



Expte.: 44/2018

ACUERDO 66/2018, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don M.A.F., en nombre y representación de MRM Alonso Erviti Escorihuela Arquitectos Asociados SLP, frente a adjudicación del “Contrato de Redacción de Proyecto y en su caso dirección de las obras de construcción del Lote 7 de viviendas de protección oficial, promovido por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de diciembre de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación y pliego de condiciones reguladoras del procedimiento para adjudicación de servicios de redacción de los proyectos y en su caso dirección de las obras de construcción, por lotes, de diversos edificios destinados a VPO en arrendamiento, promovido por NASUVINSA.

SEGUNDO.- El día 7 de mayo de 2018, don M.A.F., en representación de MRM Alonso Erviti Escorihuela Arquitectos Asociados SLP, recibió la notificación del acuerdo de adjudicación correspondiente al lote nº 7.

TERCERO.- El día 17 de mayo de 2018 don M.A.F., en nombre y representación de MRM Alonso Erviti Escorihuela Arquitectos Asociados SLP, interpone reclamación especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del lote 7 del contrato, en base a los siguientes argumentos:

- a) Con fecha 5 de febrero de 2018, una vez realizada la valoración de las proposiciones técnicas presentadas por los licitadores concurrentes en el procedimiento de adjudicación de referencia, tiene lugar el acto público de apertura de las ofertas económicas.

- b) El día 9 de febrero de 2018, tras el acto público de apertura de ofertas, se notifica a los licitadores una adjudicación provisional de cada lote, pero sin establecer un periodo de alegaciones.
- c) El 7 de mayo de 2018 reciben nueva comunicación en la que, tras la revisión de la anterior valoración de las ofertas presentadas, se modifican de manera sustancial las puntuaciones finales de la licitación en todos los lotes; proceder que supone una vulneración de la cláusula 11 del pliego regulador, en la medida en que no es posible realizar modificación alguna en las valoraciones de la propuesta técnica, una vez abiertas las ofertas económicas.
- d) Si bien las bases del concurso establecían que, con excepción del lote número 3, un licitador no podrá ser adjudicatario de más de un lote (punto 1, in fine), de forma que en caso de darse tal circunstancia, se vería obligado a elegir un único lote, renunciando a los otros, resultando adjudicatario el licitante situado en segundo lugar en los mismos, lo cierto es que la entidad contratante no ha permitido acceder a las puntuaciones otorgadas en otros lotes al adjudicatario del lote nº 7 ni tampoco a las puntuaciones del resto de licitantes en los mismos.
- e) En virtud de lo establecido en el Pliego, NASUVINSA cuenta con la potestad de efectuar las comprobaciones necesarias sobre la veracidad de las afirmaciones y realizar “ajustes” en las propuestas presentadas.
- f) En el caso concreto de su propuesta, uno de los motivos de incumplimiento de la normativa de habitabilidad se debe a la ausencia de los metros lineales de cuerdas de tender; extremo fácilmente subsanable sin necesidad de modificación de las dimensiones de los espacios (por ejemplo disponiendo de las cuerdas en varios niveles o soluciones técnicas similares). Motivo por cual, consideran que los ajustes realizados en su propuesta, eliminando la superficie de toda la vivienda donde existe duda sobre el cumplimiento de algún punto de la normativa, es arbitrario y excesivo en su aplicación.

Por todo lo anteriormente expuesto solicitan la anulación del concurso desde su convocatoria, a la vista de los múltiples errores y arbitrariedades cometidos. Subsidiariamente y para el caso de que no se estimara lo anterior, la anulación de todo

lo actuado desde la valoración de la propuesta técnica del Lote n° 7, retrotrayendo el procedimiento hasta ese momento y volviendo a realizar por tanto una nueva valoración ajustada a Derecho, o en su defecto, la anulación de todo lo actuado desde la apertura de las ofertas económicas, retrotrayendo el procedimiento hasta ese momento y eliminando las modificaciones realizadas sobre la valoración de la propuesta técnica tras dicha apertura.

Asimismo y, en todo caso, solicitan la retroacción del procedimiento al momento de notificación de las adjudicaciones de todos los lotes, permitiéndole acceder a las puntuaciones otorgadas a todos los licitantes en los diferentes lotes, y abriendo plazo para recurrir dichas adjudicaciones.

CUARTO.- El día 18 de junio de 2018 NASUVINSA presenta escrito en el que se allana a la petición principal de la reclamación interpuesta que solicita la anulación del concurso desde su convocatoria y, además, solicita que el Tribunal proceda a la anulación del presente procedimiento en cuanto a los lotes 1 a 7, por entender que la reclamación interpuesta se ajusta a derecho.

QUINTO.- El día 6 de julio de 2018, se abrió el periodo de alegaciones a terceros interesados en el procedimiento de reclamación, compareciendo, con fecha 11 de julio, don Blasco Esparza Pamplona S.L.L., don F.C.R. y don R.G.G., quienes presentan alegaciones oponiéndose a la reclamación formulada. Todos ellos alegan que se ha cumplido estrictamente lo establecido en el pliego de condiciones reguladoras de la contratación que se configura como verdadera ley del contrato, ya que la cláusula duodécima del mismo, relativa a la adjudicación del contrato, indica que se procederá a comunicar la adjudicación provisional de los diferentes lotes, que quedará condicionada a las comprobaciones indicadas en la cláusula undécima.

Exponen, en este sentido, que desde la publicación del pliego, con fecha 7 de diciembre de 2017, todos los participantes han conocido en igualdad de condiciones las normas que iban a regir en el procedimiento de contratación objeto de las diferentes

reclamaciones, cumpliéndose en todo momento los principios que rigen la contratación pública.

Indican que en todo momento los licitadores han tenido conocimiento de que se iban a dar a conocer las puntuaciones técnicas provisionales así como los resultados de la apertura de las ofertas económicas, sin que ninguno de ellos en los momentos procesales oportunos presentara reclamaciones en materia de contratación pública ni contra los pliegos ni contra los actos de apertura de las ofertas; de manera cuestionarlo con ocasión de la impugnación de la adjudicación constituye un evidente supuesto de contradicción de los actos propios.

Estiman que en ningún momento se ha producido una situación de indefensión para el resto de licitadores, toda vez que todos los participantes han asumido, sin reproche alguno, el contenido de los pliegos y los actos derivados de los mismos llevados a cabo por el órgano de contratación; más aún cuando, del resultado de las ofertas económicas, se desprende la evidente conclusión de que los participantes han presentado ofertas económicas iguales o muy similares, teniendo prácticamente una nula incidencia en la puntuación definitiva. Apuntando, en este sentido, que el presente procedimiento se ha adjudicado mediante criterios objetivos, resaltando que en el caso de la puntuación relativa al “diseño adecuado del entorno urbano”, siendo un criterio sujeto a valoración subjetiva, la misma fue concedida íntegramente a todos los participantes, de manera que las ofertas económicas presentadas no han tenido incidencia en la adjudicación de los diferentes lotes.

Añaden que todos los criterios de valoración existentes se basan en fórmulas de puntuación objetiva, destacando que la revisión de las mediciones de los licitadores, no supone una nueva valoración subjetiva del órgano de contratación; en primer lugar, porque se trata de puntuaciones basadas en fórmulas objetivas, donde no cabe la discrecionalidad del órgano de contratación, y por otro porque las puntuaciones técnicas ya han sido valoradas, y la actuación de Nasuvinsa se basa únicamente en la comprobación de que los datos aportados por los licitadores son reales, exactos y se adecúan a la normativa de aplicación; actuación que resulta perfectamente válida,

siendo el procedimiento recogido en el pliego, y que responde a la obligación del órgano adjudicador de comprobar la veracidad de las ofertas y exigir que se adecúen al cumplimiento estricto de la normativa aplicable, resultando, además, que las comprobaciones efectuadas han sido realizadas por el órgano de contratación con el asesoramiento de entidades externas, con objetividad y transparencia, que todas las modificaciones efectuadas han sido motivadas y justificadas.

Respecto al allanamiento planteado por Nasuvinsa, todos ellos consideran que es contrario a derecho, poniendo de manifiesto que la Administración no puede allanarse cuando eso implique incurrir en renuncia prohibida de derechos, fraude de ley o perjuicio a terceros, o ser contrario al interés público; indicando, al respecto que el procedimiento ha sido en todo momento ajustado a derecho, respetándose los principios de la contratación y que si se hubiera producido algún error en la fase de adjudicación de un concreto lote, por el principio de conservación de los actos, el resto del concurso así como la adjudicación del resto de lotes no puede verse afectada.

Estiman que el allanamiento planteado es contrario a derecho, afectando al derecho legítimo del resto de adjudicatarios así como del resto de licitadores que han realizado un esfuerzo y un trabajo que ahora se declara por la propia administración como inservible, y que repetir el procedimiento supondría un gravísimo perjuicio a los adjudicatarios definitivos actuales que se verían privados del derecho a ejecutar un contrato legítimamente obtenido, y además si se publicara un nuevo procedimiento sobre las mismas parcelas, todos sus competidores, conocedores de sus soluciones arquitectónicas, se aprovecharían de su trabajo, conculcándose su propiedad intelectual. Perjuicios a terceros que, consideran, han de suponer un claro límite a la capacidad de Nasuvinsa de allanarse frente a las reclamaciones de los lotes 1 y 7, sobre las que, por otro lado, no aportan argumentaciones que justifiquen la nulidad de todo lo actuado, careciendo del requisito de motivación exigido para este tipo de actos.

En último lugar, don R.G.G. y don M.B.B., en relación con la condición de interesado del reclamante en la adjudicación de todos los lotes, niegan tal condición en la medida en que si bien puede haber un efecto indirecto en una adjudicación como

consecuencia del resultado de otro, el hecho de que el resultado de un expediente pueda producir efectos en otro no convierte a todos los interesados del segundo expediente en interesados del primero.

Asimismo, manifiestan que la pretensión formulada en orden a la declaración de nulidad de todo el concurso desde el inicio, debe ser rechazada por cuanto no está justificada ni siquiera por el propio contenido de la reclamación, puesto que únicamente se han alegado disconformidades con la revisión de la valoración de las puntuaciones de uno de los lotes. Apuntan, asimismo, que la solicitud de retroacción al momento de la valoración también debe ser rechazada por cuanto el reclamante lo que pretende es sustituir la valoración del Tribunal por la suya propia; debiendo ser rechazada, igualmente, la segunda pretensión subsidiaria relativa a la anulación de las comprobaciones efectuadas por la entidad contratante, por cuanto ello supondría admitir las ofertas de todos los licitadores aun cuando en muchos de los casos no cumplen la normativa aplicable o había errores materiales de medición. Finalmente, apunta no procede considerar que todos los licitadores sean interesados de cada lote sin perjuicio de que pueda afectarles de manera indirecta alguna de las adjudicaciones; motivo por el cual debe ser inadmitida, por carecer de fundamento, la pretensión relativa al acceso a las puntuaciones otorgadas a todos los licitadores en los diferentes lotes y apertura de plazo para recurrir dichas adjudicaciones.

En base a lo expuesto, todos ellos solicitan que se desestime el allanamiento formulado y la reclamación presentada, declarándose que todo el procedimiento y, en concreto, el acto de adjudicación del Lote 7 reclamado es ajustado a derecho confirmándolo íntegramente.

SEXTO.- Atendiendo lo dispuesto en el artículo 127.2 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), mediante Acuerdo 52/2018, de 23 de julio, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra advierte a las partes interesadas en la reclamación de la posible existencia de nulidad de pleno derecho y establece un plazo de alegaciones de tres días hábiles para que formulen las que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba necesarios.

Como se señala en el Acuerdo del Tribunal, la posible nulidad de pleno derecho deriva del hecho de que la licitación no ha sido objeto de publicidad en el DOUE tal y como obliga el artículo 83 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LF 2006), aplicable a esta licitación en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria 1ª LFCP, que determina que debe procederse a la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, conforme al procedimiento y modelos oficiales establecidos por la misma, para la adjudicación de un contrato de asistencia o la celebración de un acuerdo marco, cuando su valor estimado sea igual o superior a los 221.000 euros, como es el contrato cuya licitación nos ocupa.

SEPTIMO.- Dentro del plazo habilitado al efecto en el seno de incidente de nulidad sustanciado por este Tribunal, no se han formulado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NASUVINSA es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1 e) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), por lo que las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122.2 LFCP.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, al presente procedimiento de adjudicación resultan de aplicación, “ratione temporae”, en atención a la fecha de inicio del mismo, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, por quien, habiendo participado en la licitación, ostenta legitimación activa en orden a la

impugnación de los actos que se dicten en el seno del procedimiento de adjudicación de referencia.

