expresamente prevista en los pliegos, y delimitadas las que en su caso se podrán valorar. Ello tiene una especial repercusión en los contratos de obras, –que hay que recordar que se refieren a la ejecución de un proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato– y por lo tanto no pueden valorarse ofertas de mayor volumen de obras, que den lugar a ejecución de obras distintas a las precisadas en el proyecto aprobado. En este sentido se ha pronunciado ya esta Junta en el Informe 1/2011”*.

En definitiva, vista la dicción del condicionado puede afirmarse que la previsión de mejoras y su valoración (téngase además en cuenta que no se especifica cómo va a procederse a la valoración de ninguno de los criterios) constituye un vicio de nulidad de pleno derecho. Ello determina su posible apreciación en fase de recurso frente a la adjudicación ya sea porque lo señale la recurrente o incluso de oficio.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación presentada por don J.A.C.M., en representación de “EIN NAVARRA CONSULTORÍA Y GESTIÓN, S.L.”,

contra el Acuerdo efectuado por el Consorcio EDER en fecha 13 de junio de 2014 resolutorio de la adjudicación de la ejecución del contrato de asistencia para la realización de un Diagnóstico y DAFO de la situación comarcal de la Ribera de Navarra en base a la situación económica y rural del medio ambiente y el clima y de infraestructuras y dotaciones a favor de “H.A.S. (Arcos Sustainable Development Consulting)” y contra los pliegos que han regido el procedimiento.

2º. Notificar el presente Acuerdo a los reclamantes, al Consorcio EDER y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. 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 29 de julio de 2014. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla.