



Expte.: 66/2016

ACUERDO 64/2016, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Ingeniería y Prevención de Riesgos, S.L.” frente la adjudicación del contrato de Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras de construcción promovidas por SCPSA. Expediente 2016/PCD-GEN-MCP/000234.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de junio de 2016 se remitió, para su publicación en el DOUE, anuncio de licitación del contrato de Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras de construcción promovidas por SCPSA. Expediente 2016/PCD-GEN-MCP/000234; procediéndose a su publicación, en la misma fecha, en el Portal de Contratación de Navarra.

SEGUNDO.- El día 2 de noviembre de 2016, el interesado recibe notificación de la adjudicación del contrato a favor de la empresa Control de calidad S.A.(Incosa).

TERCERO.- El día 11 de noviembre de 2016, el interesado interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente a la adjudicación del contrato de Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras de construcción promovidas por SCPSA. Expediente 2016/PCD-GEN-MCP/000234.

El reclamante interpone su reclamación en base a las siguientes alegaciones:

En primer lugar señala que el adjudicatario no ha acreditado debidamente su solvencia técnica puesto que el apartado 15.d) de las condiciones reguladoras señala “*El licitador deberá aportar la documentación detallada en el punto 9 del condicionado. En*

cuanto a la oficina, se deberá aportar una declaración responsable justificando tener habilitada una oficina para la prestación de los servicios contratados a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona". En su opinión no cabe interpretación alguna y el hecho de comprometerse a disponer de la oficina como si fuera un medio adicional de adscripción no es válido ya que claramente se trata de un criterio de solvencia técnica. Máxime cuando la dicción expresa del pliego establece que dicha oficina debe estar habilitada en el momento de licitar. Por lo tanto, entiende que la declaración del adjudicatario por la cual se compromete a poner a disposición del contrato la mencionada oficina, no cumple con lo exigido por el pliego.

En segundo lugar, el reclamante afirma que la oferta del adjudicatario incumple los requerimientos de carácter social establecidos en el apartado 10 del pliego de condiciones básicas, que señala: *"La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los recios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social"*. Entiende el reclamante que la oferta de 39.968,50 euros no es suficiente para hacer frente a los costes del personal ofertado y del resto del contenido de la oferta, en particular las 320 horas de trabajo de apoyo técnico ofertadas para hacer frente a puntas de trabajo, si se aplica el convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, que de acuerdo con sus cálculos debería resultar en una oferta mínima de 41.950,94 euros, teniendo en cuenta el salario mínimo de un ingeniero de caminos con 10 años de experiencia (propuesto como primer coordinador por la adjudicataria).

Finalmente, el reclamante alega un nuevo incumplimiento de la solvencia técnica referente a la experiencia de los medios personales, concretamente de lo referente al punto 9.b) del pliego de condiciones básicas, en relación con el punto 1.d) del anexo III. Considera que el CV del técnico propuesto para constituir el "servicio jurídico" que exige el pliego no dispone de experiencia alguna en aspectos jurídicos de seguridad y salud ni de formación específica en materia de coordinación de actividades empresariales.

En definitiva, el reclamante entiende que el adjudicatario no cumple con los requisitos de admisión (solvencia técnica) a la licitación además de incumplir unas cláusulas de las condiciones básicas y, en consecuencia, solicita la anulación de la resolución de adjudicación por considerar que no se ajusta a Derecho y la retroacción de las actuaciones al momento oportuno para rechazar las ofertas que no cumplen con los requisitos establecidos en el pliego.

CUARTO.- El día 16 de noviembre de 2016 SCPSA aporta el expediente del contrato junto con escrito de alegaciones, en el que señala lo siguiente:

En relación con la primera alegación del reclamante la entidad contratante señala que la exigencia de solvencia técnica referida a la oficina de trabajo, contenida en el pliego de condiciones básicas, debe cumplimentarse de acuerdo con lo establecido en el anexo III del mismo, que a su vez es del siguiente tenor literal: *“El adjudicatario adscribirá al desarrollo del contrato, al menos, los siguientes medios...2.b) Igualmente el adjudicatario deberá disponer de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona durante la duración del contrato, dotada de acceso a internet, correo electrónico, teléfono y fax, así como del resto de medios materiales para la ejecución del contrato”* . Por lo tanto SCPSA entiende que queda claro que la exigencia de disponer de la oficina es únicamente exigible al adjudicatario y que en fase de licitación el compromiso en tal sentido es suficiente para entender cumplido el requisito de solvencia técnica. Considera que cualquier otra interpretación es contraria a los principios de concurrencia y libre competencia y sería por tanto nula de pleno Derecho.

Acerca del segundo motivo de impugnación esgrimido por el reclamante, se afirma por parte de SCPSA que el reclamante confunde la experiencia del técnico propuesto como coordinador con la antigüedad en la empresa, que no tienen necesariamente que coincidir y que además las tablas salariales aplicables al presente contrato son las del XVII convenio colectivo de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos para el año 2013 dado que el mismo perdió vigencia el día 31 de

diciembre de 2014 al no haber alcanzado las partes un acuerdo que posibilite la suscripción del nuevo convenio. De acuerdo con lo anterior señala SCPSA que visto que la oferta del adjudicatario no incurre en presunción de resultar anormalmente baja, se desconocen datos y características concretos de la oferta, que sin embargo, encaja con lo exigido en el pliego dado que el coste de un CSS puede ser de 26.551,64 euros anuales ya que técnicamente es posible contratar a un ingeniero superior para ocupar un puesto de la empresa de nivel 2. A este coste habría que añadir los costes de sustitución del periodo vacacional (8% del coste anual) y otros costes como los del licenciado en Derecho y las 320 horas de CSS adicional (18%). Entiende SCPSA que la vía que pone la ley en manos del contratante es la prevista por el artículo 49.5 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra (LFCP) y consiste en si durante la ejecución del contrato se constata un incumplimiento de lo previsto por el pliego en materia social, la entidad deberá optar por resolver el contrato o continuar con su ejecución con una penalidad del 35%. Por lo tanto, en su opinión la adjudicataria no incumple lo previsto en el pliego de condiciones básicas.

Sobre la tercera de las alegaciones formuladas, SCPSA refiere nuevamente la dicción literal del pliego que en su punto 9.b) afirma “-*Un licenciado en Derecho con formación específica en materia de seguridad y salud en obras de construcción (RD 1627/97) y en coordinación de actividades empresariales (RD171/04)*”. De la lectura del pliego se desprende claramente en su opinión que los requisitos son por un lado la titulación y por otro lado la formación específica en materia de seguridad y salud en obras de construcción, sin que de ello se desprenda en ningún caso la exigencia de una experiencia jurídica determinada. Entiende que cualquier otra interpretación constituiría un grave obstáculo para la concurrencia y por lo tanto resultaría ilegal.

De acuerdo con lo anterior, la entidad contratante solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- El día 16 de noviembre de 2016 se concede trámite de alegaciones a los interesados para que aporten los argumentos que consideren conveniente a su derecho. Transcurrido el plazo para ello, el día 24 de noviembre de 2016 se recibe en la

sede del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por correo certificado y fuera del cauce telemático establecido para ello, escrito de alegaciones de la empresa Investigación y Control de Calidad S.A.; circunstancias que determinan que las mismas no puedan ser tenidas en cuenta al resolver la reclamación en materia de contratación pública interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.” (SCPSA) es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, que es una Administración Pública sometida a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP).

Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.e) de la LFCP, las decisiones que adopten las sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de las entidades sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, cuando se cumplen los requisitos establecidos en la norma (que satisfagan fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y que la Administración pública tenga influencia dominante sobre ellas), como es el caso de “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.”, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral 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 un licitador participante 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 LFCP (artículo 210 apartado 2, letra b) 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 exclusión de los licitadores, como ocurre en este caso, por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

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 la falta de solvencia del adjudicatario, motivos ambos incluidos entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas, debemos abordarlas por el orden reflejado en los antecedentes de hecho del presente acuerdo, en la medida en que el resultado de la primera – la relativa a la concurrencia en el adjudicatario del contrato de los requisitos de solvencia exigidos - determinará la procedencia de la segunda parte de la pretensión de la mercantil recurrente, relativa al cumplimiento de las cláusulas sociales por parte de la oferta que ha resultado adjudicataria y, en su caso, el alcance y modo en que habrá de articularse la estimación de dicha pretensión.

