



Expte.: R-14/2015

ACUERDO 14/2015, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.U.G, en representación de “LIMPIEZAS ARTAZA, S.L.”, frente a la Resolución 2/2015, de 12 de enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara válido el procedimiento tramitado y se adjudica el contrato de limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien (Colegio Público San Miguel y Colegio Público Auzalar) a la empresa “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.”

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de noviembre de 2014 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de asistencia para la limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien (Colegio Público San Miguel y Colegio Público Auzalar), que se tramitó por procedimiento abierto inferior al umbral comunitario, según indica su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Pese a que el valor estimado del contrato es de 453.600 euros, según señala la cláusula 3 del propio PCAP, no consta que se haya realizado la preceptiva publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. De acuerdo con el anuncio publicado, el plazo de presentación de solicitudes u ofertas alcanzaba del 28 de noviembre de 2014 al 18 de diciembre del mismo año (en total, 20 días naturales).

SEGUNDO.- El día 14 de enero de 2015 fue notificada al reclamante la Resolución 2/2015, de 12 de enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara válido el procedimiento tramitado se adjudica el contrato a la empresa “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.”

TERCERO.- Con fecha 24 de enero de 2015, don J.M.U.G, en representación de “LIMPIEZAS ARTAZA, S.L.”, interpone reclamación en materia de contratación pública. La reclamación se motiva, por una parte, en la infracción de los principios de transparencia, igualdad y tutela efectiva, afirmándose que la Mesa de Contratación ha introducido de forma arbitraria criterios o mejoras a los que no se hace referencia ni en la redacción de la documentación a presentar por parte de los licitadores, ni en los criterios de adjudicación establecidos ni en las prescripciones técnicas. Por otro lado, se señala que no se han valorado de la misma manera varios de los apartados de los criterios de adjudicación (1.b), 2.a) 2.b), 3), de forma que ante situaciones similares se otorgan diferentes puntuaciones, lo que genera una falta de igualdad de trato.

Por todo ello, se solicita que estime la existencia de vicio de nulidad o se anule el acuerdo de adjudicación y se declare la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

CUARTO.- Con fecha 27 de enero de 2015 el Ayuntamiento de Orkoien aporta el expediente administrativo y presenta escrito de alegaciones en el que señala que del escrito del reclamante no se desprende la concurrencia de ninguna causa de nulidad o anulabilidad sino la mera disconformidad del mismo con la valoración realizada por la Mesa de Contratación, que a juicio del Ayuntamiento ha sido realizada con criterios objetivos, claros y adecuados a Derecho y sin tener en cuenta ningún tipo de mejora, estando además la Resolución de adjudicación suficientemente motivada. Por todo ello solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 5 de febrero de 2015 se da traslado del expediente a los interesados para que aporten las alegaciones que consideren interesar a su derecho. Transcurrido el plazo para la presentación de alegaciones “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.” y “UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZA, S.A. (LIMPIEZAS UNI2)” han hecho uso de esta facultad en tiempo y forma, alegando lo siguiente.

“AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.” señala en su escrito que la valoración del apartado 1.a) se ha realizado de forma cabal y sin que ello suponga la introducción *ex*

novus de nuevos criterios. Afirma, además, que si prosperara el motivo de impugnación debería ser aplicado el principio de conservación de actos, anulando únicamente el citado apartado y conservando la validez del resto del procedimiento dado que la anulación de este apartado conllevaría igualmente la adjudicación a su favor. Por otra parte afirma que la valoración de las ofertas se ha producido en su conjunto con estricto respeto a los pliegos y que las razones expuestas por el órgano de contratación se encuentran dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica dado que la estimación de la forma y medios en que mejor será cumplido el interés público inherente al contrato administrativo corresponde al órgano de contratación y no a los licitadores. Solicita, en consecuencia, la desestimación íntegra de la reclamación.

Por su parte “LIMPIEZAS UNI2”, en línea con los argumentos de la reclamante, afirma que se han producido graves infracciones en el procedimiento que deben conducir a la anulación de la adjudicación. En particular considera que existe un error material y discrecionalidad técnica no razonable en la valoración del subcriterio 4.a), indebida formulación de criterios de valoración susceptibles de juicio de valor que hubieran debido configurarse como criterios de solvencia en el mismo apartado 4.a), falta de previsión en los pliegos de la forma en la que se van a valorar las mejoras que se pueden ofertar, previsión contemplada en el apartado 1.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), dado que no se señalan los requisitos, modalidades y límites de las mismas y finalmente vulneración de los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad en la valoración de las ofertas respecto de los criterios 2.b) y 3. Por todo ello señala que debe anularse el procedimiento en su totalidad por infracción de los principios de igualdad de trato y de transparencia y solicita la anulación de la Resolución de adjudicación ahora recurrida, la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, la anulación del procedimiento de licitación y subsidiariamente la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas según correcciones que se estimen oportunas por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

SEXTO.- Atendiendo lo dispuesto en el artículo 213.2, último inciso, de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), mediante Acuerdo 9/2015,

de 16 de febrero, 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 de la omisión en la licitación de la preceptiva publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), dado que el contrato tiene un valor estimado superior al umbral comunitario, según indica la cláusula 3 de su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y su código CPV es el 90919300, según se informa en el anuncio de licitación, por lo que es uno de los contratos contemplados en el Anexo II A de la LFCP y, por ello, su licitación está sometida obligatoriamente a publicidad comunitaria, conforme a lo previsto en el artículo 83.1 a) de la misma Ley Foral.

Dentro del plazo concedido, formulan alegaciones el Ayuntamiento, con fecha 18 de febrero, y el día siguiente “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.”, esta última mediante dos documentos.

SÉPTIMO.- En su primer documento de alegaciones, “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.” manifiesta, en primer lugar, su oposición a que sean admitidas las alegaciones formuladas por “LIMPIEZAS UNI2” (antecedente quinto) al entender que, dado su contenido, *“aun cuando se presenta como un mero escrito de alegaciones frente a la reclamación ... constituye un verdadero recurso independiente que, por evidentes motivos, se encuentra claramente fuera de plazo”*, añadiendo que no se trata de una mera adhesión al recurso, que entiende que tampoco cabría, ni una defensa del acto de adjudicación, sino *“una verdadera reclamación plenamente innovativa, autónoma y diferente respecto de aquél”* por lo que entiende que *“es preciso inadmitir el recurso/alegación por extemporáneo”*.

Tras esta primera alegación y con “*carácter estrictamente subsidiario*” la mercantil solicita en el mismo documento la desestimación íntegra de los motivos de impugnación formulados por “LIMPIEZAS UNI2” y motiva su oposición a los mismos.

En el segundo escrito la empresa manifiesta su oposición a que se acuerde la nulidad del procedimiento por ausencia de la publicidad comunitaria dado que dicha cuestión no ha sido planteada por las partes, considerando que el ámbito de pronunciamiento de la función revisora del Tribunal se proyecta sobre las cuestiones por ellas planteadas, según deriva del principio de congruencia establecido por el artículo 213.2 de la LFCP. Así mismo, señala que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical ya que el Ayuntamiento sí adoptó medidas de publicidad recogidas en la normativa de contratación pública “*a través de la convocatoria del concurso tanto en el perfil del contratante municipal como en Boletines*” y que esta ausencia no impide el ejercicio de sus derechos por parte de terceras personas no participantes en el procedimiento habida cuenta de que cabe la posibilidad de que “*un tercero interesado en el concurso presente la oportuna cuestión de nulidad*”. Igualmente significa que este caso no puede ser subsumible dentro del supuesto de actos administrativos adoptados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento, regulado en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en tanto que únicamente se ha omitido uno de los trámites de publicidad que recoge la norma y no la totalidad de trámites preceptivos. Así mismo recuerda la excepcionalidad con que las causas de nulidad han de ser interpretadas y aplicadas y que el régimen general de impugnación de actos es el de la anulabilidad (artículo 63 LRJPAC) y no el de nulidad, que responde a supuestos estrictamente tasados de interpretación excepcional.

Finalmente, con carácter subsidiario, en el supuesto de que el Tribunal estime oportuno seguir adelante con la cuestión de nulidad y en aplicación del principio de conservación de actos, la mercantil afirma que se deberá dejar en suspenso la formalización y ejecución del contrato hasta el transcurso del plazo de publicación en el DOUE y solo si concurre un tercero interesado, presentando proposición, declarar la nulidad de todo lo actuado.

