



Expediente: 14/2022

ACUERDO 40/2022, de 6 mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por REYVENA-SERVITECO, S.L. frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de *Suministro de pala cargadora de ruedas y el mantenimiento preventivo. Expediente 2022/SCON-AIU/000001*, licitado por Servicios de La Comarca de Pamplona S.A.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Servicios de La Comarca de Pamplona S.A. publicó el 10 de enero de 2022 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *Suministro de pala cargadora de ruedas y el mantenimiento preventivo. Expediente 2022/SCON-AIU/000001*.

SEGUNDO.- El 1 de febrero se produjo la apertura del sobre A (Documentación administrativa) presentado por los licitadores, admitiendo a las siguientes empresas:

- Comercial Perez de Maquinaria, S.A.
- Maquinaria Navarra, S.A.
- Reyvena-Serviteco, S.L.

Con posterioridad, la Mesa de Contratación procedió a abrir el sobre B, que contiene el Anexo IV y la documentación técnica necesaria para comprobar el cumplimiento de las prescripciones técnicas previstas en el Anexo V, encomendando su análisis a los miembros de la propia Mesa de Contratación que forman parte del Departamento proponente de la licitación.

Con fecha 21 de febrero se emitió el correspondiente informe técnico, que concluye lo siguiente respecto a las ofertas de los licitadores:

***Reyvena-Serviteco, S.L.***

*La máquina no cumple prescripciones técnicas de motor inyección directa common rail, refrigerado por agua, turbocompresor de geometría variable y postenfriador por aire.*

*La máquina no cumple prescripción técnica de: “cumplimiento de normativa sobre emisiones Stage V sin utilizar DPF. (cumple la normativa, pero tiene DPF)”.*

*El equipo ofertado se considera no apto.*

***Maquinaria Navarra S.A.***

*En la lista de chequeo se indicaba que cumplía todas las prescripciones salvo la puerta con traba. Se solicita a través de Plena aclaración de si la máquina cumple normativa de emisiones Stage V y lo cumple sin utilizar el DPF, el resultado es el siguiente:*

*La máquina no cumple prescripción técnica de: “cumplimiento de normativa sobre emisiones Stage V sin utilizar DPF. (cumple la normativa, pero tiene DPF)”.*

*El equipo ofertado se considera no apto.*

***Comercial Perez de Maquinaria, S.A.***

*Después del análisis de la documentación entregada. se concluye que el equipo ofertado cumple con los requisitos exigidos en el pliego por lo que se considera apta.*

Con fecha 22 de febrero se emitió acta de exclusión de las ofertas presentadas por Maquinaria Navarra S.A. y Reyvena-Serviteco, S.L., señalando que los equipos ofertados por dichas empresas *no cumplen prescripción técnica de “cumplimiento de prescripción técnica sobre emisiones Stage V sin utilizar DPF (cumple la normativa, pero tiene DPF)”*, por lo que se acuerda su exclusión dado que el producto ofertado no cumple las prescripciones técnicas exigidas en el Anexo V del pliego regulador. La notificación de dicha exclusión a Reyvena-Serviteco, S.L. se produjo el 10 de marzo.

También con fecha 22 de febrero la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre C (Proposición valorable automáticamente), asignando 70,82 puntos a la oferta formulada por Comercial Perez de Maquinaria, S.A.

Por Resolución 21/2022, de 9 de marzo, del Director Gerente de Servicios de La Comarca de Pamplona S.A., se adjudicó el contrato a dicha empresa. Dicha resolución únicamente se notificó a la empresa adjudicataria.

TERCERO.- Con fecha 11 de marzo REYVENA-SERVITECO, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública.

El 14 de marzo se requirió su subsanación al objeto de que aportara la copia del acto recurrido y acreditara su legitimación para su interposición, lo cual hizo el 15 de marzo.

La reclamante recurre su exclusión del procedimiento de contratación solicitando la nulidad de la siguiente prescripción técnica: *Normativa de emisiones igual o superior EU Stage V sin DPF (la más restrictiva actual)*. Alega que se trata de una condición que sólo cumple una marca en el mercado, siendo excluyente para la competencia y contraria al artículo 62.1 de la LFCP.

CUARTO.- El 15 de marzo el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, así como un escrito de alegaciones al que incorpora un informe técnico, manifestando lo siguiente:

1ª. Impugnación extemporánea. Ausencia de buena fe en el *modus operandi* del recurrente

Señala que las prescripciones técnicas incluidas en el pliego regulador fueron publicadas en el Portal de Contratación de Navarra el 10 de enero de 2022, sin constar recurso alguno interpuesto en tiempo y forma conforme a lo previsto en el artículo 124.2.a) de la LFCP.

Como excepción a esta regla prevista legalmente se admite en la práctica la denominada *impugnación indirecta* del pliego para el caso de que se impugne un acto que, en aplicación de un pliego nulo, perjudique al reclamante que actuando de buena fe y diligentemente no haya tenido antes conocimiento de la causa de impugnación en aras a la tutela judicial efectiva. Cita, a este respecto, la Resolución 50/2017, de 24 de abril, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Alega que los requisitos para utilizar esta vía excepcional *extra legis* no se dan en el presente caso, dado que:

1. No se impugna un acto dictado en aplicación del pliego, sino el pliego en sí mismo fuera del plazo establecido para ello.

2. El reclamante conocía desde el inicio la prescripción que impugna dado que así lo indica expresamente, aunque sin motivación alguna, en su oferta.

3. El reclamante no alega ni justifica que concurra una causa de nulidad de pleno derecho, debiendo destacarse que las mismas deben ser alegadas y probadas por el recurrente e interpretarse restrictivamente, conforme a lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de marzo de 2021.

4. El reclamante no tiene interés alguno en impugnar ningún acto dictado en aplicación del pliego dado que su oferta no cumple las prescripciones técnicas exigidas (motor inyección directa common rail, refrigerado por agua, turbocompresor de geometría variable y postenfriador por aire) y no cuestionadas por el mismo.

Cita el Acuerdo 49/2021, de 28 de mayo, de este Tribunal, y alega que la recurrente ha actuado en contra de sus propios actos conforme al artículo 53.1 de la LFCP y contra el principio de buena fe, dado que conocía la causa que alega desde el inicio del procedimiento, como se pone de manifiesto en el Anexo IV de su propia oferta, donde ya señala que sólo hay una marca que cumpla esa prescripción.

Señala, asimismo, que la ausencia de buena fe también resulta del hecho de que impugne un pliego que, aún eliminándose la cláusula mencionada, va a desembocar en el mismo resultado, dado que de las tres ofertas presentadas sólo una cumplía el resto de prescripciones técnicas incluidas en el pliego y no impugnadas.

## 2ª. Falta de legitimación de la entidad recurrente

Alega que el reclamante no ostenta interés directo y legítimo en la presente reclamación, no sólo porque está excluido sino porque, estimándose o no la impugnación del pliego, seguiría estando excluido de la contratación dado que, conforme suscribe en su oferta, no cumple otras prescripciones técnicas no recurridas e igualmente exigibles.

Manifiesta que el Tribunal Constitucional señaló en su sentencia 52/2007, de 12 de marzo, que el interés legítimo *se caracteriza como una relación material univoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no meramente potencial o hipotético)*, así como que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el mismo sentido, inadmitiendo aquellos recursos en los que no estaba suficientemente fundamentada la legitimación *ad causam* del recurrente, por todas en su Resolución 728/2019.

Cita, igualmente, la Resolución 73/2019 del mismo Tribunal, así como el Acuerdo 47/2021, de 20 de mayo, de este Tribunal, y la Resolución 79/2019, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Reitera que el reclamante carece de legitimación, siendo así que, aunque se eliminara la prescripción recurrida, la única oferta que cumpliría las prescripciones técnicas sería la del adjudicatario, manteniéndose igual el resultado de la contratación. Señala, igualmente, que es el recurrente el que tiene la carga de justificar, siquiera

indiciariamente, cuál pudiera ser el beneficio o ventaja directa o indirecta que pudiera resultar para su esfera jurídica de una eventual estimación del recurso, carga que no se cumple pues se limita a mencionar sucintamente un precepto de la ley que considera incumple el pliego recurrido.

3ª. Artículo 60.3 de la LFCP. Falta de utilización por el reclamante de otras opciones menos gravosas para el interés público que la vía ejercitada

Alega que existen otras vías previstas en la ley para obtener un resultado beneficioso para el principio de concurrencia y, en última instancia, para los licitadores, sin necesidad de acudir a una impugnación extemporánea del pliego con la pretensión de anular toda la tramitación de la contratación pública en el último paso previo a la adjudicación.

Señala que el artículo 60.3 de la LFCP establece que *Con independencia de los términos en que se encuentren formuladas las prescripciones técnicas, no podrá rechazarse una oferta cuando quien licita pruebe que cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas señaladas en el apartado a) del apartado anterior o los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales del contrato. A estos efectos, constituirán medios de prueba, entre otros, la documentación técnica del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido de conformidad con la normativa europea.*

Considera que un licitador que actuara de buena fe hubiera podido optar por impugnar el pliego en el plazo previsto en la ley y no después de dejar tramitar todo el procedimiento de contratación, o bien defender que su oferta cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas.

Señala que la LFCP otorga al técnico un amplio margen de discrecionalidad para configurar el objeto del contrato y, en contraprestación, otorga a los licitadores la facultad de demostrar que su oferta cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas.

No considera una actitud conforme a la buena fe la de aquel licitador que no impugna el pliego en plazo sabiendo desde el inicio el alcance de la prescripción técnica aquí recurrida, que se limita en su oferta a presentar el Anexo IV incluido en el pliego, aun cuando se exigía igualmente incluir el manual de la máquina que contenga los trabajos de mantenimiento preventivo requerido, y que no da oportunidad al órgano de contratación para valorar en el trámite legalmente previsto si su oferta cumple de forma equivalente las prescripciones exigidas.

#### 4ª. Legalidad de la prescripción técnica exigida

Señala que el informe técnico adjunto pone de manifiesto la concurrencia de motivación, objetiva y razonable, que fundamenta la inclusión en el pliego de la prescripción recurrida desde el punto de vista técnico, así como que, conforme a la LFCP, el órgano de contratación ostenta la facultad discrecional de configurar el objeto del contrato en base a sus necesidades, siendo únicamente contrarias a la ley las prescripciones que sean obstáculos injustificados a la libre competencia entre empresas, conforme a su artículo 62.1, señalándolo así el Acuerdo 38/2020, de 17 de junio, de este Tribunal.

Alega que en el presente caso el técnico justifica los motivos por los que considera conveniente que el sistema a adquirir sea el más sencillo posible, al objeto de evitar gravámenes y costes innecesarios derivados de sistemas más problemáticos.

Señala que el principio de concurrencia debe respetarse en los términos previstos en la ley, no obstaculizándola injustificadamente, pero que, en última instancia, los procedimientos de contratación se articulan para obtener un producto conforme a las necesidades de la entidad y de forma que se haga una utilización eficiente de los recursos públicos.

Manifiesta que el objeto del contrato no es sólo la venta de la máquina, sino también su mantenimiento, siendo lógico y obligado que se busque desde el inicio una

máquina que vaya a estar operativa el mayor tiempo posible y que vaya a suponer el menor desembolso posible de dinero en su mantenimiento.

Alega que el sistema requerido puede adquirirse, implantarse y desarrollarse por todas las empresas, no habiéndose alegado por el recurrente la existencia de una barrera que lo impida, del mismo modo que la máquina ofertada por el licitador puede ser ofertada por distintos distribuidores, los cuales pueden concurrir en igualdad de condiciones a la presente licitación.

Concluye que el técnico ha incluido justificadamente, en aras a la eficiencia en el uso de los fondos públicos y la protección del medio ambiente, una prescripción técnica razonable que no impide de forma injustificada la concurrencia, no habiéndose alegado ni probado lo contrario por el recurrente.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

En el informe técnico adjunto se señala que en la configuración de la prescripción técnica impugnada se han tenido en cuenta aspectos medioambientales y los bajos costes de mantenimiento.

