



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 78
E-mail:
tribunal.contratos@navarra.es

Expte.: R-45/2015

ACUERDO 37/2015, de 19 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obra Pública (ANECOP) contra las Condiciones administrativas del contrato de *“Obras de Redes y Pavimentación de la calle Cerca en Burgui”*

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de mayo de 2015 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *“Obras de Redes y Pavimentación de la calle Cerca en Burgui”* promovido por el Ayuntamiento de Burgui.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de mayo de 2015 la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obra Pública (ANECOP) interpone reclamación en materia de contratación pública frente a las Condiciones Administrativas del contrato que fundamenta, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Que en el Pliego de Cláusulas Administrativas en su cláusula 7ª otorga 2 hasta dos puntos por mejoras dentro del objeto del contrato y que *“deberán circunscribirse al terreno objeto del proyecto o terrenos adyacentes y consistirán en ampliación de infraestructuras; mejora de materiales; acabados, etc.”*.

Señala que la posibilidad de usar las mejoras como criterio de adjudicación se encuentra previsto en el artículo 51.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de

Contratos Públicos (LFCP) pero según dicho precepto en la interpretación que le ha dado este Tribunal las mejoras son admisibles siempre y cuando estén relacionadas con el objeto del contrato, se hayan definido de forma precisa y clara en el condicionado y se hayan concretado las reglas y criterios de ponderación. En apoyo de esta alegación cita la Memoria del año 2013 de este Tribunal y el Fundamento 5º del Acuerdo de este Tribunal 16/2014, de 3 de abril (Expte 9/2014).

En este caso, señala ANECOP, no se definen los requisitos, los límites, las modalidades ni las características de las mejoras por lo que hay una indeterminación absoluta que concluye con un significativo etcétera que es el paradigma de la indeterminación y que abre puertas a la arbitrariedad del poder adjudicador.

b) Que se atribuyen dos puntos (la sexta parte del total de la puntuación) bajo el epígrafe “*Rapidez en el servicio*”, a las empresas que tengan la sede de su actividad a menos de 20 km. de Burgui lo que supone una vulneración radical del principio fundamental de libre concurrencia en la contratación y del más fundamental de libertad de mercado y que son de orden público.

En consecuencia, solicita que se declare la nulidad de los criterios de adjudicación denominados “*Mejoras*” y “*Rapidez en el servicio*”.

TERCERO.- Con fecha 1 de junio de 2015, el Ayuntamiento aporta el expediente de contratación y presenta las siguientes alegaciones que se exponen en síntesis:

a) Señala que existe en el Pliego una valoración de las mejoras técnicas con un máximo de 2 puntos porque se trata de una posibilidad prevista en el artículo 51.1.b) LFCP que dice que para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas con una ponderación mínima del 50% de total de la puntuación frente a criterios subjetivos. Al haber establecido criterios valorables mediante fórmulas en un porcentaje superior al 50% y haber cumplido las

prescripciones de la LFCP se consideró más oportuno dejar la valoración de las mejoras a lo que dispusiera la dirección técnica una vez abiertos los sobres y justificándolo suficientemente.

b) El criterio de rapidez en el servicio ha sido incluido por recomendación y asesoramiento externo al entender que era de gran beneficio para esta entidad y es un criterio de práctica común y admitido en cuanto a su legalidad en otros por los Acuerdos de este Tribunal 30/2014 y 34/2014.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación y subsidiariamente, para el caso de que se apreciase que alguna cláusula afecta a la igualdad y transparencia que se permita la reanudación del procedimiento en el momento de solicitar ofertas previa subsanación del pliego, en su caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Burgui, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la 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, puesto que presentó oferta dentro del plazo establecido, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

Igualmente, conforme a lo previsto en el apartado 3, letra c, del mismo artículo, el acto impugnado es susceptible de reclamación ya que se impugnan dos de las

cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del contrato.