Por su parte, el Ayuntamiento de Orkoien alega que sí hubo publicidad y transparencia y lo que ocurre es que el procedimiento adolece de un defecto que debe ser valorado de forma proporcionada, lo que no puede conllevar la nulidad radical cuya fundamentación estaría en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legal. Además, añade, *“nos encontramos en que podía haberse motivado la declaración de nulidad de la licitación celebrada, de haber sido alegada por alguno de los interesados...Sin embargo, la reclamación...no dice nada al respecto...No habiendo sido así, el Tribunal no puede entrar a conocer de esta cuestión puesto que exige la congruencia de la resolución con el contenido del “petitum” del recurso o reclamación.”*

Abundando en la cuestión, el Ayuntamiento recuerda que el artículo 213.2 LFCP dispone que la resolución que ponga término al procedimiento será congruente con la petición y que el Tribunal sólo estaría facultado para declarar de oficio la nulidad en caso de que se hubiera incurrido en nulidad de pleno derecho que, conforme al artículo 62 LRJPAC, exige que el acto se hubiera dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, cosa que no cabe considerar en este caso pues el procedimiento ha sido objeto de publicidad suficiente sin que quepa considerar que la falta de publicidad en el DOUE deba considerarse de entidad tal que invalide de forma radical el procedimiento.

Para terminar aduce que el Acuerdo 9/2015, de 16 de febrero, de este Tribunal, supone la revisión del PCAP que rige la licitación, que en su cláusula 5ª establece *“el procedimiento de concurso abierto sin publicidad comunitaria”*, sin que contra el mismo se haya presentado recurso alguno, y apoyándose en diversa jurisprudencia comunitaria termina por afirmar que el principio de seguridad jurídica impide proceder a la revisión de actos firmes, aunque su contenido se reputase contrario a Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Orkoien, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

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

CUARTO.- Se impugna la Resolución 2/2015, de 12 de enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara válido el procedimiento tramitado y se adjudica a la empresa “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.” el contrato, considerando el reclamante que existe infracción de las normas de transparencia en la adjudicación así como de los principios de igualdad y tutela efectiva, lo cual está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La cuestión más trascendente que se plantea en esta reclamación es la existencia de o no de una causa de nulidad de pleno derecho en la licitación, advertida a las partes interesadas por este Tribunal mediante el Acuerdo 9/2015, de 16 de febrero. Por ello, entraremos en primer lugar en el análisis de esta cuestión para, posteriormente, conforme a lo previsto en los artículos 213.2 LFCP y 113.3 LRJPAC, decidir sobre

cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantea el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados.

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 un valor estimado superior al umbral comunitario, según indica la cláusula 3 de su PCAP, 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. Igualmente es cuestión pacífica que el procedimiento de adjudicación del contrato tramitado por el Ayuntamiento es el correspondiente a los contratos de valor estimado inferior al umbral comunitario y que el plazo de presentación de ofertas establecido en el anuncio de licitación (20 días naturales) se ajusta a lo previsto en la LFCP para este procedimiento inferior al umbral, según el artículo 90 de la norma, pero no al establecido para los contratos de valor estimado superior al umbral comunitario (artículos 85 y siguientes de la misma Ley Foral), como es el que nos ocupa.

Siendo patente la infracción, alegan el Ayuntamiento y la adjudicataria que esta no puede producir el efecto de que se declare la nulidad de pleno derecho del procedimiento, pero obvian 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) 207.000 euros respecto de los contratos de suministro y para los contratos de asistencia contemplados en el Anexo II A de esta Ley Foral.

...”

En defensa de su posición Ayuntamiento y adjudicataria alegan, en primer lugar, que dicha cuestión no ha sido planteada por las partes, por lo que en aplicación del principio de congruencia y en el ámbito de la función revisora asignada al Tribunal, dicen, este no puede pronunciarse sobre ella, pero vuelven a obviar un aspecto relevante, que es la propia norma (artículo 213.2 in fine) la que obliga al Tribunal a hacerlo cuando señala: “*Si el tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados*”. La meridiana claridad del precepto y su tenor imperativo no admite otra interpretación: advertida la posible nulidad, el Tribunal no es que esté facultado, está obligado a pronunciarse al respecto tras escuchar a las partes.

Como segundo motivo de oposición, ambas partes, asumida la infracción, señalan que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical ya que el Ayuntamiento sí adoptó algunas medidas de publicidad, por lo que no se trata de un supuesto de nulidad radical pues no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido (artículo 62.1 LRJPAC) en tanto que únicamente se ha omitido uno de los trámites de publicidad que recoge la norma y no la totalidad de trámites preceptivos. Incluso la adjudicataria recuerda la excepcionalidad con que las causas de nulidad han de ser interpretadas y aplicadas y que el régimen general de impugnación de actos es el de la anulabilidad (artículo 63 LRJPAC) y no el de nulidad, que responde a supuestos estrictamente tasados de interpretación excepcional.