Respecto a los primeros, señala que la maquinaria debe cumplir la normativa contra emisiones vigente, el llamado Stage V, así como que, para controlar las emisiones en máquinas equipadas con motores diésel, se puede actuar implantando sistemas de postratamiento de emisiones, siendo algunos de estos métodos los siguientes:

1. Catalizadores de oxidación diésel
2. Oxidación catalítica selectiva (SCR)
3. Filtros de partículas (PDF)
4. Recirculación de gases de escape (EGR)

Señala que las máquinas pueden llevar uno o varios sistemas de postratamiento para cumplir su objetivo de minimización de emisiones, siendo el sistema o sistemas elegidos para cumplir la normativa parte del desarrollo tecnológico de cada marca.

Respecto a los costes de mantenimiento, señala que en todos los vehículos y, concretamente, en maquinaria de obra pública, se busca que las máquinas sean sencillas de mantener y fiables, lo cual redundaría en bajos costes de mantenimiento, tiempos de parada más cortos y en una vida útil mayor.

Señala que la mayor complejidad de los motores diésel modernos viene provocada principalmente por la necesidad de reducir sus emisiones de NOx y partículas, lo cual origina que los costes de mantenimiento se eleven y las paradas sean más frecuentes, siendo así que muchas de las averías más comunes derivan de los sistemas de anticontaminación antes señalados, como puede observarse en las páginas web que se relacionan, donde se aprecia que el filtro de partículas (FAP o DPF) es uno de los elementos que más se avería.

Manifiesta que, al incluir más sistemas de reducción de emisiones, el motor y su operación se va complicando, lo que a la larga resulta en un aumento de los costes de mantenimiento, por lo que el pliego incluye un requisito que elimine la solución de filtro de partículas, consiguiendo que la máquina disponga de menos elementos anticontaminación (sencillez) y que los gastos de mantenimiento y las paradas técnicas sean menores.

Señala, por último, que en el caso de la máquina ofertada por el adjudicatario, a nivel nacional existe más de una empresa distribuidora, como puede observarse de la información que ofrece su página web.

QUINTO.- Con fecha 16 de marzo se requirió al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo en la misma fecha.

SEXTO.- El 17 de marzo se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.e) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las sociedades mercantiles dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores siempre que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público y que las Administraciones Públicas financien más de la mitad de su actividad.

Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A. es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, por lo que sus contratos se encuentran sometidos a la LFCP.

SEGUNDO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la reclamante para la interposición de la presente reglamentación especial en materia de contratación pública frente su exclusión del procedimiento, toda vez que la entidad contratante plantea la carencia de ésta con fundamento en que no ostenta un interés directo y legítimo por cuanto aún estimándose la reclamación continuaría excluida dado que su oferta no cumple otras prescripciones técnicas exigibles que no han sido recurridas.

En relación con este concreto requisito procedimental, el artículo 123.1 LFCP, establece que *La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que*

*acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados. Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando (...). Indicando el artículo 127.3 del mismo cuerpo legal, que Son causas de inadmisión de la reclamación: (...) b) La falta de legitimación del reclamante (...).*

La legitimación, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre, *Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso- administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la*

*reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).*

La aplicación de la doctrina citada al supuesto analizado nos lleva a rechazar la excepción que sobre su concurrencia opone la entidad contratante, postulando la inadmisión de la reclamación interpuesta, por cuanto si bien el informe técnico, validado por la Mesa de Contratación, señala que la oferta incumple dos prescripciones técnicas, lo cierto es que en el acta de la sesión donde se resuelve su exclusión, y que constituye el acto notificado a la reclamante, sólo se recoge la infracción de una de ellas – la relativa al cumplimiento de la prescripción técnica sobre emisiones Stage V sin utilizar DPF (cumple la normativa, pero tiene DPF) –; resultando así que no habiéndose notificado la concurrencia del otro incumplimiento apreciado no cabe ahora apelar al mismo a los efectos pretendidos pues tal circunstancia, imputable en exclusiva a la propia mesa de contratación, en la medida en que no ha sido debidamente comunicada no puede determinar el consentimiento o aquietamiento de la interesada en lo que a su apreciación respecta.

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) LFCP, pues siendo, como se ha dicho, el acto impugnado la exclusión de su oferta no cabe apreciar la extemporaneidad alegada de contrario, en la medida en que se han observado respecto a éste los referidos presupuestos formales; y ello sin perjuicio de lo que resulte del análisis del motivo de impugnación alegado, a saber, la legalidad de la cláusula determinante de la decisión adoptada, que, como cuestión material y no de forma, conllevará la estimación o desestimación de la acción ejercitada pero no su inadmisión, como a continuación expondremos.

QUINTO.- Como cuestión de fondo plantea la reclamante la nulidad de la prescripción técnica cuyo incumplimiento ha determinado su exclusión del

procedimiento, por cuanto dicha condición sólo la reúne una marca en el mercado; circunstancia que, según manifiesta, infringe la prohibición de barreras técnicas a la libre competencia proclamada en el artículo 62 LFCP. Consideraciones a las que se opone la entidad contratante manifestando que no cabe cuestionar la legalidad de dicha cláusula con ocasión de la impugnación de su exclusión del procedimiento por cuanto, de un lado, el reclamante conocía tal prescripción desde la publicación del pliego y, de otro, por cuanto no alega ninguna causa de nulidad al respecto.

Efectivamente, vistos los términos en que está planteada la reclamación, podemos inferir que lo que en realidad se cuestiona es la legalidad de la citada prescripción técnica, no una aplicación errónea o arbitraria de ésta determinante de la exclusión de la oferta formulada por la reclamante; constituyendo de este modo una suerte de impugnación indirecta del pliego, más allá del plazo habilitado a estos efectos, aprovechándose así la interposición de la reclamación frente a su exclusión para atacar el pliego regulador.

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 LFCP la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada del pliego, sin salvedad o reserva alguna, que constituye la ley del contrato vinculando tanto a la entidad contratante como a los participantes en la licitación, la primera cuestión a resolver es la relativa a si es posible impugnar el pliego regulador con ocasión de la impugnación de los posteriores actos que se van produciendo en el proceso de adjudicación del contrato, y, en el supuesto de que la respuesta a esta cuestión sea afirmativa, si, en el presente caso, concurren los requisitos que harían viable tal acción de impugnación.

Al respecto, como indicamos en nuestro Acuerdo 2/2021, de 7 de enero, la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento como puede ser la adjudicación resulta excepcional. Ello obedece a que el pliego regulador constituye una actuación administrativa dentro del procedimiento de licitación susceptible de impugnación autónoma; lo que, obviamente, debe realizarse dentro del

plazo legalmente previsto, siendo el dies a quo del cómputo de dicho plazo el siguiente de su publicación en el medio que en cada caso corresponda. Por eso, una vez que los Pliegos devienen firmes, solo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de aquellos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006).

Este principio quiebra, ciertamente, en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, si bien tales motivos deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva. Así, la única excepción a esta regla es que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

Doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuyo fundamento de derecho cuarto razona lo siguiente: *1. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la que consta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia y puede ahora concretarse aún más en estos términos: si consentidos los PCAP, cabe atacarlos indirectamente al impugnarse el acto de adjudicación; o bien sólo será eso posible si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho por infringir los principios de igualdad, publicidad y transparencia, pero no cuando la infracción sea de mera anulabilidad.*

(...)

*3º En efecto, lo que la sentencia aborda es la impugnación indirecta de los pliegos consentidos y resuelve que sí cabe tal impugnación conforme a la sentencia eVigilo, y añade que al enjuiciarse el acto de adjudicación debe advertirse si los pliegos incurren en alguna causa de nulidad de pleno Derecho.*

*4º Así, tras admitir tal impugnabilidad, lo que es ya realmente esa ratio decidendi se ventila en las circunstancias del caso concreto: advierte que, en efecto, el PCAP era defectuoso en cuanto a la fijación de criterios de valoración de las ofertas,*