La reclamante aduce, en primer término, el incumplimiento por parte del adjudicatario de los requisitos que las Condiciones Básicas para la contratación de la “Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras de construcción promovidas por SCPSA” establecen en relación con la solvencia técnica. Concretamente, estima que la documentación aportada por el adjudicatario no respeta las previsiones de las citadas condiciones básicas en relación con la exigencia de tener habilitada una oficina para la prestación de los servicios contratados a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona, ni en lo referente a la experiencia del servicio jurídico exigido, entre otros, como medios personales a adscribir a la ejecución del contrato.

A los efectos de resolver la cuestión planteada en el escrito de reclamación conviene traer a colación la doctrina relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato; cuestión pacífica en nuestra Jurisprudencia, y que este Tribunal ha puesto de relieve, entre otros, en el Acuerdo 43/2013, de 22 de noviembre, cuyo fundamento

de derecho segundo dice: *“Como ya hemos dicho en acuerdos anterior es (véase el Acuerdo 33/2013, de 10 de octubre, expediente 33/2013), es bien conocido que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que a lo previsto en él ha de estarse para la adjudicación, la ejecución y los efectos del mismo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 “Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo ”*

El artículo 185 LFCP al regular las Condiciones reguladoras, determina que *“Con carácter previo a la adjudicación del contrato las entidades contratantes fijarán las condiciones básicas de carácter jurídico, económico y técnico que constituirán la ley del contrato”*.

De esta consideración de los pliegos y de las Condiciones Reguladoras como ley del contrato deriva su carácter vinculante – tanto para la entidad contratante como para los licitadores – la imposibilidad de apartarse del mismo y de, una vez aprobados por el órgano de contratación, proceder a su modificación si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, (tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 56/2016, de 11 de noviembre): a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 106 del mismo texto legal; c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 107 del citado cuerpo normativo. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.

Así pues, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los de prescripciones técnicas, - en nuestro caso, las Condiciones Regulatoras - si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos; lo que significa, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 13/2016, de 26 de febrero, que de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho.

SEXTO.- Las Condiciones Básicas para la contratación de la “Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras de construcción promovidas por SCPSA”, establecen, en su cláusula novena, reguladora de la capacidad para contratar y requisitos de solvencia, apartado B, que (el subrayado es nuestro) “*Solvencia Técnica. Se entiende por ella la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes.*”

El cumplimiento de este requisito se hará constar en la declaración responsable (Anexo I), correspondiendo únicamente al licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación la acreditación mediante la presentación de los siguientes documentos:

- *Contratos de objeto igual a éste, realizados en los últimos tres años, debiendo haber ejecutado al menos dos de importe similar, no siendo inferior a 75.000€.*

- *Acreditación de las titulaciones académicas y profesionales del personal que será adscrito al contrato, debiendo integrar como mínimo con los siguientes perfiles:*

- *Cuatro técnicos con titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o Ingeniero Técnico de Obras Públicas o equivalente de grado en Ingeniería Civil según Plan de Estudios vigente, con formación en materia de prevención de riesgos laborales de al menos 600 horas y formación específica en coordinación de seguridad y salud en obras de construcción, de al menos 200 horas, con una experiencia mínima de cinco años, en funciones de Coordinador de Seguridad y Salud en Obras de construcción.*

Dos de ellos con exclusividad y con la dedicación indicada en el Anexo III y otros dos técnicos como sustitutos o refuerzo de los anteriores.

- Un licenciado en Derecho con formación específica en materia de seguridad y salud en obras de construcción (RD 1627/97) y en coordinación de actividades empresariales (RD171/04)

Disponer de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona como se describe en el Anexo III”.

Por su parte, el citado Anexo I de las Condiciones reguladoras se configura como el modelo de “Declaración Responsable” que los licitadores deben aportar en el Sobre 1 “Documentación Administrativa”, y dice así:” *Nombre (.....) enterado de las condiciones básicas para la contratación de la “Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras de construcción promovidas por SCPSA. Expediente 2016/PCD-GEN-MCP/000234” DECLARA*

Que reúne las condiciones para contratar exigidas en la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos y en el presente Condicionado.

Que cumple con lo establecido en el art. 38.1 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos.

Que no presenta a licitación más de una oferta, ni en su nombre ni mediante empresas vinculadas, de acuerdo con la definición recogida en el artículo 16 de la Ley Foral de Contratos.

Que cumple con las obligaciones que establece la normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

Que cumple con las obligaciones que establece la normativa vigente en materia de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Que cumple los criterios de solvencia exigidos en el condicionado.(...)”

Finalmente, la cláusula decimoquinta de las Condiciones Reguladoras indican que “(...) En el plazo máximo de siete días naturales desde la notificación de la propuesta de adjudicación, el licitador propuesto deberá presentar los siguientes documentos: a. Documentación acreditativa de la personalidad (...) d. Solvencia: El licitador deberá aportar la documentación detallada en el punto 9 del condicionado. En

cuanto a la oficina, se deberá aportar una declaración responsable justificando tener habilitada una oficina para la prestación de los servicios contratados a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona.

La falta de aportación de la documentación necesaria en dicho plazo supondrá la exclusión del licitador del procedimiento, con abono por parte de éste de una penalidad equivalente al 5 por 100 del importe estimado del contrato e indemnización complementaria de daños y perjuicios en todo lo que exceda dicho porcentaje”.

De la regulación trascrita se desprenden dos conclusiones de especial relevancia en orden a la resolución de las pretensiones en tal sentido planteadas en el escrito de reclamación formulado. La primera de ellas es que se establecen como requisitos de solvencia técnica la adscripción de medios personales mínimos a la ejecución del contrato (entre ellos un licenciado en derecho con formación específica en materia de seguridad y salud en obras de construcción y en coordinación de actividades empresariales) y disponer de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona.

La segunda conclusión es que las condiciones reguladoras – al amparo de lo dispuesto en el artículo 195.1 in fine LFCP - prevén, expresamente, la posibilidad de que la aportación inicial de la documentación relativa a la solvencia se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas en dicha Ley Foral para contratar, en cuyo caso el licitador a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos exigidos en el plazo máximo de siete días desde que se le notifique tal circunstancia. Es decir, en el caso que nos ocupa, el examen de de la documentación aportada por el licitador para acreditar las condiciones de solvencia requeridas para participar en la licitación se pospone a la fase final de la licitación, por haber hecho uso la entidad contratante de la posibilidad en tal sentido contemplada en el citado precepto; si bien dicha opción no tiene mayor relevancia que el momento de verificar el cumplimiento y concurrencia de los requisitos de solvencia exigidos, toda vez que la concurrencia material de los mismos debe ir referida al momento de finalización del plazo de presentación de proposiciones interesados, de ahí la sustitución de la documentación

correspondiente por la declaración responsable de que cumple – en el momento de presentar la proposición – con los requisitos de solvencia en cada caso exigidos.

En este sentido, la opción que la norma otorga al órgano de contratación tiene como razón de ser la simplificación del procedimiento, en el sentido de examinar únicamente la documentación en tal sentido aportada por quien va a resultar propuesto para la adjudicación del contrato en lugar de examinar en la fase inicial la aportada por todos los licitadores, pero ello no puede en ningún caso desnaturalizar su carácter, debiéndose recordar que solvencia técnica es un complemento de la capacidad de obrar de quienes deseen contratar en la Administración, regulada como criterio de selección (admisión) de los contratistas, que persigue garantizar a priori y en la medida de lo posible una garantía de capacidad para la realización del contrato. De manera que, siendo la solvencia técnica requisito exigible a todos los licitadores, la admisión a la licitación está condicionada al cumplimiento previo de los criterios de solvencia técnica, y en el caso de haber optado por la diferir dicha verificación sólo al propuesto para la adjudicación, ésta quedará condicionada a verificar lo manifestado en tal sentido en la declaración responsable presentada, que no es otra cosa que el hecho de que en el momento de formular la misma reúne todos los requisitos de solvencia exigidos en las condiciones reguladoras; tal y como razonamos en nuestro Acuerdo 13/2016, de 26 de febrero, al analizar un supuesto en el que la aportación de los documentos acreditativos de la solvencia técnica se sustituía, en la fase inicial, por una declaración responsable del licitador: *“Al hilo de la normativa y la doctrina examinada, lo que está en discusión no es la posibilidad de que la adjudicataria pueda acreditar la solvencia técnica a través de medios ajenos, sino si ha acreditado disponer de una manera efectiva y para el concreto contrato de que se trata de los medios externos que requieren las Condiciones Reguladoras del Contrato, disponibilidad que no se presume y que hay que examinar minuciosamente, y que debe ir referida al fin del plazo establecido para la presentación de las proposiciones, sin perjuicio de que la disposición concreta de dichos medios técnicos pueda diferirse al momento de suscripción del contrato”*.