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. Y no olvidemos que no solamente se ha producido la infracción en los medios de publicidad, porque junto a esta y derivada de ella se ha producido igualmente infracción en el establecimiento del plazo de presentación de ofertas, que es muy inferior al plazo mínimo establecido en la LFCP y

en el ordenamiento comunitario para los contratos de valor estimado superior al umbral comunitario.

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 esta, como recordamos en nuestro Acuerdo 9/2015, de 16 de febrero, afirma tajantemente que la falta de publicidad comunitaria de una licitación es 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 indispensable y su omisión produce la nulidad de la licitación, quedando todos los demás anuncios supeditados a éste.

Prueba de la gravedad que para el legislador supone la infracción de las obligaciones de publicidad es que la LFCP en su redacción inicial (año 2006) no incluía como causa de nulidad de pleno derecho el incumplimiento de las normas de publicidad de la licitación, sino únicamente lo consideraba causa de anulabilidad, viniendo luego a modificarla la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero (que en su Exposición de motivos señala que se dicta, entre otros motivos, a fin de incorporar la doctrina dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), incluyendo expresamente en el citado artículo 126 como causa de nulidad radical la falta de la publicidad preceptiva.

Finalmente, Ayuntamiento y adjudicataria manifiestan que no se trata de un supuesto de nulidad radical pues no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido en tanto que únicamente se ha omitido uno de los trámites de publicidad que recoge la norma y no la totalidad de trámites preceptivos, todo ello relacionado con el motivo de nulidad recogido en el artículo 62.1, letra e) LRJPAC, pero nuevamente obvian algo trascendente: que la propia LRJPAC, en el mismo artículo y apartado, pero en su letra g) también sanciona con la nulidad los actos administrativos cuando *“así se establezca expresamente en una disposición de rango legal”*, como hemos visto que ocurre en este caso.

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

SEXTO.- Sentado lo anterior y como hemos adelantado, conforme a lo previsto en los artículos 213.2 LFCP y 113.3 LRJPAC, 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.

El primer motivo de impugnación de la adjudicación que la reclamante, “LIMPIEZAS ARTAZA, S.L.”, aduce es la infracción de los principios de transparencia, igualdad y tutela efectiva puesto que, según se afirma, en el informe de valoración técnica, que es elaborado por el Presidente de la Mesa de Contratación (el Alcalde del Ayuntamiento) y dos vocales del mismo órgano (la Interventora y el Secretario municipal) y es aprobado por la Mesa constituida por estos mismos tres miembros (en ausencia de los otros dos designados en el PCAP), según consta en acta del citado órgano de fecha 30 de diciembre de 2014, *“se introduce de forma arbitraria un factor, criterio o consideración de mejora, para otorgar la puntuación de mayor a menor, al que no se hace referencia ni en la redacción de la documentación a presentar, ni en sus criterios, ni en las prescripciones técnicas”*.

Concretamente, señala la reclamante, en el apartado 1.a) *“Descripción y número de puestos de trabajo desglosados en turnos y categorías profesionales con indicación del número de hora anuales estimados de mano de obra directa a realizar y distribución a lo largo del año en función de la actividad de cada centro (máximo 5 puntos)”* es el número de horas totales de mano de obra directa el dato que se valora para establecer la puntuación en rango de mayor a menor de cada licitador ya que se puede observar que *“aquellos licitadores que presentan mayor número de horas, aun teniendo alguna observación, son los que reciben mayor puntuación. Y en proporción o ponderación a ese factor, se asignan los puntos al resto de licitadores, independientemente también de que tenga observación (lo que parece en lógica debería penalizar, y no lo es); al igual que tampoco se considera o premia ni el número de trabajadores ni su categoría (que expresamente se pide desglosar, y que en sí mismo tiene un valor propio a considerar ya que se trata de conjunto de empleo, promoción profesional, retribución,...)”* y *“en todo el texto del pliego no se hace referencia alguna a que el mayor número de horas de mano de obra asignada, tendrá una recompensa o premio o puntuación mayor. Ya que de haberse expresado en tales términos el pliego, se hubiera considerado recurrir en su momento de publicación al considerarlo no ajustado a derecho.”* Por ello, señala, *“la consecuencia que se deriva de rechazar el criterio adoptado por la Mesa de Contratación y su consideración como ilegalidad, debe conllevar la nulidad del pliego y la imposibilidad de adjudicar el contrato.”*

