



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 68 – 78
E-mail: Tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 55/2018

ACUERDO 89 /2018, de 7 de septiembre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don A. R. S., en nombre y representación de la mercantil “Gestión & Fauna Navarra, S.L.”, frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de asistencia dividido en dos lotes, Lote 2: captura y control de población de palomas de la especie Columba Livia en Tudela y en las instalaciones y edificios públicos y privados, y Lote 3: ahuyentar los estorninos (Sturnus Vulgaris o estornino pinto y Sturnos Unicolor o estornino negro) del término municipal de Tudela, licitación promovida por el Ayuntamiento de Tudela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de febrero de 2018 el Ayuntamiento de Tudela publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación de un contrato de asistencia dividido en dos lotes, Lote 2: captura y control de población de palomas de la especie Columba Livia en Tudela y en las instalaciones y edificios públicos y privados, y Lote 3: ahuyentar los estorninos (Sturnus Vulgaris o estornino pinto y Sturnos Unicolor o estornino negro) del término municipal de Tudela en el periodo de temporada del 1 de octubre de 2017 al 31 de marzo de 2018.

Dentro del plazo establecido al efecto, la mercantil “Gestión & Fauna Navarra, S.L.” presentó oferta para la licitación de ambos lotes.

SEGUNDO.- La Mesa de Contratación designada al efecto acordó el 20 de abril de 2018 la inadmisión de “Gestión & Fauna Navarra, S.L.” del procedimiento de adjudicación de ambos lotes, por no acreditar el nivel de solvencia técnica exigido

debido a que “no acredita el umbral de solvencia exigido en el pliego, “no llega a 23.000 euros en contratos en los últimos tres años”. No consta en el expediente la notificación al interesado de su exclusión del procedimiento en ese momento.

TERCERO.- Mediante Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela en sesión celebrada el 8 de mayo de 2018, se adjudicaron los lotes 2 y 3 del precitado contrato. En la parte expositiva del Acuerdo se da cuenta de la decisión de la Mesa de Contratación de excluir a “Gestión & Fauna Navarra, S.L.” de la licitación de ambos lotes, en los siguientes términos:

Lote 2 (captura y control de la población de palomas)

- (...)

-GESTIÓN FAUNA NAVARRA S.L. Inadmitida por no acreditar el nivel de solvencia técnica exigido.

Lote 3 (Ahuyentar y control de la población de estorninos)

- (...)

-GESTIÓN FAUNA NAVARRA S.L. Inadmitida por no acreditar el nivel de solvencia técnica exigido.

El acuerdo es notificado a “Gestión & Fauna Navarra, S.L.” con fecha 13 de junio de 2018.

CUARTO.- Con fecha 24 de junio de 2018 don A. R. S., en nombre y representación de la mercantil “Gestión & Fauna Navarra, S.L.”, formula ante este Tribunal reclamación especial en materia de contratación pública frente a su citada exclusión del procedimiento de adjudicación, afirmando que su solvencia está acreditada y que no debiera ser excluida.

A estos efectos afirma que ha acreditado “un total de 34.035,66 euros de trabajos realizados en el campo de la cetrería, en el control de todo tipo de aves, incluidas por supuesto las palomas y los estorninos”. Indica que ha presentado

certificación de los principales servicios similares a los que son objeto de contrato, realizados en los últimos tres años, indicándose el destinatario, fechas de inicio y finalización de la contrata, acreditándose 34.035,66 euros, lo cual supera con creces 25.000 € exigidos para el Lote 2 y los 15.000 € exigidos para el Lote 3.