SEPTIMO.- Estima el recurrente que conforme a las cláusulas de las Condiciones Reguladoras antes referidas, y a la vista de la documentación aportada por

el actual adjudicatario, ésta no se ajusta a las prescripciones establecidas en las mismas, en relación al cumplimiento de dos de los requisitos establecidos para acreditar la solvencia técnica.

En este sentido, indica, en relación con el “*servicio jurídico*”, que a la vista de la documentación aportada no acredita experiencia alguna en asuntos jurídicos ni formación específica en materia de coordinación de actividades empresariales.

Sin embargo, tal y como pone de manifiesto la entidad contratante en sus alegaciones, las condiciones reguladoras del contrato no exigen que el servicio jurídico - compuesto por, al menos, un licenciado en derecho - acredite experiencia alguna en asuntos jurídicos, sino formación específica en materia de seguridad y salud en obras de construcción y en coordinación de actividades empresariales; extremo acreditado mediante la aportación de las titulaciones correspondientes del responsable de dicho servicio, entre las que se encuentra la correspondiente a técnico en prevención de riesgos laborales nivel superior, procediendo, en consecuencia, a la desestimación del citado motivo de impugnación.

El segundo de los requisitos de solvencia técnica cuestionado por la reclamante es el correspondiente a la disposición de una oficina en las condiciones indicadas anteriormente. Concretamente, apunta que el adjudicatario presenta una declaración jurada indicando que se compromete a poner a disposición del contrato una oficina en Pamplona, cuando el apartado 9.b) de las Condiciones Reguladoras establece claramente como solvencia “*tener habilitada una oficina de trabajo para la prestación de los servicios contratados a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona*”. Argumenta, en este sentido, que con arreglo a las citadas Condiciones disponer de la oficina es un requisito de solvencia técnica y por tanto el adjudicatario debería haber acreditado que la citada oficina estaba habilitada en el momento de la licitación, de manera que aceptar, en momento de acreditar la solvencia, el compromiso de disponer de ésta como si fuera un medio adicional de adscripción vulnera lo dispuesto en las condiciones reguladoras y resulta contrario al principio de igualdad de trato entre los licitadores.

La entidad contratante indica, sobre este extremo, que la interpretación a dar al requisito de solvencia que se analiza es la de entender que “*el adjudicatario adscribirá al contrato*”, es decir que la materialización de estos requisitos de medios materiales y personales debe realizarse únicamente por el adjudicatario, por lo que como es habitual en la contratación pública, el compromiso de adscribir, los referidos medios, es suficiente para entender cumplido el requisito de solvencia relativo a la oficina en un radio de 20 kms. de la ciudad de Pamplona. Indica, asimismo, que lo contrario, es decir, exigir que los medios materiales y personales que figuran como requisitos de solvencia, deban existir en la correspondiente empresa con anterioridad a la presentación de las ofertas resulta contrario a los principios de concurrencia, muy especialmente al de libre competencia, y por tanto nula de pleno derecho.

Así pues, es un hecho admitido por las partes que el adjudicatario ha acreditado este requisito de solvencia técnica mediante la presentación del citado compromiso, así como que la entidad contratante estima dicho compromiso no sólo suficiente sino ajustado a la legalidad, puesto que entiende que la interpretación que realiza el reclamante resultaría contraria al principio de libre competencia y, por tanto, nula de pleno derecho.

Empero, debe repararse en la circunstancia de que lo que se cuestiona en la presente reclamación no es la legalidad de prever como requisito de solvencia técnica poner a disposición del contrato una oficina en determinado ámbito territorial, sino - asumida su exigencia - flexibilizar (modificar) los términos en que la misma se prevé en las condiciones reguladoras. Dicho de otro modo, lo que la parte recurrente cuestiona a través de la presente reclamación no es la exigencia de la oficina de trabajo como requisito de solvencia – exigencia que asumió al participar en el procedimiento y no haber impugnado las condiciones reguladoras -, sino el hecho de que la entidad contratante se aparte de las mismas en el momento de la adjudicación del contrato.

De acuerdo con todo lo anterior, las condiciones reguladoras del presente contrato, que deben considerarse ley del contrato, prevén expresamente en su cláusula

novena como requisito de solvencia técnica “Disponer de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona como se describe en el Anexo III”; Anexo que, sobre este particular indica “2. Medios técnicos. b. Igualmente el adjudicatario deberá disponer de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona durante la duración del contrato, dotada de acceso a internet, correo electrónico, teléfono y fax, así como del resto de medios materiales para la ejecución del contrato”. Es más, la cláusula decimoquinta establece que el propuesto adjudicatario para acreditar la solvencia, y sobre este concreto extremo, deberá aportar una “declaración responsable justificando tener habilitada una oficina para la prestación de los servicios contratados a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona”. Dicha regulación es perfectamente clara y precisa, siendo así que su propio tenor literal no dejar lugar a interpretación alguna: la acreditación del requisito de solvencia técnica relativo a la oficina por parte del propuesto para la adjudicación se realiza a través de la declaración de tener habilitada la misma; sin que queda entender válido un compromiso a materializar únicamente por el adjudicatario con carácter previo al inicio de la ejecución del contrato como parece pretender la entidad contratante, por no haberlo previsto así en las citadas condiciones que, no olvidemos, resultan vinculantes también para la misma.

Pues bien, determinada dicha exigencia en las condiciones reguladoras, el ordenamiento jurídico contractual demanda a la Administración un respeto escrupuloso de la legalidad formal y material, que se traduce en el cumplimiento de todos los requerimientos y requisitos establecidos en los pliegos o condiciones reguladoras - auténtica ley del contrato -, pues, solo así, se asegura que la actuación del órgano de contratación haga efectivos los principios que fundamentan el régimen jurídico de la contratación del sector público (principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, recogidos en el artículo 21.1 LFCP.

Así pues, la exigencia que en relación con la solvencia establecen las Condiciones Reguladoras fue conocida por todos los licitadores y aceptada por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas; sin que conste, en este sentido, que se solicitara aclaración alguna sobre la solvencia técnica

exigida. Por ello, su exigencia, en sus estrictos términos, deviene obligada para la entidad contratante; del mismo modo que el incumplimiento por quien resulte propuesto para la adjudicación de la exigencia establecida en las condiciones reguladoras implica su exclusión por la mesa de contratación, previo requerimiento de subsanación, en los términos que procedan y que más adelante se analizan.

En este sentido, tal y como se ha indicado anteriormente, los pliegos constituyen la “ley del contrato” entre las partes, de manera que su falta de impugnación en tiempo y forma tiene consecuencias jurídicas para ambas. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2014 recuerda la doctrina recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 7 de junio de 2012 que manifiesta que *“Una reiterada doctrina de esta Sala -de la que es una muestra la sentencia antes mencionada de 11 de julio de 2006, Casación núm. 410/2004 - viene declarando que los Pliegos son vinculantes cuando no han sido impugnados; y que puede resultar contrario a la buena fe el que se consienta una o varias cláusulas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación, y luego impugnar la adjudicación, al no resultar adjudicatario, con el argumento de que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico”*. Y ello sin perjuicio de la posibilidad de admitir, en determinadas circunstancias, su impugnación en dicho momento en atención a la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015).

Para la entidad contratante, resultan de igual modo vinculantes sus determinaciones, sin que quepa, una vez firmes y consentidos, modificarlos o dejar sin efecto cláusulas en ellos previstas sin sustanciar proceder a su revisión de oficio, so pena, en caso contrario, de que su actuación esté viciada de nulidad de pleno derecho. Así pues, si la entidad contratante consideraba que la citada exigencia era contraria a derecho, lo procedente hubiera sido su modificación en el momento y a través del cauce procedimental oportuno, en lugar de esperar a hacerlo más tarde a través de una interpretación que se aparta de forma evidente de las propias condiciones por ella aprobadas. En este sentido, reiterar que los pliegos y condiciones reguladoras que elaboran las entidades contratantes y acepta expresamente el licitador al hacer su

proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la entidad contratante la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en ellas en perjuicio de los licitadores. Respecto de estos últimos supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en las mismas, en este caso justificar la solvencia con arreglo a los criterios contenidos en las condiciones reguladoras, y que en caso de no hacerlo podrán ser excluidos de la licitación.

