



Expte.: 90/2015

ACUERDO 9/2016, de 1 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.I.O., en representación de “Sistelec Soluciones de Telecomunicación, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 15 de diciembre de 2015, por el que se adjudica el contrato de suministro de equipos de comunicación para Policía Municipal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de noviembre de 2015 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de suministro de equipos de comunicación para Policía Municipal, licitación promovida por el Ayuntamiento de Pamplona en la que participó “Sistelec Soluciones de Telecomunicación, S.L.”.

SEGUNDO.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 15 de diciembre de 2015, se adjudicó el citado contrato a la empresa “Radio Baires, S.L.”.

TERCERO.- Con fecha 23 de diciembre de 2015, don F.I.O., en representación de “Sistelec Soluciones de Telecomunicación, S.L.”, interpone reclamación en materia de contratación pública frente a la adjudicación del referido contrato a “Radio Baires, S.L.”.

La mercantil alega, primeramente, que la entidad local reclamada ha infringido los principios de concurrencia, transparencia e igualdad de trato a los licitadores, al exigir que los equipos portátiles deban estar programados para poder acceder al sistema de comunicaciones del Gobierno de Navarra, que por razones de seguridad no difunde los parámetros de red, de manera que todos los terminales de radio se programan y bloquean por una única empresa autorizada, resultando ser esta “Radio Beire, S.L.”,

circunstancia de la que se ha derivado una posición privilegiada y desigual en la licitación, favoreciendo a la citada empresa, finalmente adjudicataria.

Seguidamente la representación de la empresa reclamante señala que el criterio de adjudicación *“Accesorios añadidos a los detallados en el pliego (auriculares inalámbricos, micrófonos, accesorios de vigilancia, conectores, cargadores de vehículos, cargadores colectivos, etc) máximo 5 puntos”* recogido en el Cuadro de Características del Contrato (CCC), ha sido claramente redactado de forma imprecisa y ambigua, lo que se evidencia al utilizar el término *“etc”*, vulnerando asimismo los citados principios de concurrencia, igualdad y transparencia.

Respecto a ambas alegaciones, la reclamante es consciente que frente a su pretensión anulatoria puede aducirse la falta de impugnación de los pliegos del contrato en el momento procesal oportuno; señalando frente a esta posible argumentación, contraria a sus intereses, que los pliegos adolecen de causas o vicios de nulidad, que los vicios se trasladan a la propia actuación de la Mesa de Contratación y, además, que las circunstancias relatadas, especialmente la situación de privilegio para la empresa adjudicataria, eran desconocidas para el resto de licitadores.

Finalmente, la reclamante indica que la puntuación adicional otorgada a la empresa adjudicataria por ofertar *“servicio 24 horas”* o *“25 terminales en stock operativos a demanda”* se opone a lo determinado en el pliego de cláusulas ya que *“no son accesorios añadidos que se puedan considerar un suministro que queden en propiedad del Ayuntamiento y puedan inventariarse”* sino *“servicios”*.

Por todo ello, la reclamante solicita que se *“anule el acto recurrido, así como el procedimiento de contratación, con todos los efectos pertinentes”*.

CUARTO.- En fecha 4 de enero de 2016, el Ayuntamiento de Pamplona aporta el expediente del contrato, adjuntando dos informes de alegaciones, mediante los que se opone a las argumentaciones dadas por la reclamante, solicitando que se desestime íntegramente su reclamación.

Respecto al primer motivo de la reclamación, la infracción del principio de igualdad en la licitación en favor de la adjudicataria, la entidad reclamada, con carácter previo, aduce que debe ser inadmitida, por cuanto se refiere al contenido del Pliego de Prescripciones Técnicas, el cual debió ser impugnado en su momento, sin que pueda aducir desconocimiento la mercantil reclamante pues era perfectamente sabedora de que, por razones de seguridad, existe un solo punto de programación autorizado y, además, dado el tipo específico de licitación, que “Radio Baires, S.L.” iba a participar en su desarrollo.

En relación al segundo motivo de impugnación, la imprecisa y ambigua redacción del criterio de adjudicación, referente a las posibles mejoras, mediante la oferta de accesorios añadidos, la entidad reclamada señala que tal criterio es claro, meridiano y de fácil comprensión, bastando sus propias ofertas de accesorios para demostrar que todos los licitadores lo entendieron.

Por último, en lo que se refiere a la valoración de las mejoras ofertadas por la adjudicataria, para la entidad reclamada resulta evidente que se trata de mejoras del objeto del contrato, sin que el hecho de que no puedan inventariarse impida su valoración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Pamplona, 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 la citada entidad 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,

cumpléndose 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 de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- Antes de entrar en el fondo del asunto debemos analizar una cuestión procesal que tanto la reclamante como el Ayuntamiento ponen de manifiesto en sus respectivos escritos de reclamación y de contestación a la misma: la admisibilidad de la impugnación del Pliego cuando frente a este no se ha manifestado oposición en plazo.