En concreto, afirma lo siguiente:

“Que AGRICOLA TRES MONTES S.L. a GESTION &FAUNA NAVARRA S.L., los siguientes servicios realizados por A. R. S. de PREVENCIÓN DEL CONTROL DE AVES, por los siguientes importes y fechas:

- *En FACT. 01/2017. FECHA 10 JULIO 2017 se factura los servicios de GESTION &FAUNA NAVARRA S.L. CIF: B71323430 por realizar el Servicio de cetrería para control de daños ocasionados por aves en almacén Elorz en el Periodo Abril 2016-nov. 2016 por importe de 3.509 Euros.*
- *En FACT. 02/2017. FECHA 11 JULIO 2017 se factura los servicios de GESTION &FAUNA NAVARRA S.L. CIF: B71323430 por realizar el Servicio de cetrería para control de daños ocasionados por aves en almacén Elorz durante el periodo Diciembre 2016 – Junio 2017 por importe de 3.258,10 Euros*

Que por su parte, LIMAGRAIN IBERICA S.A. contrato AGRICOLA TRES MONTES S.L. con CIF B7101592 los siguientes servicios de CONTROL DE AVES realizados por el socio minoritario A. R. S.:

Mediante FACT. 105/2017 de fecha 31/7/2017, se realizan el control de plagas, protegiendo con redes con trabajos de cubrir y cerrar, así como la verificación de la buena colocación para evitar acceso de aves en 26 parcelas de girasol, durante el periodo: Junio y Julio 2017 por importe de 27.268,56 Euros.

Sumando por lo tanto: 27.268,56 Euros, mas 3.258,10 Euros, mas 3.509 Euros, un total de 34.035,66 euros de trabajos realizados en el campo de la cetrería, en el control de todo tipo de aves, incluidas por supuesto las palomas y los estorninos, como así se justifica en la propuesta técnica y en los certificados emitidos”.

Por otra parte, la empresa recurrente realiza una exposición sobre qué debe entenderse en relación con la expresión “servicios similares” utilizada en el pliego, afirmando que los servicios acreditados responden a tal consideración, y señala que se le comunica su exclusión, como primera noticia y “sin argumentar siquiera porqué”.

QUINTO.- El 14 de agosto de 2018 el Ayuntamiento de Tudela aporta el expediente de contratación y, dos días después, sus alegaciones a la reclamación. En ellas manifiesta que la documentación que aportó la empresa en el sobre 1 fue la siguiente:

- a) Certificado de la empresa “Agrícola Tres Montes, S.L.” relativo a dos servicios de cetrería para control de daños por ave en almacenes de Elorz prestados por “Gestión y Fauna Navarra, S.L.” por importes de 3.509 euros y 3.258,10 euros IVA incluido, acompañado de facturas de estos servicios en las que se detecta que el segundo servicio lo es por importe de 3.158,10 euros IVA incluido.
- b) Certificado de “LIMAGRAIN IBERICA, S.A.” en el que se especifica que esta empresa contrató con “Agrícola Tres Montes, S.L.” el control de aves por importe de 27.268,56 euros IVA incluido.

A la vista de todo ello, manifiesta el Ayuntamiento que *“resulta evidente que la empresa recurrente únicamente aporta justificación de dos trabajos realizados para control de aves por importe de 5510 euros IVA excluido. El segundo de los certificados y más importante desde el punto de vista de cuantía no justifica la solvencia de la empresa recurrente, sino de una tercera empresa, Agrícola Tres Montes, S.L. En este certificado no aparece por ningún lado el nombre de Gestión y Fauna Navarra, S.L. ni ninguna vinculación entre ambas empresas”*.

Finalmente, concluye que es evidente que no se acredita el umbral de solvencia requerido y por ello la empresa fue debidamente inadmitida y solicita la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- Con fecha 21 de agosto de 2018 se abre el plazo para las alegaciones de otros interesados, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de la reclamación especial interpuesta la Resolución de la Junta de gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, por la que se pone en conocimiento de la mercantil “Gestión & Fauna Navarra, S.L.”, de su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de asistencia dividido en dos lotes, Lote 2: “captura y control de población de palomas de la especie Columba Livia en Tudela y en las instalaciones y edificios públicos y privados”, y Lote 3: “ahuyentar los estorninos (Sturnus Vulgaris o estornino pinto y Sturnos Unicolor o estornino negro) del término municipal de Tudela”, licitación promovida por el Ayuntamiento de Tudela y cuyos Pliegos de Condiciones Administrativas y Técnicas fueron aprobados antes de la entrada en vigor de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP 2018).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la LFCP 2018, al procedimiento de adjudicación que nos ocupa resultan de aplicación, “ratione temporis”, en atención a la fecha de aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP 2006), siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

Por el contrario, de acuerdo con lo previsto por el artículo 124.7 LFCP 2018, en relación con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), que señala “a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”, sensu contrario, a este procedimiento de reclamación especial en materia de

contratación pública deben serle de aplicación las disposiciones procedimentales de la LFCP 2018 hoy vigente.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Tudela, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP 2018, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una empresa interesada en la licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP 2018.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP 2018.

QUINTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP 2018.

SEXTO.- Como ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes de este Acuerdo, en el procedimiento de contratación seguido se ha omitido el trámite de subsanación de los defectos de la documentación acreditativa de la solvencia que, conforme al artículo 51.2 de la LFCP 2018, debe otorgarse a la persona afectada, cuando la mesa hubiera apreciado los referidos defectos.

Esta infracción no ha sido alegada por el reclamante, por lo que en virtud del principio de congruencia recogido en el artículo 127.2 LFCP 2018, este Tribunal no puede resolver sobre ella, si bien, no renuncia a señalar, como lo hiciera el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 25/2014, de 15 de abril de 2014, que *“el trámite de subsanación no es una prerrogativa de uso discrecional por parte de la*

Administración, sino una técnica de garantía a favor de los licitadores, con el objetivo de evitar que el incumplimiento de las formalidades relativas a la documentación exigible puedan, per se, significar la exclusión de un procedimiento.

Y ello, porque dados los graves efectos que la no presentación de la documentación requerida en plazo tiene para el licitador, el trámite de subsanación debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de «exclusión» automática.”

SÉPTIMO.- Por otra parte, la señalada por el recurrente falta de motivación de su exclusión, cuando afirma que ésta se ha producido “sin argumentar si quiera porqué”, sitúa la cuestión a resolver en si la notificación de la exclusión de la empresa “Gestión & Fauna Navarra, S.L.”, contenida en la resolución recurrida contiene o no la necesaria motivación.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha manifestado en numerosas resoluciones, por todas, la Resolución nº 912/2016 de 4 de noviembre de 2016, que *“la exclusión ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se le estaría privando al licitador de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil. Por ello, la notificación ha de contener al menos la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada.”*

Sobre el alcance y extensión de la debida motivación, el mismo Tribunal Central señala en su Resolución 186/2012 que *“la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente,... para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo....”*

El acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación, tal como se recoge en el antecedente quinto, se limita a señalar que los argumentos de la UTE para justificar su oferta no son suficientes. No se ofrecen explicaciones, razones ni datos que justifiquen tal aseveración. Hay pues una evidente falta de motivación que permita a la UTE recurrente, venir a argumentar sobre su exclusión. Se ha infringido por tanto el mandato contenido en el artículo 151.4 del TRLCSP, por lo que, aunque solo fuera por esta carencia de motivación, se ha de estimar el recurso interpuesto.

En el caso que nos ocupa, la notificación del acuerdo de exclusión se limita a señalar como motivos del mismo, los recogidos en el acta de la Mesa de contratación del 21 de diciembre de 2012: "que del estudio del Informe Técnico emitido por la Unidad promotora del expediente, se deduce el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Hay que entender, pues, que la notificación no contiene elementos suficientes para poder fundamentar mínimamente un recurso. A la vista del acuerdo de la mesa de contratación, a la licitadora recurrente debería habersele facilitado, al menos, las referencias que a su oferta técnica se hagan en el Informe Técnico al que se remite el acuerdo de la mesa.

Al no hacerlo así, se ha privado a LIREBA de los elementos suficientes para evaluar la posibilidad de fundamentar recurso contra su exclusión y, por tanto, se ha infringido el mandato contenido en el artículo 151.4 del TRLCSP. En consecuencia, se ha de estimar el recurso ahora interpuesto, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la adopción del acuerdo de exclusión."