OCTAVO.- Sentado lo anterior, procede realizar una serie de consideraciones en relación con el argumento esgrimido por la Entidad contratante en el sentido de que la exigencia de tener habilitada la oficina de trabajo a una determinada distancia del municipio es contraria al principio de competencia, y, por ende nula de pleno derecho. Afirmación que, además, se realiza de una forma genérica y contundente: a juicio de la entidad contratante los pliegos nunca pueden prever cláusulas en tal sentido (que la doctrina denomina cláusulas o estipulaciones de arraigo territorial) como requisito de solvencia técnica; si bien resulta admisible como compromiso de adscripción de medios materiales. Argumento que esgrime a los únicos efectos de intentar justificar, precisamente, una decisión contraria a derecho, por suponer de facto una modificación de las Condiciones Reguladoras del contrato realizadas al margen del cauce procedimental que para ello prevé el ordenamiento jurídico. Posición que debe ser rechazada conforme a lo dispuesto en los artículos 1288 del Código Civil, en cuya virtud *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*, en relación con el artículo 7 del mismo cuerpo normativo que determina que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Pues bien, debe señalarse que si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el lugar de ejecución del contrato o en sus alrededores como medio de acreditación de la solvencia de las empresas - y su posible establecimiento como criterio de adjudicación, en casos muy concretos, o como condición de ejecución de los contratos – es cuestionable, lo cierto es que se tiene que analizar caso por caso; siendo así que, en este caso, las Condiciones Reguladoras lo consideran como medio de acreditar la solvencia

en su cláusula 9, si bien esta circunstancia no ha sido alegada por el recurrente. Y lo que es más importante, a los efectos pretendidos por la entidad contratante, su adecuación a derecho debe analizarse caso por caso, en función de las circunstancias concurrentes.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid en su Resolución 187/2015, de 18 de noviembre, que afirma que *“De esta forma a priori no puede afirmarse con carácter general que la exigencia de tener un establecimiento físico a determinada distancia del término municipal constituya una restricción a la libre competencia, sino que habrá que examinarla al caso concreto”*.

Resulta especialmente reveladora, sobre esta cuestión, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, sobre la legalidad de las cláusulas denominadas de arraigo territorial, dice: *“Este Tribunal se ha pronunciado ya en numerosas ocasiones respecto de la exigencia de determinado territorial en el PCAP o en el PPT. Así, en resolución se dijo en la resolución 644/2015: “El Tribunal se ha pronunciado en diferentes Resoluciones (entre otras, 595/2013, de 4 de diciembre, 245/2013, de 27 de junio, 101/2013, de 6 de marzo, 212/2012, de 3 de octubre, 139/2011, de 11 de mayo y 29/2011, de 9 de febrero), acerca de la incorporación a los PCAP y PPT del denominado arraigo territorial de la empresa licitadora o adjudicataria. Este elemento de arraigo puede aparecer en el PCAP bien como un requisito de solvencia o aptitud para contratar de las empresas que desean licitar o bien como un criterio de valoración de las ofertas. En algunos casos se ha incorporado el arraigo territorial como un compromiso de adscripción de medios materiales, al amparo del artículo 64.2 del TRLCSP. El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 9/2009 de 31 de marzo ha estudiado el problema del arraigo territorial cuando se incluye en los pliegos como un elemento de solvencia del contratista y como un criterio de valoración de las ofertas, indicando que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa, no pueden ser considerados como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni pueden ser utilizados como criterio de valoración´ circunstancias que igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración´*.

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, trataron, como un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En esta sentencia el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulnera los principios del Tratado, sin que el hecho de que el supuesto considerado en esta sentencia no sea la prestación del contrato sino el criterio de aptitud o solvencia y el criterio de adjudicación obstaculice la aplicación de los requisitos comprendidos en ellas para el caso objeto de este recurso toda vez que se prevén para cualquier medida adoptada por el Estado que pueda afectar a la libre prestación de servicios. Así, la Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03 dispone en su párrafo 35, que procede recordar, como han hecho las partes, que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C 19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C 243/01, Rec. p. I 13031, apartados 64 y 65).

El TJUE, así como las Resoluciones de este Tribunal, estiman que no es posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos. Antes de continuar resulta conveniente aclarar que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales, un criterio de valoración de las ofertas o bien, como es el caso de este expediente, exigirla como una prestación del contrato.

Cualquiera que fuera la forma en la que la Administración contratante configure una medida discriminatoria o innecesaria para alcanzar los fines que se

pretenden mediante el contrato o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia. En todo caso, la exigencia o la consideración a todos los efectos de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisfice.

Como toda excepción de los principios generales deberá interpretarse de forma restrictiva y así de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En definitiva el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato".

El mismo Tribunal en su Resolución 850/2014, de 14 de noviembre, en aplicación de la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato ha admitido la utilización de la experiencia o del arraigo territorial como criterio de adjudicación; indicando que el propio Tribunal Supremo aplica la doctrina de la ley del contrato en multitud de sentencias; así, cuando los pliegos no han sido impugnados, ha admitido la pervivencia de cláusulas en las que era objeto de impugnación la puntuación derivada de criterios de valoración asignados al concepto experiencia o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (entre otras sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso 7065/1994; 9 de diciembre de 2004, recurso 5769/2001; 8 de julio de 2005, recurso 511/2002; 26 de diciembre de 2007, recurso 634/2002).

En consecuencia, la afirmación categóricamente realizada por la entidad contratante en su escrito de alegaciones no puede ser acogida; toda vez que habrá que examinar las circunstancias de cada caso y el concreto objeto de la prestación a

contratar a los efectos de verificar si su previsión es contraria al principio de competencia o, por el contrario, resulta posible y proporcionada su exigencia y, en consecuencia, ajustada a la legalidad; esfuerzo que, ya adelantamos, no podemos realizar en el presente caso toda vez que la entidad contratante, al modificar las condiciones de tal exigencia en el momento de la adjudicación del contrato aceptando el compromiso referido ni siquiera lo intentó, optando por una interpretación unilateral de la exigencia contraria a las propias condiciones por ella aprobadas y conocidas y asumidas por todos los licitadores que participaron en el procedimiento.

Tiene especial relevancia en este supuesto el momento del procedimiento en que la entidad contratante valida el compromiso a que se ha hecho referencia, que no es otro que en el momento de dictar la propuesta de adjudicación del contrato, a la vista de la documentación a tales efectos aportada por el licitador a proponer como tal, una vez consentidas y firmes las condiciones reguladoras del contrato. Lo cierto es que si en este trámite la entidad contratante entendió que concurría un vicio de nulidad de pleno derecho en la cláusula citada lo obligado, dada la firmeza que habían adquirido las citadas cláusulas, era haber iniciado un procedimiento de revisión de oficio de las mismas, pero no intentar convalidar o subsanar las dudas que las mismas ofrecían a través de una interpretación que, en la práctica, supone una clara modificación de sus previsiones adoptada como consecuencia de las concretas circunstancias del licitador que fue finalmente adjudicatario del contrato. Dicha actuación evidencia dos cuestiones a tener en cuenta en el presente procedimiento de reclamación; la primera es que la entidad contratante no entendió que en dicha cláusula concurriera vicio de nulidad de pleno derecho (pues tales vicios no resultan convalidables), y así se refleja igualmente de sus alegaciones, puesto que ningún esfuerzo realiza en intentar analizar su adecuación o no en el caso concreto; y la segunda es que las dudas sobre su adecuación a la legalidad en ningún caso se hubieran puesto de relieve si el licitador en cuyo favor iba a recaer la propuesta de adjudicación hubiera tenido, en dicho momento, a su disposición el citado medio.

Y es que lo cierto es que el hecho de que los pliegos sean consentidos y firmes limita, tal y como se ha expuesto, la viabilidad de su eventual impugnación por los

licitadores que han participado en el momento de recurrir la adjudicación, de manera que con más razón debe reprocharse la actuación de la entidad contratante cuando lo modifica con posterioridad a haber adquirido dicho carácter; sin que sea obstáculo para tal reproche el hecho de que se intente justificar en la posible ilegalidad del mismo (por ella misma generada), sin realizar además un análisis pormenorizado – puesto que para ello el ordenamiento jurídico ya le habilita el cauce procedimental correspondiente -, por cuanto ello conculca el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE.

Llegados a este punto, debe repararse en que el acto impugnado a través del procedimiento de reclamación está constituido por la adjudicación del contrato de referencia; y no por las cláusulas de las condiciones reguladoras anteriormente citadas, que, además, han devenido consentidas y firmes. Del mismo modo, la pretensión que el reclamante pone de manifiesto en el escrito de interposición acota y fija los límites y contenido del procedimiento de reclamación; la pretensión condiciona el proceso, siendo fijada por la parte recurrente en el escrito de reclamación argumentando unos motivos que justifican cuanto solicita en el petitum de la reclamación interpuesta. Estos motivos vinculan y constriñen al Tribunal, de modo que si la resolución se pronuncia sobre motivos no alegados por las partes se incurre en infracción procedimental de los principios de congruencia y del principio dispositivo, salvedad hecha de su puesta de manifiesto previa a las mismas cuando se estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 2.009: *"los órganos judiciales de lo Contencioso-Administrativo, están obligadas a juzgar dentro de los límites de las pretensiones de las partes y de las alegaciones formuladas para sustentar el recurso y la oposición, de tal manera que existe incongruencia tanto cuando la sentencia se detiene, "citra petita partium", y omite resolver sobre alguna de las pretensiones formuladas, como cuando resuelve "ultra petita partium" sobre pretensiones no formuladas y, finalmente, cuando se desvía de los términos en que se plantea la controversia y falla "extra petita partium" sobre cuestiones diferentes de las planteadas"*.

Al hilo de lo anterior, el artículo 213.2 LFCP recoge tales limitaciones al disponer que *“La resolución que ponga término al procedimiento será congruente con la petición y decidirá motivadamente sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio periódico indicativo, pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación. 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”*.

En este sentido, si bien es cierto que el precepto transcrito habilita a este Tribunal a pronunciarse sobre extremos no alegados por las partes, no lo es menos que el ejercicio de dicha prerrogativa, dado su carácter excepcional, debe realizarse de la manera más cauta y garantista posible, máxime en supuestos en los que la posible nulidad afecte a un acto distinto al que es objeto de impugnación, tal y como manifiesta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de julio de 2015: *Por ello nos permitimos anticipar que el tipo de incongruencia que la parte actora denuncia encierra el aspecto más determinante de la incongruencia ultra petita , en la medida en que el OARC habría decidido sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la firma licitadora recurrente, y, de ser así, no puede dudarse de que determinadas incongruencias en tales acuerdos, -si son desvirtuadores de la función revisora que les compete, o incurren en reformatio in peius -, determinarán la invalidez del acuerdo adoptado. Ese alcance debe atribuirse por tanto a aquellos supuestos en que el órgano de revisión especial, apartándose de la causa de pedir y de las concretas peticiones del recurrente, decide otras opciones sobre el concurso o sobre otras fases del mismo que no han sido materia de impugnación, erigiéndose él mismo en promotor de oficio de la acción contra los actos administrativos preparatorios del expediente, o sus cláusulas y pliegos, de manera que su revisión desborda el límite natural jurídico administrativo*

procedimental -comprensivo, a lo sumo, de acuerdo con el artículo 89.1 LRJ-PAC , de todas las cuestiones o motivos que pueda suscitar el expediente y previa audiencia de partes si son suscitados de oficio-.”; de manera que tal prerrogativa debe ser ejercitada en el marco de la congruente revisión de los actos que en caso se haya sometido a su conocimiento y atendiendo estrictamente su relación con los mismos, y ello puesto que, tal y como indica dicha Sentencia “De este modo se deduce, en efecto, que el recurso contra los pliegos y el recurso contra la exclusión o la adjudicación no se solapan ni interrelacionan, constituyendo expresiones claramente diferenciadas de la especial revisión contractual, con lo que ni siquiera implícitamente puede considerarse que los pliegos o determinados apartados o cláusulas de los mismos que no han sido materia de ataque en su momento, -y que son en usual máxima, la "ley del contrato" -, puedan ser indirecta o instrumentalmente valorados y afectados por el pronunciamiento de un recurso especial promovido contra la exclusión o la adjudicación, al punto de que, si fuese uno de los interesados legítimos quien lo hiciera, la pretensión incurriría en una desviación insalvable y no podría ser siquiera examinada”.

Así las cosas, el ejercicio de dicha prerrogativa requiere la apreciación de una causa de nulidad de pleno derecho relacionada con el objeto del proceso y tiene como premisa que se haya puesto de manifiesto por el propio expediente, y sin olvidar, en ningún caso la obligación de respetar el principio de congruencia. Nulidad que, en atención a que pudiera incluso ampliar las pretensiones deducidas, debe ser patente y manifiesta, insoslayable y apreciable sin necesidad de comprobación adicional alguna por parte del Tribunal; circunstancias que no concurren en este caso, toda vez que partiendo de que la doctrina y jurisprudencia aplicable consideran que la exigencia de una oficina o centro de trabajo no siempre resulta contraria al principio de competencia, y que debe analizarse cada caso individualmente, el expediente no contiene información alguna de cuyo estudio se pueda alcanzar conclusión en tal sentido, más allá de la mera cita genérica que realiza, precisamente, la entidad contratante.

En consecuencia, resulta, a estos efectos, preciso comprobar si de los hechos o circunstancias puestas de manifiesto en el expediente, puede, ab initio, deducirse una relación o conexión de tales hechos o circunstancias con alguna de las mencionadas

causas de nulidad de pleno derecho, que cuente con entidad suficiente para merecer una mas detallada consideración y examen, sometiéndola, en consecuencia, a audiencia de las partes; debe, por tanto, existir, una cierta consistencia en la citada relación entre las circunstancias o hechos narrados y el elemento determinante de la causa de nulidad, o, dicho de otra forma, debe aparecer ya, desde esta perspectiva inicial, una apreciable configuración fáctica de la que poder deducir, con los habituales criterios de la lógica jurídica, la posibilidad de integrar o acreditar, a lo largo del procedimiento que se inicia, los diversos requisitos que las causas de nulidad requieren; ha de contarse, en consecuencia, con algún dato relevante del que poder deducir, con un cierto grado de certeza, la concurrencia de los elementos determinantes de las causas de nulidad alegadas. No basta, pues, con la simple cita de la causa de nulidad, ya que es preciso que, no obstante la provisionalidad que debe caracterizar tal examen inicial, se cuente al menos con datos objetivos y fiables que pudieran ser el germen de la mencionada causa de nulidad de pleno derecho, a acreditar en el procedimiento que se inicia. Debe, por ello, desde este momento inicial, poder contrastarse la verosimilitud y consistencia de la causa de nulidad alegada o apreciada; requisito material que, tal y como se ha indicado no se aprecia en el caso concreto que nos ocupa, y que determina la improcedencia de que este Tribunal de oficio, promueva incidente de nulidad en relación con la reiterada cláusula de las Condiciones reguladoras del contrato de referencia.

NOVENO.- Alcanzada la anterior conclusión, y aplicando esta inequívoca doctrina a la reclamación interpuesto, es evidente que la única resolución posible es su estimación, dado que, como se ha expuesto, la documentación aportada por el adjudicatario no resulta suficiente para acreditar el cumplimiento del citado requisito de solvencia técnica; de forma que la actuación de la entidad contratante al admitir el compromiso de adscripción de la oficina de trabajo como medio de acreditación de la solvencia técnica por parte de quien iba a ser propuesto para la adjudicación, no se ajusta a lo dispuesto en las condiciones reguladoras y, por ende, no resulta ajustada a la legalidad.

Alcanzada la anterior conclusión, debe repararse en que el artículo 195.1 LFCP establece que *“En los casos en que la documentación acreditativa de la solvencia*

económica y financiera, técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda, se requerirá a los licitadores para que completen o subsanen los certificados y documentos presentados, otorgándoles un plazo de, al menos, cinco días”.

Sin embargo, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 13/2016, de 26 de febrero, *“el Informe 18/10, de 24 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señala que “La Junta Consultiva parte de considerar que el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato que se consagran en la normativa contractual. Por otra parte, la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia.*

Ahora bien, para que la subsanación sea posible no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación de las ofertas. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación. Una cosa es que el requisito se cumpla y no se haya aportado la justificación documental, lo que puede subsanarse y otra cosa bien distinta es que no se cumplan los requisitos en plazo y pueda subsanarse posteriormente, a lo que este Informe concluye que es contrario a la Ley ”

Sobre este extremo aclaramos en nuestro Acuerdo 1/2016, de 8 de enero, que la posibilidad de subsanación que pudiera reclamarse “en los casos en que la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda, conforme al artículo 195.1 LFCP, se contraería exclusivamente a los defectos y omisiones de la documentación que acredita la disponibilidad requerida, pero no al cumplimiento del requisito de solvencia, pues su cumplimiento en fase de subsanación sería contraria a la exigencia del principio de igualdad de trato entre los licitadores puesto que, de no hacerlo así, existiría la posibilidad de que mediante actos posteriores de los licitadores se pudiera acreditar ex novo el requisito incumplido inicialmente.