Como hemos significado en varios asuntos (por todos nuestro reciente Acuerdo 3/2016, de 13 de enero) el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación es la “ley del contrato” y debe ser respetado tanto por la entidad contratante como por aquellos que se someten voluntariamente al mismo cuando presentan su oferta.

Consecuencia de ello es que los licitadores al formular su oferta se someten a lo previsto en el PCAP y en el anuncio de licitación, asumiendo incondicionalmente sus cláusulas y la información que se incluya en ellos, si no manifiestan oposición alguna a su contenido en el momento procesal oportuno. Por ello, como regla general, no pueden después ir en contra de sus propios actos e impugnarlo fuera del plazo establecido para ello.

No obstante, esta regla general tiene una excepción: que el PCAP adolezca de un vicio de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso el licitador estará legitimado para

impugnarlo. En efecto, conforme a nuestro Derecho, si el PCAP incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho es indiferente que la entidad reclamante haya concurrido a la licitación sin haber recurrido los pliegos en el momento de su publicación, en el plazo oportuno, pudiendo hacerlo en un momento posterior, cuando impugna la adjudicación del contrato.

Es la propia LFCP la que obliga expresamente a este Tribunal a pronunciarse sobre la existencia o no de nulidad cuando en su artículo 213.2, último inciso, determina: *“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”*.

Por ello, si el Tribunal está legitimado para actuar, incluso de oficio, cuando aprecie la posible existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, también lo está si este vicio es denunciado por el reclamante, en aplicación del principio de congruencia con la petición formulada en la reclamación que le impone el mismo apartado 2 del artículo 212 de la LFCP.

SEXTO.- En este asunto es cuestión no controvertida que el Pliego Prescripciones Técnicas (PPT) exige que los equipos ofertados deben operar cumpliendo los requisitos establecidos por la red TETRA del Gobierno de Navarra, lo que obliga a los licitadores a incurrir en unos gastos adicionales para su programación. Igualmente, ambas partes reconocen y se constata en el expediente que la programación de estos equipos está autorizada en exclusiva, por razones de seguridad, a una empresa concreta, la empresa “Radio Baires, S.L.”, que luego resultó ser la empresa adjudicataria del contrato objeto de la litis.

Así, consta en el expediente la información remitida por el Ayuntamiento a la reclamante, mediante correo electrónico de fecha 27 de octubre de 2015, en la que se indica que los licitadores *“deben conocer que no pueden realizar las programaciones ellos mismos, sino que deben pasar por el punto único de programación antes de*

entregarlos, el cual tiene un pequeño coste". Igualmente consta que mediante correo electrónico de 24 de septiembre de 2015 el Ayuntamiento trasladó la siguiente información a la reclamante:

"... el Gobierno de Navarra no difunde absolutamente a nadie los parámetros de red por seguridad. Independientemente de la empresa adjudicataria de los equipos, todos los terminales de radio se programan y bloquean por una única empresa autorizada por la DGIT, actualmente RADIOBAIRES. Hay establecido un costo mínimo que creo son 15 euros por equipo. Esto se hace así por seguridad. Una vez bloqueados los equipos no pueden leerse por ninguna empresa, es la única forma de salvaguardar la seguridad de la red".

Además, la reclamante señala que estos costes de programación se pueden producir tanto en la fase inicial de entrega de los equipos como en momentos posteriores, en el caso de reparaciones o reposiciones durante el plazo de garantía.

En definitiva, todos los licitadores, excepto "Radio Baires, S.L.", han tenido que contemplar este coste añadido a la hora de preparar su oferta económica.

La circunstancia señalada no tendría mayor trascendencia si la empresa encargada de la programación de los equipos no se hubiera presentado a la licitación, pero lo hizo, de forma que este requisito se debe calificar de no ajustado a derecho al constituir una condición que coloca a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Esto supone una infracción del principio de igualdad de trato, principio fundamental recogido en el Derecho comunitario, en el artículo 14 de nuestra Constitución, en el artículo 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por lo que la precitada condición establecida en el PPT debe ser declarada nula de pleno derecho. Como es bien conocido, la infracción del principio de igualdad de trato en un procedimiento de adjudicación de contratos supone un vicio de nulidad

radical, conforme a lo previsto en nuestro ordenamiento (artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por remisión del artículo 106.2 a) de la LFCP).

Como reiteradamente hemos dicho en muchos de nuestros acuerdos (por todos el Acuerdo 43/2015, de 3 de agosto), *“toda licitación de un contrato público debe respetar los principios rectores de la contratación, constatándose el carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato desde el primer párrafo del considerando 46 de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE, cuando señala que: “la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva”.*

En su defensa, la entidad local significa que el sobrecoste en el que deben incurrir los licitadores tiene un carácter *“mínimo”*, pero obvia que tal *“sobrecoste mínimo”* bien pudo ser evitado estipulando ab initio en el PCAP que sería asumido por la propia entidad adjudicadora, evitando de manera sencilla el problema que luego se ha planteado.