TERCERO.- Por otro lado, la LFCP contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de licitación y de adjudicación por parte de los licitadores, como ocurre en este caso (artículo 210 apartado 2, letra b, de la LFCP), por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO.- Se impugna el pliego de cláusulas administrativas por considerar que la cláusula que regula el criterio de adjudicación correspondiente a las mejoras es contraria a Derecho, y la existencia de un criterio de discriminación geográfica. Esta circunstancia pueden suponer una infracción de las normas de publicidad, concurrencia, transparencia y sobre todo, a juicio del reclamante, de la libertad de competencia.

La infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia está incluida entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- En relación con la regulación de las mejoras, ciertamente la regulación del pliego es genérica y contraria a Derecho como pone de manifiesto la reclamante.

En particular el condicionado incluye las mejoras como criterio de adjudicación con el siguiente tenor:

“Mejoras. Máximo 2 puntos.

Se presentará, según Anexo VII (máximo un folio por las dos caras), una pequeña descripción de las mejoras que se ofertan dentro del objeto del contrato. Las mejoras deberán circunscribirse al terreno objeto del proyecto o terrenos adyacentes y consistirán en ampliación de infraestructuras; mejora de materiales; acabados, etc. Se

otorgará un máximo de 2 puntos por las mejoras presentadas justificándose suficientemente en el acta que se extienda”.

Son múltiples los acuerdos de este Tribunal donde hemos puesto de manifiesto los requisitos que debe reunir la valoración de las mejoras y los riesgos de violación del principio de igualdad y transparencia que no cumplirlos puede acarrear. A título de ejemplo aludimos a los acuerdos 23/2015, 18/2015, 10/2015, 46/2015, 35/2014, o 13/2015, entre muchos otros.

En ellos se afirmaba que *“resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas”*. Y es que los criterios con arreglo a los cuales se deben valorar las ofertas deben quedar determinados y, además, darlos a conocer con la antelación suficiente para que todas las personas potencialmente interesadas en contratar con la Administración puedan conocerlas y formular sus ofertas a la vista de los mismos, tratándose de garantizar con ello la objetividad de la valoración, la igualdad de los ofertantes y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos representados por la Administración contratante”.

El artículo 21.1 LFCP establece que *“las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria”*. Los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas las ofertas por la entidad adjudicadora (STJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

Por su parte, el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que “por

una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata” (Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111). Por ello, en este caso, si se admitiera la oferta de la reclamante se vulnerarían los requisitos que el propio órgano de contratación impuso para el proceso con la publicación del condicionado.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2010 Comisión contra Reino de España obliga al cumplimiento de un deber de precisión sobre cuáles son las obras que deben realizarse para poder así formular oferta. De esta forma deben figurar perfectamente descritos tanto el objeto principal como los adicionales o complementarios. Es el único modo de garantizar el respeto de los principios de igualdad y transparencia.

El artículo 51.1.b) LFCP segundo párrafo inciso final dice: “... *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*”.

En este sentido se pronuncia el Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al señalar que la “ *valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación. Pese a reiterar la imposibilidad de impugnar el PCAP, aclara que éste se limita a atribuir una puntuación en función de cada tipo de mejora sin establecer de forma clara, ni las características de cada mejora que hayan de tenerse en cuenta, ni unas normas de valoración para la aplicación de la puntuación de cada mejora, pero a la vista de que la valoración del informe técnico de la Unidad de Prevención de Riesgos*

Laborales de la Universidad de Zaragoza, en cuanto a las mejoras se refiere, carece de la motivación exigible determina la anulación de la adjudicación”.

Las mejoras deben de guardar relación directa con el objeto del contrato y deberán estar suficientemente definidas en los pliegos y perfectamente determinado el modo de cuantificarlas a efectos de que los licitadores puedan conocer en el momento de elaborar sus ofertas cómo van a ser baremadas, pues de lo contrario la discrecionalidad sería exorbitante.

En el caso que nos ocupa, el grado de definición de las mejoras no permite conocer con exactitud cuáles son las obras incluidas dentro del concepto que se valora. Las obras complementarias o accesorias a que alude las mejoras ni se definen en el condicionado, ni en ningún documento que se haya puesto en poder de los licitadores.