Pues bien, la propia documentación aportada por el adjudicatario – declaración de que “dispondrá” de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona durante la prestación de los servicios objeto de contratación - evidencia que en el momento de presentar la citada declaración no dispone de la oficina habilitada exigida y, por ende, menos aún disponía de ella en el momento de finalizar el plazo de presentación de proposiciones; resultando, en definitiva, que el defecto apreciado y denunciado por la reclamante no resulta subsanable, de manera que debe concluirse que empresa adjudicataria no reúne la solvencia técnica exigida para la correcta prestación de contrato. Procede por ello anular, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.3 d) LFCP, la resolución de adjudicación del contrato realizada; precepto que sanciona la nulidad de pleno derecho de la adjudicación realizada a un contratista con falta de solvencia debidamente acreditada.

DECIMO.- La estimación del motivo de impugnación referido anteriormente y las consecuencias en relación con nulidad del acto de adjudicación del contrato, hacen innecesario el análisis del otro motivo planteado por el recurrente, que no es otro que el incumplimiento de las cláusulas sociales por la oferta formulada por el adjudicatario. No obstante, no sólo el principio de congruencia al que se somete este Tribunal al resolver las reclamaciones en materia de contratación pública, sino las propias manifestaciones que, sobre este extremo, realiza la entidad contratante en sus alegaciones hacen necesaria la puntualización de diversas cuestiones, aunque sólo sea, repetimos, a efectos meramente pedagógicos con objeto de evitar actuaciones similares a futuro.

Las Condiciones reguladoras del contrato disponen en su cláusula décima que *“Este contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista.*

La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en

ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social.

En caso de incumplimiento por parte del contratista de estas cláusulas sociales, el órgano de contratación podrá optar por:

a) Resolver el contrato e inhabilitar al contratista para contratar con las entidades sometidas a la presente ley foral por un periodo de 5 años.

b) Continuar con la ejecución del contrato por el mismo contratista con la imposición de una penalidad del 35 por ciento del precio del contrato”.

Plantea el recurrente que la oferta económica presentada por el adjudicatario, que asciende a 39.968,50 euros (IVA excluido) incumple la cláusula décima de las condiciones reguladoras en lo que a los costes salariales se refiere; y ello por cuanto, teniendo en cuenta los medios personales propuestos, aplicando el Convenio de Empresas de Ingeniería y Oficinas Técnicas resulta que un ingeniero de caminos con diez años de experiencia (propuesto como primer coordinador) percibiría un salario anual fijado en 29.991,52 euros, lo que equivale con la correspondiente cotización a la seguridad social a un mínimo de 41.950,94 euros anuales. Por ello entiende que la oferta, de importe inferior a la cifra apuntada, no cumple lo dispuesto en las condiciones reguladoras, y ello sin considerar otros gastos comprometidos expresamente en la oferta como las 320 horas adicionales de técnico o la oficina de la que debe disponer.

Sobre este extremo la entidad contratante indica que “No se tiene información del nivel con el que se ha contratado en la empresa a los diferentes técnicos adscritos al contrato, estimándose que el coste de un CSS puede ser de 26.551,64 € anuales o de 2.212,64 € mensuales, ya que, técnicamente es posible contratar a un ingeniero superior con diez años de experiencia para ocupar un puesto en la empresa de nivel 2, sin que, además, deban confundirse años de experiencia con años de antigüedad en la empresa.

Ciertamente como señala la recurrente, otros costes deben ser también considerados como apunta la recurrente, es el caso de los costes de la sustitución del CSS durante el período vacacional (1/12=8% del coste anual), o la repercusión de costes del licenciado en Derecho con formación específica en materia de seguridad y

salud, y el coste de las 320 horas de CSS adicional (320 horas/1.800 horas-año según convenio = 18% del coste anual) ofertadas para cubrir puntas de trabajo con cargo al adjudicatario.

Sin embargo, dado que la empresa INCOSA no ha incurrido en presunción de oferta desproporcionada, conforme a lo establecido en la cláusula 13 del Pliego de condiciones que rige este contrato, se desconocen otros datos y características de la misma que permitan un pronunciamiento más detallado sobre la cuestión planteada. Esta misma razón impide concluir como hace la empresa recurrente que la oferta no resulta adecuada a los efectos del artículo 49.3 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos, transcrito en el apartado 10 del pliego de Condiciones del contrato.

Por otra parte, este mismo punto del condicionado recoge también el apartado 5 del artículo 49 de la Ley Foral de contratos con el siguiente tenor:

“En caso de incumplimiento por parte del contratista de las cláusulas sociales que se introduzcan en los pliegos de contratación con arreglo a lo estipulado en el apartado 3 de este artículo, el órgano de contratación podrá optar por:

- a) Resolver el contrato e inhabilitar al contratista para contratar con las entidades sometidas a la presente ley foral por un periodo de 5 años.
- b) Continuar con la ejecución del contrato por el mismo contratista con la imposición de una penalidad del 35 por ciento del precio del contrato”.

Y es a nuestro entender esta vía la que pone la Ley en manos del órgano de contratación, para los casos en que durante la ejecución de contrato se constatará el incumplimiento por la adjudicataria de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista.

Igualmente la Ley (último apartado del artículo 49 de la Ley Foral de Contratos) indica la actuación que deberá llevar a cabo el órgano de contratación para la continuación del contrato.

En el supuesto de que opte por la resolución del contrato, la Administración correspondiente podrá adjudicar lo que reste del contrato a la empresa que en la

licitación quedó en segundo lugar, y, en caso de renuncia de esta, a quienes la siguieron en el orden de clasificación.

En consecuencia, no puede afirmarse que la oferta de INCOSA incumpla el punto 10 del condicionado, debiendo estarse a lo previsto en el mismo apartado, si se diera el caso de que durante la ejecución del contrato, se constatará el incumplimiento por la adjudicataria de las cláusulas sociales previstas en dicho apartado” (el subrayado es nuestro).

Es decir, la entidad contratante reconoce que no dispone de la información necesaria para afirmar que la oferta económica del adjudicatario cumple con las cláusulas sociales establecidas en las condiciones reguladoras, y afirma que dado que la oferta no ha incurrido en presunción de temeridad no puede concluirse en que no resulta adecuada a lo dispuesto en el artículo 49.3 LFCP; asimismo, indica que el propio precepto ya establece cómo proceder si durante la ejecución del contrato se constatan incumplimientos en este sentido. Nada más lejos de la realidad.

Tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 48/2016, de 17 de agosto, la exigencia legal de que las ofertas económicas sean adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del convenio sectorial no vincula únicamente a los licitadores sino a la propia entidad contratante, vinculación que se manifiesta tanto a la hora de analizar la viabilidad económica de las ofertas presentadas por los licitadores como, en última instancia, en el momento de controlar la ejecución del contrato a través de la facultad de optar por la resolución del contrato o continuar la ejecución con la imposición de una penalidad en el caso de que se aprecie un incumplimiento por el contratista de las cláusulas sociales introducidas en los PCAP (art. 49.5 LFCP).

Respecto a la obligación de la entidad contratante de tener en cuenta los costes laborales a la hora de fijar el precio del contrato como de analizar la viabilidad de las ofertas económica de los licitadores, el Acuerdo de este Tribunal 10/2016, de 4 de enero señaló que:

“SÉPTIMO.- Con carácter previo cabe recordar que el artículo 35.1 LFCP exige que los contratos tengan siempre un precio cierto y adecuado al mercado,

previsión que no establece parámetros concretos para la determinación de los conceptos señalados pero que habrá de resolverse atendiendo a las peculiaridades de cada licitación concreta.

Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”, e insiste en que “el artículo 203.2 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas no pretende que se cumpla solamente una formalidad cual es la inclusión del sistema de determinación el precio en una cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares, sino algo más: que el presupuesto del contrato, que se convertirá en su precio según la oferta seleccionada, se elabore con arreglo a un sistema que deberá ser el adecuado para valorar en términos económicos las prestaciones objeto del contrato”.