De contrario, el Ayuntamiento significa que la valoración en lo referido al citado apartado *“se ha hecho con un criterio objetivo igual para todas las ofertas presentadas, se ha valorado con mayor puntuación aquellas ofertas que contenían mayor mano de obra ya sea en puestos de trabajo o en horas, criterio que a juicio del tribunal significa unas mejor prestación en el contrato, de tal forma que la oferta finalmente ganadora en el total de puntuación, obtiene en este apartado la puntuación más baja. Igual criterio objetivo se ha seguido con el resto de apartados ...”*

El planteamiento de la litis es claro: se afirma que la Mesa ha utilizado ilegítimamente en la aplicación de un criterio de adjudicación un subcriterio no contemplado en el PCAP (mayor o menor mano de obra), por lo que para poder resolver

deberemos conocer, en primer lugar, cómo está establecido en el PCAP el citado criterio.

La cláusula 9 del PCAP “*Criterios de adjudicación*” incluye en su apartado B “*Proposición técnica*” cuatro apartados en los que distribuye los hasta 50 puntos a otorgar a la proposición técnica. El primero de estos apartados, denominado “*Memoria explicativa del proceso a seguir en la ejecución del contrato*”, en el que se deben asignar hasta 30 puntos, se incluye un subapartado a), en el que se indica que se valorará “*la descripción y número de puestos de trabajo, desglosados en turnos y categorías profesionales con indicación del número de horas anuales estimadas de mano de obra directa a realizar y distribución a lo largo del año en función de la actividad de cada centro: hasta 5 puntos*”. En consonancia con este criterio, la cláusula 8 del PCAP “*Forma y contenido de las proposiciones*” determina que en el sobre número dos que deben presentar los licitadores se adjuntará “*la descripción y número de puestos de trabajo, desglosados en turnos y categorías profesionales con indicación del número de horas anuales estimadas de mano de obra directa a realizar y distribución a lo largo del año en función de la actividad de cada centro*”.

Dado que no es una cuestión que se plantee en la reclamación, no vamos a entrar a valorar si es lícito o no incluir como criterio de adjudicación en el PCAP que rige la licitación de un contrato de servicios de limpieza el mayor o menor número de horas de trabajo que los licitadores oferten, cosa que no se ha hecho en el caso que nos ocupa. No obstante, significamos que a priori parece poco apropiado ya que en estos contratos el adjudicatario se obliga a obtener un resultado, a alcanzar un objetivo (es un contrato de limpieza, cuya finalidad es que los centros escolares estén limpios) y no simplemente a aportar unos medios con independencia de que el objetivo se alcance o no, por lo que el mayor volumen de los medios a utilizar (en este caso las horas de trabajo) ninguna ventaja aporta a la entidad contratante y, por ello, difícilmente puede ser justificada su utilización como vara de medir la oferta técnica.

Dejando lo anterior a un lado, a la vista del tenor literal de la cláusula es claro que se indica que se valorarán en su conjunto la descripción y número de puestos de

trabajo, su desglose en turnos y categorías y que se deberá indicar el número de horas anuales estimadas de mano de obra directa a realizar, pero lo que también es claro es que no se dice que en aplicación de este subcriterio se valorará con mayor puntuación a aquellas ofertas que contengan mayor mano de obra, ya sea en puestos de trabajo o en horas, criterio que la reclamante impugna y la entidad contratante asume haber utilizado.

Al respecto debemos recordar aquí la reiterada posición de este Tribunal (por todos el Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo) en el sentido de que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos y la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio se oponen, con las excepciones luego señaladas, a que en un procedimiento de licitación la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

El fundamento de lo dicho se encuentra en el Artículo 45, apartado 4, de la LFCP, cuando dispone que el PCAP establecerá la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos; en el artículo 58 de la misma norma, que 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; y en el fundamental artículo 21 de la Ley Foral, que obliga a las entidades adjudicadoras a otorgar a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y a actuar con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria.

Al respecto, esta jurisprudencia comunitaria tiene declarados de forma reiterada (por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, Alexandroupolis) 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, 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.

En conclusión, en este caso la entidad adjudicadora ha aplicado indebidamente un criterio de adjudicación, utilizado un subcriterio no previsto expresamente en el PCAP, que de haber sido conocido por los licitadores en el momento de la preparación de las ofertas hubiera producido el efecto de influir en su preparación, por lo que en este punto el Tribunal debe inclinarse a favor de la posición del reclamante.

SÉPTIMO.- No deben correr la misma suerte las impugnaciones realizadas en relación con la aplicación de los subcriterios de adjudicación recogidos en los apartados 1.b), 2.a), 2.b) y 3 de la cláusula 9 del PCAP.