CUARTO.- La cuestión más trascendente que se plantea en esta reclamación es la existencia de o no de causa de nulidad de pleno derecho advertida a las partes interesadas por este Tribunal mediante el Acuerdo 52/2018, de 23 de julio, derivada de la omisión de la preceptiva publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Por ello, entraremos en primer lugar en el análisis de esta cuestión en la medida en que el resultado del mismo incide en el objeto de la reclamación presentada, habida cuenta que una eventual declaración de nulidad del procedimiento de adjudicación determinará la innecesaridad de analizar los motivos de impugnación esgrimidos por el reclamante frente a la adjudicación del contrato de referencia.

Es un hecho indubitado que la licitación no ha sido sometida a publicidad comunitaria (art. 83.1 a) LFCP), en este caso preceptiva por tener el contrato, a la vista de lo dispuesto en la cláusula 4 del PCAP, un valor estimado superior al umbral comunitario, y corresponder su código CPV a uno de los contratos contemplados en el Anexo II A de la LFCP. Por ello procede pronunciarse acerca de los efectos que produce esta, adelantamos, gravísima infracción del ordenamiento jurídico.

La publicidad de la licitación constituye la exteriorización de unos de los principios esenciales de la contratación pública, cuyo fundamento último además se encuentra en el propio texto constitucional a fin de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la igualdad de trato (artículo 14 de la Constitución) en este concreto sector del ordenamiento jurídico, y que la LFCP acoge entre los principios rectores de la contratación pública.

Siendo patente la infracción, debe advertirse que el artículo 126.2 de la LFCP determina expresamente que, entre otras, es causa de nulidad de derecho administrativo de los contratos celebrados por la Administración la “*adjudicación de un contrato sin*

anuncio de licitación previo cuando éste sea preceptivo de acuerdo con las normas de la presente Ley Foral”, y el artículo 83.1 de la norma no puede ser más claro:

“1. Deberá procederse a la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, conforme al procedimiento y modelos oficiales establecidos por la Unión Europea, para la adjudicación de un contrato o la celebración de un acuerdo marco, cuando su valor estimado, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

a) 221.000 euros respecto de los contratos de suministro y para los contratos de asistencia contemplados en el Anexo II A de esta Ley Foral. ...”

Pues bien, precisamente ante uno de los supuestos tasados de nulidad radical nos encontramos: el artículo 126.2 LFCP declara expresamente la nulidad de la adjudicación de un contrato *“sin anuncio de licitación previo cuando éste sea preceptivo”* y el anuncio comunitario es preceptivo en este caso.

A mayor abundamiento, el artículo 21, apartado 1, de la LFCP dispone que las entidades sometidas a la Ley Foral interpretarán las normas respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria y ésta, como recordamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 9/2015, de 16 de febrero, afirma tajantemente que la falta de publicidad comunitaria de una licitación constituye una irregularidad que supone una de las infracciones más graves del Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de enero de 2005 -asunto C-26/03, Stadt Halle).

Además, conforme al apartado 3 del artículo 83 LFCP, el envío del anuncio al DOUE deberá preceder a cualquier otra publicidad y, en todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio comunitario. Respecto del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra, que es el realizado en el caso que nos ocupa, el citado precepto indica que se publicará *“además”* del anuncio comunitario, lo que unido a lo anterior indica su subordinación a éste. En definitiva, en contratos de valor estimado superior al umbral comunitario el anuncio de licitación que se debe enviar al DOUE es

indisponible y su omisión produce la nulidad de la licitación, quedando todos los demás anuncios supeditados a éste.

Siendo preceptiva la publicación en dicho Diario Oficial Europeo, su omisión constituye un vicio de nulidad de pleno derecho con arreglo al artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), pues a la omisión total y absoluta del procedimiento se le equipara igualmente el supuesto de falta de un trámite esencial - por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2010 -. Tal y como señala la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 119/2016, de 12 de enero, difícilmente puede negarse este calificativo cuando la infracción de estas reglas de publicidad previstas en la normativa comunitaria puede generar la responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento del Derecho de la Unión (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 22 de abril de 2010 —asunto 0-423/07- y Sentencia TJUE, Sala Sexta, 27 de octubre de 2011 —asunto 0-601/1 0-). Conclusión compartida por este Tribunal, entre otros, en nuestro Acuerdo 14/2015, de 23 de febrero.