La declaración de nulidad del PPT supone que el procedimiento de adjudicación queda anulado, no pudiendo ser continuado válidamente. No obstante, quedan pendientes otras cuestiones planteadas por la reclamante sobre las que este Tribunal debe pronunciarse, atendiendo a lo previsto en el artículo 213.2 de la LFCP.

SÉPTIMO.- La reclamante también manifiesta que el criterio de adjudicación recogido en el apartado “L” del Cuadro de Características *“Accesorios añadidos a los detallados en el pliego (auriculares inalámbricos, micrófonos, accesorios de vigilancia, conectores, cargadores de vehículos, cargadores colectivos, etc) máximo 5 puntos”* ha sido redactado de forma imprecisa y ambigua y que la puntuación adicional otorgada a la empresa adjudicataria en aplicación de este criterio por ofertar *“servicio 24 horas”* y

“25 terminales en stock operativos a demanda” se opone a lo determinado en el pliego de cláusulas ya que *“no son accesorios añadidos que se puedan considerar un suministro que queden en propiedad del Ayuntamiento y puedan inventariarse”* sino *“servicios”*.

Respecto a los criterios de adjudicación, el Artículo 45, apartado 4, de la LFCP dispone que el PCAP establecerá la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos, ponderación que podrá expresarse fijando una banda de valores adecuada. Así mismo, el artículo 58 de la misma norma establece que los servicios técnicos del órgano de contratación o la Mesa de Contratación procederán a la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el Pliego.

Para la interpretar estas normas y poder aplicarlas al caso, no podemos olvidar que el artículo 21 de la Ley Foral obliga a las entidades adjudicadoras de contratos públicos 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.

Esta jurisprudencia tiene declarados de forma reiterada (por todas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -STJUE- de 24 de enero de 2008) 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.

Pues bien, como hemos señalado, en el apartado “L” del Cuadro de Características del Contrato se recoge, junto a otros, el criterio de adjudicación definido como “*Accesorios añadidos a los detallados en el pliego (auriculares inalámbricos, micrófonos, accesorios de vigilancia, conectores, cargadores de vehículos, cargadores colectivos, etc) máximo 5 puntos*”.

Dicho criterio, en contra de lo afirmado por la reclamante, no adolece de imprecisión y ambigüedad pues es claro que lo que se pretende es valorar aquellas proposiciones que mejoren el suministro demandado, mediante la oferta de accesorios directamente vinculados a la utilización de los equipos de comunicación. Prueba de ello es que todas las empresas licitadoras han ofertado mejoras en dichos aspectos.

Así mismo, a juicio de este Tribunal, la voz “*accesorio*” debe ser entendida en este caso como un “*utensilio auxiliar para el funcionamiento de una máquina*” (acepción recogida en el diccionario de la RAE), y a este tipo de bienes muebles se refiere la parte de la definición del criterio que se expresa como ejemplo entre paréntesis (auriculares, micrófonos, conectores, cargadores, etc.). Ninguna otra de las acepciones de la voz “*accesorio*” que constan en el Diccionario de la Real Academia Española es apropiada en este caso.

Por ello, aplicando supletoriamente el artículo 1.281 del Código Civil, que establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o de 13 de mayo de 1982), debemos declarar que la aplicación del citado criterio de adjudicación por el Ayuntamiento no se ha ajustado a las normas y jurisprudencia anteriormente citadas.

En efecto, en el informe técnico sobre la documentación técnica aportada por las empresas, que la Mesa de Contratación hace suyo según consta en acta de 1 de

diciembre de 2015 (documento 20 del expediente), se otorga, entre otras, la siguiente valoración a los siguientes apartados de la oferta técnica de la adjudicataria:

“1. ...

2. ...

3. ...

4. *Servicio 24 h. No se puede concretar un coste sin embargo se entiende que da un valor añadido al servicio que puedan prestar a esta Policía Municipal. Valoración 0,45.*

5. *25 terminales en stock operativos a demanda para picos de trabajo sin coste alguno para esta Policía Municipal. Es una interesante oferta de mejora, ya que permite en fechas concretas el poder disponer de terminales sin necesidad de tener que comprar más equipos para cubrir esas eventualidades, aportando al mismo tiempo un ahorro y una ayuda operativa. Valoración 0,93.*

6. ...

7. ...”

A juicio de este Tribunal ni el “*servicio 24 h.*” ni los “*terminales en stock*” pueden ser entendidos como accesorios de los aparatos ofertados ya que, como acertadamente señala la reclamante, se trata de servicios adicionales, no de accesorios propiamente dichos. En consecuencia, la entidad local ha aplicado inadecuadamente el criterio de adjudicación referido a estas mejoras y dicha decisión no se ajusta a Derecho.

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.I.O., en representación de “Sistelec Soluciones de Telecomunicación, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 15

de diciembre de 2015, por el que se adjudica el contrato de suministro de equipos de comunicación para la Policía Municipal, anulando dicho acto y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar el presente Acuerdo a “Sistelec Soluciones de Telecomunicación, S.L.”, al Ayuntamiento de Pamplona y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en 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, 1 de febrero de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. .
LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.