Igualmente, sobre la necesidad de motivación y su extensión, este Tribunal ha manifestado en varios acuerdos, por todos, en el ACUERDO 17/2018, de 20 de febrero, que "el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece la obligación de motivar, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, entre otros, los actos administrativos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales;

añadiendo el apartado segundo que la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Por su parte, el artículo 92.5 LFCP determina, en relación con el acto de adjudicación de contratos públicos, que “5. La resolución de adjudicación contendrá, a menos, los motivos por los que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características o ventajas de la oferta seleccionada y la fecha en que la adjudicación adquirirá plena eficacia, y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2005, explica, en los siguientes términos, en qué consiste la motivación: (...) es una garantía del administrado que podrá impugnar, en su caso, el acto administrativo, con posibilidad real de criticar la bases en las que se fundamenta, y, además, y en último lugar, la motivación hace posible el control jurisdiccional del acto administrativo recurrido (SSTS de 18 de abril de 1990 y de 4 de junio de 1991).

En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal, por todos Acuerdo 38/2016, de 5 de julio, que la motivación exigible en las resoluciones administrativas - entendida como la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, que, además, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración - es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de analizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción; tal y como exige a la entidad contratante el citado artículo 92.5 LFCP, y reconoce la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 9 de julio de 2010 que pone de relieve que “con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo

de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE".

Especialmente significativa resulta, en este sentido, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 27 de abril de 2016: "241 En virtud de la obligación de motivación establecida en el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, el autor de un acto debe manifestar de manera clara e inequívoca su razonamiento, de manera que, por una parte, los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada a fin de ejercer sus derechos y, por otra, el juez de la Unión pueda ejercer su control."

Volviendo sobre el motivo objeto de análisis, se observa que respecto de la exclusión de la empresa recurrente, la resolución notificada únicamente contiene la siguiente referencia a tal exclusión para cada uno de los lotes: *"no cumple el nivel de solvencia exigido"*. Resulta evidente a la luz de la doctrina y jurisprudencia citada que esta comunicación no contiene las explicaciones, razonamientos o datos que pudieran proporcionar los elementos de juicio necesarios para la fundamentación de un posible recurso, de lo que resulta que esta falta de motivación es causante de indefensión a la empresa recurrente.

Esta falta de motivación adquiere especial relieve, a la vista de la confusa cláusula novena del Pliego de Cláusulas Administrativas del Contrato, en cuyo apartado uno se establecen los requisitos de solvencia técnica mediante la referencia general, es decir sin distinción de lotes, a *"contratos similares a los que son objeto del contrato"*, distinguiéndose por lotes, únicamente, en su apartado 2, a efectos de determinación del umbral correspondiente.

Según consta en el acta de 20 de abril de 2018, no notificada, ni referenciada en la resolución de adjudicación objeto de este recurso, esta oscuridad obligó a la mesa de

contratación a tomar una decisión sobre la interpretación de la citada cláusula, y ésta fue la de que la expresión “contratos similares” estaba referida al objeto de cada uno de los lotes.

Así pues, la ausencia de explicaciones y razonamientos sobre la exclusión de la recurrente en la resolución recurrida, sin siquiera mención al acta referida, nos lleva a estimar la falta de motivación suficiente de la misma, con la consecuente indefensión.

Esta estimación conlleva la anulación del acto de adjudicación del contrato, con retroacción del procedimiento al momento anterior al de adopción del acuerdo impugnado, es decir, a la aprobación de la Resolución de adjudicación, a los efectos de que se adopte otro debidamente motivado, incorporando en su caso al expediente los informes, documentos o justificaciones que resulten procedentes a tal fin

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don A. R. S., en nombre y representación de la mercantil “Gestión & Fauna Navarra, S.L.”, frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de asistencia dividido en dos lotes, Lote 2: captura y control de población de palomas de la especie Columba Livia en Tudela y en las instalaciones y edificios públicos y privados, y Lote 3: ahuyentar los estorninos (*Sturnus Vulgaris* o estornino pinto y *Sturnus Unicolor* o estornino negro) del término municipal de Tudela, licitación promovida por el Ayuntamiento de Tudela.

2º. Notificar este Acuerdo a “Gestión & Fauna Navarra, S.L.”, al Ayuntamiento de Tudela y a cuantos figuren como interesados en el procedimiento y ordenar su publicación en la web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona 7 de septiembre de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.