La Resolución 20/2014 de Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid pone de relieve que “la exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones, y correlativamente el monto de las ofertas, se ajuste a los precios de mercado, tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. Tratándose de contratos en que el coste del personal es significativo, tal y como este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones, los indicados precios de mercado a considerar en la oferta, deben tener obviamente en cuenta los salarios y demás prestaciones incluidas en su caso en los convenios colectivos aplicables”.

Dicha Resolución pone de manifiesto que “sin perjuicio de que el Convenio Colectivo no vincula a la Administración en cuanto es res inter alios facta, sí que sirve de parámetro de interpretación del enjuiciamiento de la viabilidad de la oferta”.

Sin embargo, tras la modificación operada en el art. 49.3 LFCP por la Ley Foral 1/2015, de 2 de febrero de 2015, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas, los costes laborales no van a constituir ya un mero parámetro de interpretación del enjuiciamiento de la viabilidad de la oferta porque las entidades contratantes van a venir vinculadas por lo pactado en el propio convenio al resultar obligadas a tener necesariamente en cuenta, a la hora de fijar los precios de licitación, los salarios y demás prestaciones incluidas en los convenios colectivos aplicables.

Así resulta del artículo 49.3 de la LFCP, que en su redacción actual señala al respecto la obligación de incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas las siguientes advertencias:

“ a) La de que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista.

b) La de que la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social.”

Esta exigencia legal de que las ofertas económicas sean adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del convenio sectorial de aplicación ha sido tratada en distintos pronunciamientos de este Tribunal.

Así, el Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero, viene a examinar dicha adecuación con ocasión de la exclusión de una oferta anormalmente baja, concluyéndose que todo licitador debe respetar la legislación laboral y que una reducción económica que pretenda justificar una reducción económica del coste laboral y conlleve un incumplimiento claro de las condiciones laborales no puede ser permitida y, en consecuencia, no puede servir para justificar la oferta.

Por su parte, el Acuerdo 69/2015, de 21 de diciembre, que resuelve una reclamación en la que se denunció incumplimiento del licitador de una oferta por debajo de los costes de convenio que pudiera constituir tanto una infracción de la

norma (artículo 49.3 letra b LFCP) como del PCAP, puso de manifiesto que corresponde a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato apreciar ese ajuste antes de proceder a la valoración de la oferta, sancionando que "...una oferta económica que sea inferior al coste salarial invariable durante la vigencia del contrato debe ser excluida, como bien hizo la Administración reclamada con la mejor proposición presentada para el Lote 1, pues en este caso no podrá nunca el adjudicatario cumplir con la exigencia normativa".

Por tanto, en primer lugar, la entidad contratante – dado el objeto del contrato, y especial relevancia del coste de personal cuya adscripción se requiere – debió calcular el valor estimado y el presupuesto de licitación aplicando el convenio sectorial aplicable en el ámbito del contrato; proceder que, además de ajustado a la legalidad, hubiera permitido analizar, de un modo aunque sea indiciario, si la oferta económica podía cubrir los costes salariales.

En segundo lugar, tampoco resulta admisible el argumento relativo al hecho de que como la oferta no está incurso en presunción de temeridad impide concluir como hace la empresa recurrente que la oferta no resulta adecuada a los efectos del artículo 49.3 LFCP, tal y como pusimos de relieve en nuestro Acuerdo de este Tribunal 10/2016, 4 de enero, al resolver en sentido estimatorio, precisamente, una reclamación frente a la misma entidad contratante “(...) *Lo cierto es que la oferta económica presentada por la citada empresa incurrió en una baja del 29,80 % y, por tanto, inferior al límite del 30 % establecido en la cláusula 14 del condicionado para ser considerada inicialmente oferta anormalmente baja. En este caso, la licitadora presentó una oferta económica para el Lote I de 41.769,00 euros y de 58.236, 30 euros para el Lote II, que, en principio, podría resultar también insuficiente para hacer frente a los costes salariales del personal del contrato que, recordemos, asciende a un mínimo de 46.503 euros para el lote I y a 58.656, 96 euros para el lote II, alcanzándose por ello un déficit muy similar al apreciado en la oferta de la empresa adjudicataria.*

Por tanto, siendo patente que la oferta de la licitadora no alcanzaba a cubrir todos los costes salariales del personal requerido para la prestación del contrato, en un 10,4 % y un 15%, respectivamente, para cada uno de los dos lotes, incurriendo así en

una presunción de oferta no adecuada a los costes salariales, con independencia de que no presentara valores anormales o desproporcionados por relación al condicionado del contrato, la entidad contratante, que en ningún caso podía acordar su exclusión automática de la licitación, debería haber requerido a dicha licitadora para que justificara el cumplimiento de dicha obligación a través de un procedimiento contradictorio con audiencia de la licitadora interesada y el correspondiente asesoramiento técnico que pudiera fundar la decisión motivada de la entidad local sobre la admisibilidad o no de la oferta.

Por la razón expuesta, habiendo resultado la oferta de “JARDINERÍA ADAXKA, S.L.” afectada de presunción de no ser adecuada a los costes salariales sin habersele otorgado la oportunidad de justificar dicha adecuación en el curso del procedimiento de licitación, la pretensión formulada por la mercantil reclamante respecto a la exclusión de la oferta de la licitación no puede ser acogida, lo mismo que tampoco su solicitud de que se ordene la continuación de la tramitación del procedimiento para que se dicte nuevo acuerdo de adjudicación a favor de la reclamante URBASER, S.A.

En consideración a lo expuesto, conforme al art.6.3 LFCP, en relación con el art. 63 LRJPAC y los arts 5 y 49.3.c) LFCP, procede anular la admisión de la oferta económica presentada por “JARDINERÍA ADAXKA, S.L.” y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a dicho acto”.

Así, tampoco es de recibo apuntar que la vía que el ordenamiento jurídico articula para controlar el cumplimiento de las cláusulas sociales es la posibilidad de resolución del contrato o continuación con imposición de penalidades, es decir, en la fase de ejecución del contrato; puesto que, sin bien dicha actuación es exigible, el argumento realizado supone obviar la exigencia legal impuesta a las entidades contratantes de realizar dicho control al analizar las ofertas económicas presentadas y, lo que es más importante si cabe, al calcular el valor estimado de los contratos y el presupuesto de licitación de los contratos en el seno de las actuaciones preparatorias de los procedimientos de licitación de los distintos contratos públicos.

Finalmente, es la propia entidad contratante en sus alegaciones la que reconoce que, además del salario del coordinador (del que cuestiona el importe con arreglo al convenio colectivo, pero reconoce que no tiene información cierta sobre tal extremo) deben añadirse otros costes como es de la sustitución durante el período vacacional (1/12=8% del coste anual), o la repercusión de costes del licenciado en Derecho con formación específica en materia de seguridad y salud, y el coste de las 320 horas de CSS adicional (320 horas/1.800 horas-año según convenio = 18% del coste anual) ofertadas para cubrir puntas de trabajo con cargo al adjudicatario, Y ello sin tener en cuenta el personal de refuerzo y el técnico en exclusividad a media jornada que las condiciones reguladoras exigen como medios personales a adscribir al contrato; circunstancias que, apreciadas en conjunto a la vista del presupuesto del contrato y de la oferta económica del adjudicatario, debieran haber conducido a la entidad contratante, en cumplimiento de la exigencia legal prevista en el artículo 49.3 LFCP, a considerar dicha oferta *afectada de presunción de no ser adecuada a los costes salariales* y, en consecuencia, haber sustanciado procedimiento contradictorio en orden a su justificación.

Empero, lo anterior resulta en este caso inoperante a los efectos pretendidos por el reclamante, dada la estimación de la pretensión de nulidad de la adjudicación impugnada por razón del motivo de impugnación de falta de solvencia técnica del adjudicatario del contrato.

En consecuencia, previa deliberación, por mayoría, con el voto particular del Presidente del Tribunal, don Javier Martínez Eslava, y al amparo de lo establecido en el artículo 213.3.a) 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 “Ingeniería y Prevención de Riesgos, S.L.” frente la adjudicación del contrato de Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de

obras de construcción promovidas por SCPSA. Expediente 2016/PCD-GEN-MCP/000234, promovido por la sociedad “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A. (SCPSA)”.

2º. 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.

3º. Notificar este Acuerdo a “Ingeniería y Prevención de Riesgos S.L”, a “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A. (SCPSA)” y a todos los demás interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

Pamplona, a 28 de diciembre de 2016. EL PRESIDENTE Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.