*que ello implicaba la infracción de los principios deducibles del artículo 18 de la Directiva 2014/24, pero que en este caso no se había incurrido en un trato discriminatorio con relevancia constitucional.*

*5° Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos.*

*3. Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:*

*1° Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).*

*2° Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.*

*3° En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).*

*4° A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente*

*informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.*

*4. Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015. Esta Sala entiende que debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:*

*1º Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.*

*2º Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).*

*3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".*

*5. Por razón de lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, a la cuestión que presenta interés casacional objetivo se responde que cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación,*

*consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva”. Consideraciones reiteradas en la Sentencia del mismo Tribunal 1199/2021, de 24 de marzo, cuando indica que Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.*

En línea con la doctrina jurisprudencial citada, la Sentencia 365/2017, de 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma, expuso lo siguiente: *“Tras lo expuesto, queda claro que en el presente supuesto, el reclamante, al no impugnar el Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales y que por tanto nos encontramos ante un recurso indirecto contra los pliegos, que resulta extemporáneo y respecto del que, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente procederá la admisión cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación. A este respecto, en la última de las sentencias citadas se precisa que para considerar que alguna cláusula de un pliego incurre en causa de nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y, en todo caso, ésta debe evidenciarse “con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional.”*

El mismo Tribunal, en Sentencia 277/2020, de 9 de noviembre, sobre la impugnación del pliego con ocasión de la adjudicación expuso que *Para dar adecuada respuesta a este motivo de impugnación, hay que comenzar diciendo que como se recoge en la reciente sentencia de esta Sala número nº 6/20, de 28-01-2020 P.O. 60/2019 con referencia a la sentencia 365/2017 de 13 de septiembre dictada en el ORD*

67/2015, en la que se recoge la doctrina de esta Sala sobre las nulidades de los pliegos de condiciones no impugnados en tiempo y forma, " en línea de principio no cabe, al socaire de la impugnación de un acto de adjudicación ( y de, en su caso, exclusión), pretender, y más , subsidiariamente como en este caso, la nulidad de los Pliegos que nunca antes se recurrieron, siendo en todo momento voluntad de la aspirante el que se reconozca su derecho a participar en el proceso selectivo. Recordaremos el criterio de esta Sala recogido entre otras en sentencia de 28 de octubre de 2014 en recurso contencioso administrativo nº 486/2011".

La STS de fecha 28-6-2004 (exponente de reiterada doctrina) ha reseñado: "El referido conjunto de motivos viene a reiterar en casación lo que en la demanda de la instancia figuraban como «Irregularidades en los Pliego», que no pueden ser acogidas con base en la doctrina de esta Sala que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación.....

Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación".

No obstante, este no es un principio absoluto y, así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, As. C-538/13, establece que: "El

*artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal derecho de recurso podrá ejercitarse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato".*

En el supuesto que nos ocupa, el pliego regulador, en cuyo Anexo V relativo a las prescripciones técnicas particulares se exige que la maquinaria a suministrar cumpla, entre otras condiciones, la normativa de emisiones igual o superior EU Stage V sin DPF, fue objeto de publicación en el Portal de Contratación de Navarra con fecha 10 de enero de 2022; fecha a partir de la cual, todo interesado, también la reclamante, tuvo acceso completo al mismo, sin haberse impugnado dentro del plazo establecido.

Así las cosas, queda claro que en el presente supuesto, la reclamante, al no impugnar el Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato, y que encontrándonos ante un recurso indirecto contra los pliegos, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente resultará viable cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho – de apreciación excepcional y restrictiva, que debe evidenciarse con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional y requiere de una motivación detallada - y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación.