Así pues, la omisión de la publicidad comunitaria del anuncio de licitación cuando ésta, como en el caso que nos ocupa, es preceptiva constituye un vicio de nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación, tal y como razona la Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 266/2016 de 2 junio: “(...) *Respecto a los efectos de la falta de publicación en el DOUE del anuncio de licitación, no puede considerarse como una mera causa de anulabilidad, sino de nulidad de pleno derecho ex lege, por aplicación del referido art. 126.2 LFCP porque, como ya se ha dicho, el anuncio en el DOUE es preceptivo en este caso y además también se ha producido infracción en el establecimiento del plazo de presentación de ofertas, que es inferior al plazo mínimo establecido en la LFCP y en el Ordenamiento Comunitario para los contratos de valor estimado superior al umbral comunitario. La falta de publicidad comunitaria de una licitación es una irregularidad que supone una de las infracciones más graves del Derecho comunitario (STJUE de 11 de enero de 2005 -asunto C-26/03 (LA LEY 4186/2005) , Stadt Halle) y tampoco puede considerarse que con la publicidad de la*

licitación en el Portal de Contratación de Navarra se cumple el requisito de publicidad porque el art. 83.3 de la LFCP establece que: "En los supuestos previstos en el apartado 1, el anuncio se publicará, además en el Portal de Contratación de Navarra. El envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea deberá preceder a cualquier otra publicidad. Y en todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio comunitario". Esto es, en el caso de contratos de valor estimado superior al umbral comunitario el anuncio de licitación que se debe enviar al DOUE es indispensable y su omisión produce la nulidad de la licitación, quedando todos los demás anuncios supeditados a éste.

Como se destaca en la resolución recurrida, en la exposición de motivos de la Ley Foral 13/2013 de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos se explica que: "La adjudicación directa ilegal es, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratación pública. A estos efectos, la Directiva 2007/66/CE considera como adjudicación directa ilegal (considerandos 14 y 15) toda adjudicación sin la previa publicación de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)", incluyendo en el art. 126 como causa de nulidad radical la falta de la publicidad preceptiva.

Por tanto, la falta de publicación de la contratación en el DOUE determina la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de contratación, siendo así conforme al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida, sin necesidad de analizar ya los motivos de impugnación en cuanto a los criterios de valoración".

Por todo ello, este Tribunal debe pronunciarse en el sentido de declarar la nulidad del procedimiento de adjudicación y la imposibilidad de continuarlo.

QUINTO.- Declarada la nulidad del procedimiento de adjudicación, en puridad deviene innecesario analizar las alegaciones esgrimidas en el escrito de reclamación; si bien, conforme a lo previsto en los artículos 213.2 LFCP y 119.3 LPACAP, debemos decidir sobre cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantea el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados, aunque estas no tengan ya efectos sobre la decisión final que vamos a adoptar, lo que unido al principio de eficacia

del funcionamiento de la Administración (artículo 103 CE), a fin de evitar que en el futuro se puedan plantear contiendas similares, obliga a pronunciarnos sobre los motivos alegados por el reclamante.

En este sentido, pone de manifiesto que tras el acto público de apertura de las ofertas económicas presentadas por los licitadores admitidos, por parte de la entidad contratante se notifica, con fecha 9 de febrero de 2018, a los interesados una suerte de adjudicación provisional de los distintos lotes; cuyo resultado es modificado, con posterioridad, de manera sustancial tras realizar una revisión de las propuestas técnicas presentadas, notificándose el resultado definitivo con fecha 7 de mayo de 2018. Manifestaciones admitidas por la entidad contratante a la vista del allanamiento formulado.

Así pues, tal y como señalan los reclamantes se ha modificado la valoración técnica una vez conocida la oferta económica formulada por los distintos licitadores. Proceder que contraviene lo dispuesto en el artículo 58 LFCP que, al regular el orden de valoración de la oferta en los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, determina que *“En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, una vez efectuada la admisión de licitadores o la invitación a presentar la oferta, se procederá, por la unidad gestora del contrato o por la Mesa de Contratación, a la apertura de la oferta salvo la relativa al precio ofertado, que se hará en acto público.*

Los servicios técnicos del órgano de contratación o la Mesa de Contratación procederán a su valoración conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Efectuada la valoración, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra con al menos setenta y dos horas de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura pública del precio ofertado.

En el acto público de apertura, con carácter previo a ésta, se comunicará a los asistentes el resultado de la valoración efectuada por la Administración”.