VOTO PARTICULAR que formula el Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, don Javier Martínez Eslava, al Acuerdo 64/2016, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Ingeniería y Prevención de Riesgos, S.L.” frente la adjudicación del contrato de Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras de construcción promovidas por SCPSA. Expediente 2016/PCD-GEN-MCP/000234.

Como manifesté durante la deliberación del Acuerdo, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeras del Tribunal, quiero expresar mi discrepancia con su fundamentación jurídica y con el fallo, que sostengo en virtud de los siguientes fundamentos de derecho:

PRIMERO.- Las Condiciones Básicas para la adjudicación del contrato de “*Coordinación y Asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución*

de obras de construcción promovidas por SCPSA” establecen en su cláusula novena, reguladora de la capacidad para contratar y requisitos de solvencia, apartado B, que entre otros requisitos necesarios para que el licitador pueda acreditar que cuenta con suficiente solvencia técnica deberá “Disponer de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona como se describe en el Anexo III”.

Como bien se dice en el cuerpo del Acuerdo, dicha regulación es perfectamente clara y precisa, siendo así que su propio tenor literal no deja lugar a interpretación alguna. Además, conforme al condicionado, la acreditación en el momento de presentación de ofertas del requisito de solvencia técnica relativo a la existencia de la oficina por parte del licitador se realiza a través de la declaración de tener habilitada la misma, sin que quepa entender válido un compromiso a materializar únicamente por el futuro adjudicatario con carácter previo al inicio de la ejecución del contrato.

Por ello, la existencia de la citada oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona debe poder constatarse a la fecha de finalización del plazo para la presentación de proposiciones ya que, conforme al artículo 10, apartado 1, de la LFCP, los requisitos de capacidad y solvencia deben cumplirse por los licitadores *“en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas”*.

En consecuencia, nos encontramos ante una licitación en la que se impone como requisito previo de admisión a la misma (requisito de solvencia) el disponer en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas de *“una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona.”*

SEGUNDO.- El fundamental artículo 21 de la LFCP recoge, en consonancia, como no podría ser de otra manera, con nuestra Constitución (artículo 14) y con la normativa europea, los principios rectores de la contratación pública. Dicho artículo dispone en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

“1. 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.

2. Las entidades contratantes excluirán en su actuación cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia.”

A estos efectos, el considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, significa que *“La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”*.

Por ello, el artículo 18 de la mencionada Directiva, precepto directamente aplicable aun cuando la Directiva no haya sido transpuesta en el plazo establecido al efecto, como es el caso, al tratarse de un mandato claro, preciso e incondicionado, dispone en su apartado 1 lo siguiente:

“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.

Por tanto, en este caso, debemos determinar si la exigencia de disponer de una oficina de trabajo a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, como requisito de solvencia para poder participar en la licitación, atenta al principio de igualdad de trato y produce el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia.

En la respuesta a esta cuestión no caben dudas y adelanto que a juicio de quien suscribe es claro y manifiesto que la exigencia recogida en las Condiciones Regulatoras supone una clarísima infracción del principio de igualdad y no discriminación y una barrera a la libre competencia.

Ya anteriormente, como se recoge en el Acuerdo objeto de la discrepancia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa manifestó su posición al respecto en su informe 9/2009, de 31 de marzo, significando que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa, no pueden ser considerados como condición de aptitud para contratar con el sector público.

También en el Acuerdo objeto de este voto particular se señala que tanto el TJUE como el TACRC estiman que no es posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos.

De este modo, como se recoge en el Acuerdo, *“Cualquiera que fuera la forma en la que la Administración contratante configure una medida discriminatoria o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia. En todo caso, la exigencia o la consideración a todos los efectos de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface.*

Como toda excepción de los principios generales deberá interpretarse de forma restrictiva y así de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En definitiva el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato."

En el caso que nos ocupa, las reglas de la lógica y la sana crítica impiden concebir que una empresa que disponga antes de la licitación de una oficina abierta a una distancia máxima de 20 kilómetros de Pamplona deba ser considerada solvente y, por el contrario, otra que no la tiene o la tiene abierta a 21, a 40, a 100 o a 1.000 kilómetros no sea considerada lo suficientemente solvente para ejecutar el contrato, atendiendo solamente a esta circunstancia. Ninguna justificación de esta medida limitadora de la concurrencia se aprecia en el expediente y lo que se aprecia con nítida claridad es una exigencia desproporcionada y frontalmente opuesta al principio de igualdad de trato.

Si, conforme a la libre disposición del objeto del contrato y de las prestaciones exigibles que tiene la entidad adjudicadora (artículos 22 y 30 de la LFCP), ésta entiende y justifica que la oficina a menos de 20 kilómetros de cualquier lugar es necesaria para una adecuada ejecución del contrato, podrá exigirla como condición de ejecución, pero no cabe que pueda exigirla como requisito de solvencia, salvo que lo justifique de forma exhaustiva en el expediente al tratarse de una evidente limitación de la concurrencia y la libertad de acceso a la licitación, justificación que en este caso no existe ni puede derivar de la naturaleza del objeto del contrato (la prestación de un simple servicio de coordinación y asesoramiento en materia de seguridad y salud durante la ejecución de unas obras).

En consecuencia, entiendo que la exigencia en este caso de disponer de la tan citada oficina antes de la adjudicación del contrato supone una infracción patente y manifiesta de los principios rectores de la contratación pública, fundamentalmente del de igualdad de trato.

TERCERO.- Advertida la infracción, debemos proceder a determinar su calificación y las consecuencias que de ella derivan.

El artículo 126 de la LFCP dispone que son causas específicas de invalidez de los contratos, junto a otras más específicas, las causas de nulidad establecidas con carácter general en la legislación reguladora del procedimiento administrativo. Esta legislación, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone en su artículo 47.1.a) que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho cuando lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y en el elenco de estos derechos susceptibles de amparo constitucional se encuentra el de igualdad (artículo 14 de la Constitución).

Por tanto, la infracción del principio de igualdad supone la nulidad radical o de pleno derecho de las cláusulas contractuales que la originen, lo que en el caso que nos ocupa sucede de forma palmaria con el requisito de solvencia recogido en el condicionado.

CUARTO.- Advertida la existencia de este vicio de nulidad de pleno derecho, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra estaba obligado, conforme al ordenamiento vigente, a pronunciarse sobre la misma, previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados.

Esta obligación de pronunciarse sobre el vicio de nulidad apreciado está prevista expresamente en el último inciso del apartado 2 del artículo 213 de la LFCP (disposición reguladora de la resolución de la reclamación en materia de contratación

pública), que tras la modificación operada en la norma por la Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, prevé: *“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.”*

Es evidente que nuestra Ley Foral, a diferencia de la norma básica reguladora de la contratación del sector público en el ámbito estatal (el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre), que no regula este incidente en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación, impone que el Tribunal se pronuncie al respecto aunque la cuestión no haya sido planteada por las partes. Como señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia nº 266/2016, de dos de junio de dos mil dieciséis, *“Lo que no es posible es dejar de analizar la causa de nulidad de pleno derecho porque no haya sido alegada por los interesados, dada la previsión legal”*, y ello con independencia de que el condicionado no haya sido impugnado, dada la gravedad del vicio advertido.

Si bien, como acertadamente se señala en el Acuerdo objeto de este voto particular, la doctrina y la jurisprudencia aplicable consideran que la exigencia de una oficina o centro de trabajo no siempre resulta contraria al principio de competencia (aunque resulta muy difícil encontrar un supuesto en el que esta exigencia previa no infrinja el principio de igualdad de trato y el de libre concurrencia) y que, por ello, debe analizarse cada caso individualmente, a la vista de la gravedad de la infracción detectada, de los efectos que ésta ha producido y de la normativa de aplicación, lo que debió hacer el Tribunal fue precisamente eso, analizar la concreta exigencia y pronunciarse al respecto.

Por todo ello, reiterando previamente el profundo respeto que me merece la opinión de mis compañeras del Tribunal, debo manifestar mi oposición al Acuerdo adoptado, significando que el Tribunal debió abrir el incidente regulado por la norma y declarar la nulidad de pleno derecho del requisito de solvencia en cuestión, anulando el

procedimiento de adjudicación y declarando la imposibilidad de continuarlo válidamente.

De esta forma se hubieran respetado los principios esenciales que, como el de igualdad de trato y libre concurrencia, rigen la contratación pública y, además, se hubiera evitado que, en ejecución del Acuerdo del Tribunal, un licitador previamente admitido y declarado adjudicatario sea excluido de la licitación por no cumplir con un requisito de solvencia injustificado y nulo de pleno derecho.