Como ya hemos señalado en anteriores Acuerdos (por todos, el Acuerdo 49/2014, de 1 de diciembre), la Mesa de Contratación debe actuar con objetividad e independencia del órgano que la ha nombrado y valorar las diferentes ofertas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes pliegos, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que goza.

Con respecto a esta discrecionalidad técnica, jurisprudencia reiterada significa que la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la técnica, no es susceptible de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación. En definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la licitación, y menos aún sustituirse por la opinión técnica formulada por una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.

Dicho esto, este Tribunal en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero) también ha puesto de manifiesto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 : *"lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita"*.

El mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *"con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE"*. Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente. Revisado el mismo, se comprueba que en la valoración técnica de las ofertas efectuada por la Mesa de Contratación se justifican de forma suficiente, a juicio de este Tribunal, las puntuaciones otorgadas a cada una de las propuestas en aplicación de los criterios señalados en el PCAP, por lo que la reclamación no puede prosperar en este punto.

OCTAVO.- Como última cuestión que se plantea en el expediente, “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.” manifiesta su oposición a que sean admitidas las alegaciones formuladas por “LIMPIEZAS UNI2” (antecedente quinto) al entender que, dado su contenido, *“aun cuando se presenta como un mero escrito de alegaciones frente a la reclamación ... constituye un verdadero recurso independiente que, por evidentes motivos, se encuentra claramente fuera de plazo”*, añadiendo que no se trata de una mera adhesión al recurso, que entiende que tampoco cabría, ni una defensa del acto de adjudicación, sino *“una verdadera reclamación plenamente innovativa, autónoma y diferente respecto de aquél”*, por lo que entiende que *“es preciso inadmitir el recurso/alegación por extemporáneo”*.

En esta cuestión el Tribunal tiene que dar parcialmente la razón a “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.” en cuanto que algunas de las alegaciones formuladas por “LIMPIEZAS UNI2”, no todas, escapan del objeto de la litis planteada por el reclamante, por lo que no han sido consideradas por este Tribunal. Se trata de las alegaciones referidas a la aplicación del subcriterio de adjudicación 4.a) *“Documentación relativa al plan de calidad, medio ambiente y planes de formación, acreditación de normas ISO o cualquier otro documento de calidad objeto del contrato”* y a la valoración técnica de algunos apartados de su propia oferta. Como bien señala “AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U.”, estas impugnaciones de actuaciones de la Mesa de Contratación constituyen una nueva reclamación, independiente y distinta de la formulada por “LIMPIEZAS ARTAZA, S.L.” y, dado que se han aportado superado con creces el plazo de interposición de la reclamación en materia de contratación

pública regulado en el artículo 210.2.b de la LFCP, y al no estar fundada la pretensión en la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho, deben ser inadmitidas por extemporáneas.

Únicamente en una de sus alegaciones “LIMPIEZAS UNI2” tacha de nulo de pleno derecho un apartado del Pliego de Prescripciones Técnicas por *“falta de previsión en los pliegos de la forma en la que se van a valorar las mejoras que se pueden ofertar, aspecto recogido en el Apartado 1.1. Organización”*. Pero esta impugnación carece de todo fundamento ya que la previsión del Pliego Técnico (cuyo tenor literal es *“En cualquier caso los licitadores podrán ofertar mejoras a lo requerido en el presente pliego”*) no está regulando un criterio de adjudicación y, además, ningún criterio de adjudicación referido a mejoras ha sido aplicado en esta licitación. Simplemente esta previsión permite que los licitadores oferten en su propuesta técnica mejoras sobre los mínimos técnicos establecidos, mejoras, además, por las que no van a obtener puntuación adicional alguna.

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.U.G, en representación de “LIMPIEZAS ARTAZA, S.L.”, frente a la Resolución 2/2015, de 12 de enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara válido el procedimiento tramitado y se adjudica el contrato de limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien (Colegio Público San Miguel y Colegio Público Auzalar), anulando el citado acto y todo el procedimiento de licitación y declarando la imposibilidad de continuarlo válidamente.

2º.- Inadmitir por extemporáneas las impugnaciones formuladas por “LIMPIEZAS UNI2” relativas al subcriterio de adjudicación 4.a) contenido en el PCAP y a la valoración técnica de su propia oferta.

3º. Notificar este acuerdo a “LIMPIEZAS ARTAZA, S.L.”, al Ayuntamiento de Orkoien y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

4º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 23 de febrero de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.