SEXTO.- Descendiendo al caso concreto, alega la reclamante que la controvertida prescripción técnica sólo la reúne una marca en el mercado; circunstancia que, cuando menos a priori, de concurrir pudiera suponer una conculcación de los

principios de libre acceso y libre competencia proclamados en el artículo 2 LFCP, determinante de su nulidad de pleno derecho; precepto, cuyo apartado segundo, de manera expresa y taxativa establece que *En la aplicación de esta ley foral se excluirá 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.*

Empero, teniendo en cuenta el momento procedimental en que se cuestiona la validez de tal cláusula del pliego regulador y el hecho de que la reclamante conocía el contenido de éste y lo asumió, sometiéndose al mismo, debemos recordar que, como se ha expuesto, para la viabilidad de lo pretendido ahora por la reclamante no sólo es precisa la concurrencia del vicio o irregularidad en el pliego, sino que éste no haya podido detectarse en el momento de la aprobación de dicho documento contractual por una licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, de manera que sólo con posterioridad haya sido posible evidenciar la nulidad de dicha cláusula.

Y es en este punto donde debemos recordar que la infracción alegada bien pudo ser puesta de manifiesto en el momento procedimental oportuno impugnando el pliego, pues tal circunstancia era conocida por la reclamante desde el momento en que tuvo lugar su publicación, toda vez que el Anexo IV VALIDACIÓN DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS a incorporar en la proposición, en el que los licitadores debían indicar una a una si su oferta cumple las prescripciones técnicas exigidas en el pliego, concretamente respecto a la prescripción técnica *Normativa de emisiones igual o superior EU Stage V sin DPF (la más restrictiva actual)*, la reclamante indica *No*; lo que acredita no sólo el conocimiento de su exigencia sino también que su oferta no cumplía dicha condición. Y no sólo eso, sino que en dicho Anexo especifica, a continuación, que *Cumple Stage V, pero solo hay una marca sin DPF, la CASE*; matización que evidencia que igualmente conocía el alcance de la citada prescripción y la limitación en la que, precisamente, ahora fundamenta su reclamación. Circunstancia suficiente, conforme a lo razonado, para la desestimación de la impugnación indirecta que de la referida prescripción técnica plantea la reclamante.

Pero es que también hemos puesto de relieve la necesidad de que, en los supuestos como los que nos ocupan de impugnación indirecta del pliego, para considerar que una de sus cláusulas pudiera incurrir en nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y reforzada, evidenciándose de manera cualificada la vulneración de un derecho con amparo constitucional, lo que no se da en el presente caso, puesto que el escrito de interposición de la reclamación se limita a afirmar, sin mayor sustento, que tal prescripción técnica sólo la reúne una marca en el mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, y respecto a esta última cuestión, cabe recordar que, como indica la Resolución 87/2018, de 9 de julio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, para que se pueda considerar la existencia de una barrera de entrada la prescripción técnica denunciada debe cumplir, por lo que interesa al objeto del recurso, dos condiciones. La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por un producto o tipo de producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato; finalmente, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia, sin perjuicio de la inserción, en su caso, de dichos requisitos como criterios de adjudicación.

Pues bien, en el supuesto analizado no podemos afirmar que la cuestionada prescripción técnica se revele de manera clara como limitativa del libre acceso a la licitación y del principio de competencia, por cuanto su descripción en el pliego se formula en términos abstractos sin mencionar una marca concreta. No estimándose tampoco, a priori, como caprichosa, arbitraria o desproporcionada pues, según expone la entidad contratante en su informe de alegaciones, su establecimiento, amparado por la

discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación al definir y configurar en el pliego el objeto del contrato, aún cuando pudiera limitar en cierta medida el acceso a la licitación, obedece a motivos de eficacia relacionados con la minoración de los costes de mantenimiento, tiempos de parada más cortos y una vida útil mayor de la maquinaria que no se evidencian desproporcionados y están relacionados con el objeto y finalidad del contrato; indicándose, además, que son varios los distribuidores que comercializan con una de las marcas que, al menos, reúne dicha condición técnica.

Así pues, y en atención a lo expuesto, el motivo de impugnación alegado no puede tener favorable acogida, procediendo, por tanto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

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. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por REYVENA-SERVITECO, S.L. frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de *Suministro de pala cargadora de ruedas y el mantenimiento preventivo. Expediente 2022/SCON-AIU/000001*, licitado por Servicios de La Comarca de Pamplona S.A.

2º. Notificar este acuerdo a REYVENA-SERVITECO, S.L., a Servicios de La Comarca de Pamplona S.A., así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página 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, 6 de mayo de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.