Asimismo, la actuación descrita contraviene, tal y como manifiesta el reclamante, las disposiciones contenidas en el propio PCAP que, con carácter vinculante para las partes, establece en su cláusula undécima, en relación con la apertura de las propuestas económicas, que tras la apertura de las propuestas técnicas *“se publicará en el Portal de Contratación de Navarra el lugar, día y hora en el que tendrá lugar la apertura pública de las ofertas económicas, con una antelación mínima de 72 horas.*

Comenzará la sesión, manifestando NASUVINSA las proposiciones admitidas, las rechazadas y las causas de inadmisión de éstas últimas. Seguidamente se comunicará a los asistentes el resultado de la valoración provisional de la proposición técnica efectuada.

Nasuvinsa revisará las puntuaciones técnicas obtenidas por los adjudicatarios provisionales de cada lote con carácter previo a proceder a su posible adjudicación definitiva, en orden a realizar las comprobaciones necesarias sobre la veracidad de las afirmaciones realizadas por los mismos, tanto en cuanto a superficies útiles del proyecto, como a la demanda energética de calefacción. Para ello podrá contar con el asesoramiento externo que entienda necesario.

Se procederá a partir de ese momento a la apertura de los sobres correspondientes a la oferta económica de cada uno de los lotes”.

A la vista de lo expuesto, debe considerarse como vicio invalidante del procedimiento, el hecho de que se realice una valoración técnica que tras la apertura del sobre correspondiente a la oferta económica; es revisada y modificada, sirviendo ésta nueva valoración técnica para realizar una nueva propuesta de adjudicación, distinta a la que hubiera resultado con la anterior valoración técnica.

Y ello es así, amén lo señalado anteriormente, por cuanto supone una gravísima conculcación de las garantías que la LFCP prevé en relación con las proposiciones de los interesados al disponer en su artículo 52 que *“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.*

2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración. (...)

4. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, si la Administración considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de los licitadores, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez.

Las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar, en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran. (...)”

En consecuencia, una vez realizada la valoración técnica y conocida la oferta económica por haberse abierto el sobre número 3, no cabe realizar modificaciones en dicha valoración técnica. Por todo ello, tal y como pone de manifiesto la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 260/2017, de 10 de marzo, cabe concluir que el procedimiento adolece de graves errores invalidantes que determinan de plano la nulidad de todo lo actuado puesto que se ha prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido.

Y en este sentido, debemos recordar la reiterada posición de este Tribunal relativa a que el hecho de desvelar el secreto de las proposiciones económicas constituye causa de nulidad de pleno derecho (por todos el Acuerdo 16/2014, de 3 de abril), que señala que: “*Se trata de la primera fase del procedimiento de adjudicación que consiste en verificar la aptitud de los operadores económicos admitidos al procedimiento de contratación mientras que la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos (Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña). Ello siguiendo fundamentalmente la doctrina de la*

sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C 31/87 - "Beentjes"). Por ello se comprende que el Acuerdo 18/2013 de 29 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra enfatizara en el carácter bifásico del procedimiento o en el secreto de proposiciones respecto de documentación administrativa y técnica, sin perjuicio de que la confusión entre ambas fases solo causa vicio de nulidad cuando lo que se desvela es la oferta económica – única protegida en la LFCP con el carácter de secreto (artículos 52.2 y 189.3 de la LFCP)”.

Por último, en cuanto a los efectos de la irregularidad advertida, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales antes citada, recogiendo la doctrina contenida, entre otras, en la Resolución del mismo órgano revisor 425/2016 de 3 de junio de 2016 razona que: *“Así, para decidir si procede únicamente la retroacción de las actuaciones al momento del requerimiento de subsanación, o debe anularse íntegramente el procedimiento, debe analizarse si se ve comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los licitadores. En efecto, como pone de manifiesto la Resolución 279/2016, 15 de abril, “a este respecto, debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la retroacción de actuaciones al momento de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor conocida la valoración de los criterios evaluables mediante fórmula, como es el caso que aquí se plantea. Así, como se ha señalado en anteriores Resoluciones (155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero, 673/2015, de 17 de julio, y 225/2016, de 1 de abril), “la exigencia de respetar el principio de confidencialidad, y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre concurrencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas automáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP que señala que “la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones*

para hacer posible esta valoración separada”. En el mismo sentido, el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RD 817/2009), dispone que “la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos” y, de manera consecuente, el artículo 30.2 del mismo Reglamento establece que “en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”.

Sobre el principio de confidencialidad y su conexión con la igualdad y la seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 30 de abril de 2014, Asunto T637/2011, afirmó que se puede “(...) considerar garantizada la confidencialidad de las ofertas [por] que la comisión de apertura de las ofertas [se] halle en dos sobres sellados intactos. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una oferta. Por consiguiente, la demandante no puede alegar fundadamente que tal obligación viola el principio de proporcionalidad (...).” De igual modo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, recurso de casación 520/2007, se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones, diciendo que “se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior.”

De la citada doctrina jurisprudencial se ha hecho eco este Tribunal en sus resoluciones. Así, por todas las Resoluciones 225/2016, de 1 de abril, 441/2015, de 14 de mayo, 688/2014, de 23 de septiembre, así como el Dictamen del Consejo de Estado

670/2013”. En el Dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013, se informa del siguiente modo: “Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato”.

De lo expuesto se desprende que en los procedimientos en los que se establezcan criterios de valoración objetiva o mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, deberán cuantificarse con posterioridad a la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor. Y ello viene motivado por la necesidad de garantizar que los criterios sometidos a juicio de valor no puedan verse condicionados por la previa valoración de los elementos objetivos. En tal caso se correría el riesgo de permitir al órgano de contratación otorgar una mayor o menor puntuación a estos criterios subjetivos para acomodar la puntuación total a la luz de la puntuación obtenida en la valoración de los criterios sujetos a fórmula matemática. De este modo, la ley separa en dos sobres la documentación a valorar según un juicio de valor y la documentación a valorar según un juicio de valor, respectivamente. La documentación de uno y otro sobre no puede estar mezclada y solo una vez emitida la valoración del sobre referido a la documentación sujeta a juicio de valor, se procede a la valoración del de la documentación evaluable mediante fórmulas. La Ley de Contratos del Sector Público, pretende enervar precisamente este hecho, a saber: que conociendo la puntuación objetiva se pueda ver condicionada la puntuación subjetiva (con la dificultad que

conlleva el control de este criterio), de tal suerte que pueda dirigirse la adjudicación en uno u otro sentido, en función del interés del órgano de contratación en que el contrato se adjudique a una empresa u otra. Ello comprometería gravemente la imparcialidad de éste y suscitaría reclamaciones fundamentadas esencialmente en haber otorgado mayor puntuación a estos criterios subjetivos para favorecer a unos u otros licitadores, y viéndose estos criterios subjetivos revestidos de mayor discrecionalidad técnica que los objetivos que, en puridad, son elementos reglados y más fácilmente fiscalizables por los órganos de control.

Por todo ello, al no haber respetado la mesa de contratación una regla esencial del procedimiento, la relativa a la valoración de los criterios subjetivos con anterioridad a los sometidos a fórmula matemática, y resultando imposible la retroacción de las actuaciones, al verse ya comprometida la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación, procede decretar la nulidad del procedimiento, sin perjuicio que por el órgano de contratación se proceda a la convocatoria de nueva licitación.

Por su parte, el mismo órgano revisor en su Resolución 1077/2015 de 20 de noviembre de 2015, 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 pues, debe advertirse que aún en el supuesto de que no hubiese procedido la declaración de nulidad del procedimiento de adjudicación derivada la omisión de la preceptiva publicidad del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, las irregularidades advertidas en el procedimiento en relación con la valoración técnica y su revisión, hubieran determinado, por sí mismas, la nulidad del acto de adjudicación del contrato, si bien – tal y como señalamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 56/2016, de 11 de noviembre - dado que se han abierto las propuestas económicas (sobre nº 3), por mor del principio de transparencia y no discriminación, resultaría imposible efectuar una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, por lo que procedería declarar la nulidad de todo lo actuado, resultando imposible la retroacción del procedimiento al momento al anterior a la realización de la revisión de la valoración técnica puesto , conociéndose la oferta económica, se ha visto comprometida también la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta don M.A.F., en nombre y representación de MRM Alonso Erviti Escorihuela Arquitectos Asociados SLP, frente a adjudicación del “Contrato de Redacción de Proyecto y en su caso dirección de las obras de construcción del Lote 1 de viviendas de protección oficial, promovido por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA), declarando la nulidad del procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de continuarlo válidamente, por haberse omitido la preceptiva publicidad del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2º. Notificar este acuerdo a don M.A.F., a NASUVINSA y a cuantos aparezcan como interesados en el procedimiento y acordar su publicación en la sede electrónica 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, 31 de julio de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.