La entidad reclamada defiende la posibilidad de incluir las mejoras, para después solicitar a este Tribunal que *“se permita a la entidad contratante la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción; de tal forma que no se haga preciso reiniciar nuevamente todo el procedimiento con el coste de tiempo y de recursos que ello pueda suponer. (Destacar la urgencia en iniciar la obra a la brevedad posible ya que está previsto un plazo de ejecución de cuatro meses y medio y a partir de octubre noviembre las condiciones meteorológicas en Burgui hacen inviable la ejecución de la obra)”*.

Como ya pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 6/2013, los vicios que afectan a la indeterminación de las mejoras hacen considerar que *“el criterio de “mejoras” ha incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación exigidos por la normativa comunitaria y recogidos en el artículo 21 de la LFCP”*.

No puede aceptarse el argumento de la entidad reclamada tendente a aseverar que como ya existen criterios no sometidos a juicio de valor es posible prever un criterio como el recurrido, algo que carece de apoyo jurídico.

Todo lo anterior hace necesario estimar la reclamación por este motivo, con determinación de la imposibilidad de continuación del procedimiento por nulidad de la formulación en el condicionado del criterio de mejoras. No puede atenderse la solicitud de conservación de actos porque la indeterminación del criterio de mejoras ha imposibilitado el normal desarrollo del contrato, y particularmente, el desconocimiento absoluto sobre qué obras forman objeto del mismo.

Como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento. Como consecuencia de ello, afirma el Tribunal *“se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.”*. Por ello, la reclamación debe estimarse y anularse los actos recurridos, lo que conlleva que la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

SEXTO.- El segundo de los criterios de adjudicación objeto de impugnación se refiere a la *“Rapidez en el servicio. Máximo 2 puntos”*:

“Cuando el contratista tenga la sede de su actividad a menos de 20 km de Burgui se presumirá que existe una mayor agilidad y rapidez en la respuesta a las demandas del Ayuntamiento y se concederán 2 puntos. Esto se acreditará con el domicilio social o alta en el IAE, en caso de autónomos, en una localidad cercana a Burgui. El documento justificativo se acompañará junto con el Anexo VIII”.

Este criterio resulta totalmente contrario a los principios rectores de la contratación pública, y lo que es más, a las libertades fundamentales de la Unión Europea. No en vano el artículo 2 del TCEE suscrito en Roma en 1957 establecía como

libertades comunitarias: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas y el derecho de establecimiento y la libre circulación de capitales. El criterio de adjudicación es una clara restricción del mercado común.

Los argumentos que da la entidad reclamada, de que la introducción del criterio responde a la “ *recomendación y asesoramiento externo al entender que era de gran beneficio para esta entidad el contar con un servicio cercano, de rápida respuesta, tanto durante la ejecución de las obras como en los años de garantía*”. Menos aún puede considerarse un argumento el hecho de que sea o no una práctica común y admitida, algo que resulta totalmente discutible.

Para fundar este argumento la reclamación se apoya en los acuerdos de este Tribunal 3/2014 y 34/2014 trayéndolos a colación indebidamente. Ello porque lo que pretende el Ayuntamiento tiene que ver con el domicilio de la sociedad contratista y no del emplazamiento de los medios a disposición del contrato. En los acuerdos a que se hace referencia se hacía referencia a la ubicación de las naves de que dispondrían los licitadores en caso de resultar adjudicatarios para estacionar y reparar los medios materiales al servicio del servicio, lo que carece de relación alguna con el criterio aquí cuestionado.

Y es que como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por todas sentencias de 10 de abril de 2003, (Comisión-Alemania; asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01) la proximidad del prestador de servicios al territorio municipal no puede constituir un criterio de adjudicación técnico. Mucho menos, como en el caso que nos ocupa donde no existe una motivación suficiente para establecer tal limitación, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato. Véase igualmente la sentencia del mismo Tribunal de 22 de diciembre de 2010, (Yellow Cab; asunto C-338/09).

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 la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obra Pública (ANECOP) contra las Condiciones administrativas del contrato de “Obras de Redes y Pavimentación de la calle Cerca en Burgui”.

2º. Notificar este acuerdo a la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obra Pública (ANECOP) y al Ayuntamiento de Burgui 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 19 de junio de 2015, EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla.